



HAL
open science

Le langage de la Constitution, forme et objet d'un discours singulier

Lucas Morinière

► **To cite this version:**

Lucas Morinière. Le langage de la Constitution, forme et objet d'un discours singulier. Droit. Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, 2023. Français. NNT: . tel-04200133v1

HAL Id: tel-04200133

<https://paris1.hal.science/tel-04200133v1>

Submitted on 26 Sep 2023 (v1), last revised 26 Sep 2023 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



Thèse de doctorat en droit public

LE LANGAGE DE LA CONSTITUTION, FORME ET OBJET D'UN DISCOURS SINGULIER

Présentée par

M. Lucas MORINIÈRE

Sous la direction de

M. Dominique ROUSSEAU

Professeur émérite à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Soutenue publiquement

le 1^{er} juin 2023

Membres du jury :

Mme. Manon ALTWEGG-BOUSSAC, Professeure à l'Université Paris-Est Créteil, rapporteure

M. Mathieu CARPENTIER, Professeur à l'Université Toulouse Capitole

M. Roberto GARGARELLA, Professeur à l'Université de Buenos Aires

M. Carlos Miguel HERRERA, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

M. Alexandre VIALA, Professeur à l'Université de Montpellier, rapporteur

**LE LANGAGE DE LA CONSTITUTION, FORME ET
OBJET D'UN DISCOURS SINGULIER**

AVERTISSEMENT

L'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

*À mes parents, à mes professeur.e.s,
et aux hasards des rencontres et des expériences
qui surent m'inspirer l'audace de la volonté.*

REMERCIEMENTS

« *Heureux qui comme Ulysse, a fait un beau voyage* », l'élégie des *Regrets* effleure ma mémoire lorsque vient l'heure heureuse d'achever cette thèse. L'enthousiasme et les peines de cette belle odyssée, ses brefs instants de doute et ses moments de joie, doivent beaucoup aux personnes rencontrées en chemin. Qu'elles en soient ici remerciées.

Ce voyage fut entrepris à Paris, et c'est donc à mon amie Jenny qu'iront mes premiers souvenirs. Embarqués tous les deux dans la même épopée, nos bienheureux échanges nous ont beaucoup appris. C'est ensuite vers Léon que voguent mes pensées. Je me souviendrai longtemps de nos voyages latino-américains, ces instants suspendus, trêves bienvenues pour apaiser l'angoisse de mes moments d'errance. Aux professeurs Jean-François Kervégan, Xavier Philippe et Madame Isabelle Aubert je suis reconnaissant pour leur disponibilité et le temps consacré à discuter de mes recherches. Un grand merci à eux pour leurs conseils avisés et leurs encouragements.

Traversant l'Atlantique, j'arrivais plus tard à Montevideo. Sur ces rivages, ma première pensée sera adressée à Raúl pour son hospitalité et l'érudition de ses enseignements sur la culture et l'histoire d'Uruguay. Un chaleureux souvenir ira aussi à mes amis Pedro, Sheila, Madeleine, Max, Laura, Fanny et André, qui auront accompagné l'exaltante découverte de ce nouveau pays. Avec une affection particulière, je pense évidemment à Chloé, pour la grande amitié née sur les berges du Río de la Plata, et devenue si forte depuis lors.

Parvenu à Buenos Aires je me liais à Julian, Gaby, Melissa et Jorge, avec qui je m'émerveillais de l'intensité et de la richesse de cette grande capitale. Merci à eux pour ces très beaux moments. À l'Institut L. Ambrosio Gioja, je rencontrais Sebastian, Sofia, Gonzalo, Martín et Elina avec qui grandissait mon intérêt pour la philosophie critique. Nos nombreuses conversations stimulèrent avec entrain l'effervescence de mes intuitions. À Guillaume et Benoît, mes collègues de l'Institut Français d'Argentine, j'adresse aussi de vifs remerciements

pour le travail accompli en leur compagnie et leur aide précieuse pour le développement de mes projets. Bien sûr, ma plus grande gratitude sera portée à mon second directeur de recherche, Roberto Gargarella, qui fut l'un des premiers artisans de mes appétences doctorales et eut à cœur de me faire découvrir les passionnantes œuvres de C. Nino, J. Elster, C. Sunstein et tant d'autres.

De retour en Europe, mon passage estival à Oñati fut l'occasion d'approfondir mes investigations sous les auspices de l'illustre A.-J. Arnaud. Merci à Ainhoa pour m'avoir facilité l'accès aux fabuleuses ressources documentaires de l'Institut international de sociologie du droit. Merci aussi à Jone et à ses enfants pour leur accueil, et à Juan-José et Julen pour m'avoir fait découvrir cette belle campagne du Pays basque.

De l'autre côté des Pyrénées je retrouvais ma famille et mes amis d'enfance. À mes grands-parents, à mes parents et à mes frères j'adresse une pensée émue et fière. Cette thèse, sans leur affection n'aurait jamais pu aboutir. Pour Valentin, pour Sarah, pour Manon et pour Jules, j'exprime aussi une pensée tendre, leur amitié est éternelle.

Mon séjour à Toulouse fut le plus long de tous. Là-bas aussi, les amitiés se firent fortes et nombreuses. À toutes, je dois beaucoup dans la réussite de ce projet. Merci en particulier à ma team de grimpeuses et grimpeurs pour les si importants moments de décompression partagés sur les falaises de Catalogne, de la Bochaîne, de l'Ariège et de l'Aveyron. Merci à Esteban, pour son amitié si forte depuis toutes ces années, et à Éva pour sa gentillesse et l'enthousiasme de sa curiosité. Merci à Coline pour nos longues conversations, sa franchise et sa complicité et à Alice pour ses bons conseils et sa bonne humeur. Merci à Hugo, Alex, Gautier, Élodie B., et Dominique pour leurs relectures appliquées. Merci enfin à Élodie L. et à Valentine pour nos si nombreuses discussions, pour leur soutien, leurs encouragements et leur touchante amitié. Cette grande aventure aurait été bien différente sans les beaux moments passés à leurs côtés.

Tel Ulysse à Ithaque, mon retour à Paris achève le périple de ces années de thèse. Aussi, j'aimerais pour finir remercier les Professeurs Mathieu Carpentier, Carlos Miguel Herrera et Alexandre Viala, ainsi que la Professeure Manon Altwegg-Boussac pour m'avoir fait l'honneur de soutenir devant eux mon travail de recherche, et c'est bien sûr avec une reconnaissance toute particulière que mes derniers remerciements iront à mon directeur, le professeur Dominique Rousseau, qui, mieux que nul autre, aura su cultiver chez moi l'opiniâtreté et l'exaltante ferveur pour ce dur mais captivant labeur de la pensée.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A. N.	Assemblée nationale
AFDC	Association Française de Droit Constitutionnel
AJDA	Actualité Juridique en Droit Administratif
BCN	Biblioteca del Congreso de la Nación
C. R.	Compte Rendu
CEJ	Centro de Estudios Judiciários
CEJ	Centro de Estudios Judiciários
<i>Cf.</i>	Confère
CFTC	Confédération Française des Travailleurs Chrétiens
CGT	Confédération Générale du Travail
CLACSO	Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
DC	Décision de Conformité
DF	Distrito Federal
éd.	Édition
etc.	Et cætera
EU	European Union
GIS	Groupement d'Intérêt Scientifique
HAL	Hyper Article en Ligne
H-S.	Hors-Série
<i>i.e.</i>	<i>Id. est</i>
<i>Ibid.</i>	Ibidem
id.	Idem
IFI	Impôt sur la Fortune Immobilière
IHEAL	Institut des Hautes Études de l'Amérique latine
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos

ISF	Impôt de Solidarité sur la Fortune
JORF	Journal Officiel de la République Française
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
MAUSS	Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MIT	Massachusetts Institute of Technology
MRSH	Maison de la Recherche en Sciences Humaines
OEA	Organisation des États Américains
OIT	Organisation Internationale du Travail
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>Op. cit.</i>	Opus citatum
p.	Page
PRADPI	Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
SAAP	Sociedad Argentina de Análisis Político
SHS	Sciences de l'Homme et de la Société
suiv.	Suivant
t.	Tome
v.	Versus
Vol.	Volume
ZAD	Zone à défendre

SOMMAIRE

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

LES FORMES DU DISCOURS, LA NORME CONSTITUTIONNELLE COMME PRODUIT DES DISCUSSIONS PRATIQUES

Chapitre 1 : Les normes techniques, produit des discussions pragmatiques

- Section 1. La formulation de propositions d'action, une justification de la norme par la force de l'argument
- Section 2. L'examen des prétentions langagières, une exigence de validité gage de rationalité

Chapitre 2 : Les normes cliniques, produit des discussions éthiques

- Section 1. De la stabilité à la crise, les limites herméneutiques de l'autocompréhension
- Section 2. La recherche de nouveaux équilibres, les vertus herméneutiques de l'intercompréhension

Chapitre 3 : Les normes déontologiques, produit des discussions morales

- Section 1. L'observation des règles de conduite, contingences morales de la vie quotidienne
- Section 2. La transformation des règles en droits fondamentaux, contingences juridiques universelles

SECONDE PARTIE

LES OBJETS DU DISCOURS, LA NORME CONSTITUTIONNELLE COMME REFLET DE L'ESPACE PUBLIC POLITIQUE

Chapitre 1 : La norme constitutionnelle, reflet des espaces institutionnels

- Section 1. L'Administration, pouvoir d'influence pragmatique et axiologique de l'implémentation des normes
- Section 2. Le législateur, pouvoir de satisfaction des attentes normatives de l'Administration et du pouvoir social
- Section 3. Le juge, pouvoir de résolution des problèmes d'application et de fondation de la norme

Chapitre 2 : La norme constitutionnelle, reflet des espaces autonomes

- Section 1. La périphérie interne, espace de gestion et de contrôle des activités de l'État
- Section 2. La périphérie externe, espace d'influence de l'*input* et de l'*output* des politiques publiques

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

« *Les sciences ont été traitées, ou par les empiriques, ou par les dogmatiques. Les empiriques, semblables aux fourmis, ne savent qu'amasser et user ; les rationalistes, semblables aux araignées, font des toiles qu'ils tirent d'eux-mêmes ; le procédé de l'abeille tient le milieu entre ces deux : elle recueille ses matériaux sur les fleurs des jardins et des champs, mais elle les transforme et les distille par une vertu qui lui est propre : c'est l'image du véritable travail de la philosophie* »¹.

Francis Bacon, *Novum Organum*.

1. Dans une salle de l'Alcazar, posent le roi et son épouse. Personne pourtant, ne les regarde. Il y a là : un peintre droit, pinceau en main, la jeune infante, ses courtisanes, un chien couché, indifférent, et quelques autres personnages. Au mur du fond, pend un miroir, où se reflètent les deux époux. *Les Ménines* de Vélasquez passe pour l'une des œuvres les plus célèbres de l'artiste. Michel Foucault, dans *Les mots et les choses*, en faisait le commentaire.

2. Ce qui intéresse en premier l'auteur, c'est d'abord l'ambiguïté de la figure du peintre. À quoi pense-t-il en ce moment ? Qu'inscrit-il sur la grande toile posée sur son chevalet ? Cherche-t-il à figer la posture du spectateur ou celle de ses deux sujets ? Et surtout : comment s'assurer d'avoir *raison* quant à ses intentions ? Bien sûr, comme Foucault, on voudrait « *deviner ce que le peintre regarde, s'il était possible de jeter les yeux sur la toile à laquelle il s'applique* », mais on n'aperçoit hélas de celle-ci « *que la trame, les montants à l'horizontale, et, à la verticale, l'oblique du chevalet* »². Voilà donc des questions que seul le langage, c'est-à-dire l'échange linguistique des impressions produites sur les spectateurs, semble en mesure d'élucider. Ici, explique Foucault, le langage retrouve sa vocation classique de *faire*

¹ BACON, Francis. *Novum organum*. Paris : Librairie de L. Hachette et Cie, 1857. p. 51.

² FOUCAULT, Michel. *Les mots et les choses*. Paris : Gallimard, 1990. p. 20.

“tableau”³, ou pour reprendre une expression de Bertrand Russel, *d’affirmer ou de nier des faits*⁴ pour favoriser une compréhension mutuelle de la réalité de l’objet.

3. Mais le langage n’est pas que cela. Le langage ne se limite pas à la production d’énoncés constatifs visant à décrire l’univers des pensées ou des choses. Le langage, depuis John L. Austin, est aussi performatif. Sa fonction n’est pas seulement de constater mais de produire un effet, d’*exécuter une action* entre des interlocuteurs. Le célèbre exemple d’Austin sur l’office du mariage est en ce sens parfaitement éloquent : « *quand je dis, à la mairie ou à l’autel, etc., “Oui [je le veux]”, je ne fais pas le reportage d’un mariage : je me marie* »⁵. Il ne s’agit pas là de *décrire ce que je suis en train de faire* ou *d’affirmer que je le fais* mais bien *de le faire*⁶. En revanche, la proposition *oui, je le veux* apparaît pour le public comme un énoncé susceptible de vérification. Ce type d’énoncé, dit en ce sens François Récanatti, équivaut non seulement à l’accomplissement d’une action : l’engagement dans le mariage, mais exerce en outre une fonction *sui-référentielle* qui « *donne réflexivement une indication sur le type d’acte dont leur énonciation constitue l’accomplissement* »⁷ : ces personnes sont désormais mariées.

4. Cette approche offre à Sandra Laugier la possibilité d’apprécier les actes de langage comme des *actes sociaux*⁸ que George H. Mead comprenait dès 1925 comme « *l’ensemble des actions relatives à la coopération entre un ou plusieurs individus, et dont l’objet, tel qu’il est défini par l’action, [...] est un objet social [utile] à la vie du groupe* »⁹ [nous traduisons]. La communication, pour parler comme Adolf Reinach, forme une *unité indissoluble de réalisation et d’énonciation délibérée*¹⁰ qui œuvre à l’organisation des rapports sociaux. Elle est encore une “*mise en langage*” du *champ politique*, une *surdétermination du performatif* où « *l’énonciation n’est plus la représentation du pouvoir ou son épiphénomène verbal, [mais] le mode d’être même du pouvoir* »¹¹.

³ FOUCAULT, Michel. *Les mots et les choses*. *Op. cit.* p. 322.

⁴ L’expression est tirée de *l’introduction* proposée par B. Russel au *Tractatus logico-philosophicus* de Ludwig Wittgenstein. Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Paris : Gallimard, 1993. p. 14. Il n’est par ailleurs pas impossible que Foucault ait lui-même choisi d’emprunter sa formulation à Wittgenstein qui appréhende les propositions langagières comme des connexions logiques permettant de décrire le *tableau vivant* des états de choses. Cf. *Ibid.* p. 54.

⁵ AUSTIN, John Langshaw. *Quand dire c’est faire*. Paris : Points, 1991. p. 41.

⁶ *Ibid.*

⁷ RÉCANATI, François. *La transparence et l’énonciation. Pour introduire à la pragmatique*. Paris : Seuil, 1979. p. 107.

⁸ LAUGIER, Sandra. Actes de langage et états de choses : Austin et Reinach. *Les Études philosophiques*. 2005, Vol. 1, n° 72, p. 73.

⁹ MEAD, Georges H. The Genesis of the Self and Social Control. *International Journal of Ethics*. 1925, Vol. 35, n° 3, pp. 263-264.

¹⁰ REINACH, Adolf. *The Apriori Foundations of the Civil Law. Along with the lecture “Concerning Phenomenology”*. Francfort-sur-le-Main : Ontos, 2012. p. 20. La citation et sa traduction sont empruntées à S. Laugier. Cf. LAUGIER, Sandra. Actes de langage et états de choses... *Op. cit.* p. 80.

¹¹ BUTLER, Judith. *Le pouvoir des mots: Discours de haine et politique du performatif*. 3^e éd. Paris : Éditions Amsterdam, 2017. p. 120.

5. Une telle conception du langage apparaît dès lors fort utile à tout juriste soucieux de rendre compte des prémisses communicationnelles constitutives de l'arrière-plan linguistique de tout discours normatif. Florent Larroque ne s'y trompait pas lorsqu'il choisissait, en 2016, de consacrer l'ensemble de sa thèse doctorale à *La performativité du langage constitutionnel*¹², et c'est aussi, d'une certaine manière, ce à quoi prétend ce travail de recherche. Ainsi, afin de mieux comprendre les enjeux de l'étude, cette introduction aura la prétention de présenter un cadre épistémologique figurant tour à tour l'objet (I.), l'ancrage théorique (II.) et la méthode (III.) qui serviront à éclairer la thèse générale (IV.) de l'ouvrage.

§ I. OBJET ET LIMITES DE LA RECHERCHE : LES DISCOURS CONSTITUTIONNELS

6. Le langage constitutionnel peut-il être appréhendé comme une forme singulière de discours ? C'est en tous cas ce qu'affirme de la manière la plus péremptoire le titre de cette thèse, et l'on entend, dans ce travail, démontrer le bien-fondé de cette affirmation. Prétendre au succès d'une telle entreprise incite cependant à avancer avec la plus rigoureuse prudence en suivant les jalons de la méthode scientifique. Aussi, avant de s'engager plus profondément dans la nébuleuse des interrogations entourant ce sujet d'étude, un effort particulier sera consacré à la définition et aux limites de l'objet.

A. OBJET DE LA RECHERCHE : LE LANGAGE CONSTITUTIONNEL

7. Le sujet de cette thèse procède d'une analogie : « *les frontières de mon langage sont les frontières de mon monde* »¹³ disait Ludwig Wittgenstein, et l'on peut se demander à juste titre si une telle maxime serait de même applicable au langage constitutionnel. Pour répondre à cela, on cherchera d'abord à mettre en exergue le lien ontologique entre langage et droit (1.) avant de préciser les spécificités de la relation entre langage et droit constitutionnel (2.). Cette analyse mènera alors à un dilemme inductif (3.) qu'il sera nécessaire de trancher pour s'arrêter sur une définition précise de l'objet de l'étude.

1. Langage et droit

8. Lorsque l'on s'intéressait tout à l'heure à la dimension performative des actes de langage, on reconnaissait avec Austin qu'un énoncé prenait la forme d'un performatif lorsque l'élocution de l'un des

¹² LARROQUE, Florent. *La performativité du langage constitutionnel*. VIALA Alexandre (dir.). Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier, 2016.

¹³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. *Op. cit.* p. 93.

partenaires de la discussion avait pour conséquence de produire quelque chose sur les autres partenaires de l'échange. On cherchera maintenant à préciser cette définition. On pressent en effet qu'il ne suffit pas toujours de dire pour faire. François Récanati apporte ici un exemple intéressant. Lors de la réunion d'une assemblée, la proposition « *la séance est ouverte* » ne produit l'effet performatif attendu (ouvrir la séance), que dans la mesure où elle se trouve formulée par une personne *habilitée* à le faire. La même proposition prononcée par un membre du public prendra certes une portée performative, en suscitant probablement l'agacement, ou les moqueries des membres de l'assemblée, mais elle ne permettra en aucun cas d'ouvrir *réellement* la séance. Le succès d'un tel énoncé se trouve en réalité subordonné à ce qu'Austin qualifie de *conditions de félicité*¹⁴, c'est-à-dire des conditions dans lesquelles *l'accomplissement* de l'acte de parole pourra être *socialement sanctionné*¹⁵.

9. En ce sens, Alain Berrendonner perçoit que *la substitution d'un dire au faire* n'est possible que dans la mesure où existent certaines garanties institutionnelles susceptibles de permettre à une énonciation d'être systématiquement *suivie d'effet*. La notion d'institution est ici comprise au sens large comme « *un pouvoir normatif assujettissant mutuellement les individus à certaines pratiques, sous peine de sanctions* »¹⁶. Peu importe que ce pouvoir soit exercé par un *organisme administratif* ou s'inscrive de manière plus diffuse dans la « *règle du jeu* » d'échecs, ce qui compte avant tout c'est que cette institution incarne « *un pouvoir mutuellement exercé et consenti par les participants aux actes* »¹⁷. Dès lors, il est facile de voir dans le droit l'une des institutions incarnant le mieux les garanties du langage performatif. Ce phénomène, Pierre Bourdieu l'observe avec la plus grande acuité lorsque dans ses analyses sur *l'économie des échanges linguistique*, il remarque que la performativité des décisions de justice dépend de l'existence d'institutions produites par le droit qui confèrent à la parole du juge sa portée exécutoire¹⁸. C'est cette fonction de *production* de règle que l'on voudrait maintenant expliciter en s'intéressant au lien spécifique entre langage et droit constitutionnel.

2. Langage et droit constitutionnel

10. Florent Larroque, dans sa thèse, défend l'idée que l'acte de langage constitutionnel possède un caractère doublement performatif en ce qu'il produit *à la fois* un *Sein*, c'est-à-dire un état de chose existant dans un monde de valeurs et de faits contingents, et un *Sollen*, donc un ensemble de prescriptions

¹⁴ AUSTIN, John Langshaw. *Quand dire c'est faire*. *Op. cit.* p. 49

¹⁵ RÉCANATI, François. *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*. Paris : Éditions de minuit, 1981. p. 194.

¹⁶ BERRENDONNER, Alain. *Éléments de pragmatique linguistique*. Paris : Éditions de minuit, 1981. p. 95.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ BOURDIEU, Pierre. *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*. Paris : Fayard, 1982. pp. 72-73.

applicables par des institutions¹⁹. On cherchera ici à comprendre le sens de cette affirmation en essayant de mettre en exergue ses incidences du point de vue de la théorie du langage.

11. On attribue en général à David Hume la distinction fondamentale entre l'indicatif de *l'être* et l'impératif du *devoir être*²⁰. Dans un passage célèbre de son *Traité de la nature humaine*, l'auteur s'étonne du fait que certains énoncés puissent être rattachés à des propositions descriptives (ex. « *la voiture est rouge* », « *le chat est sur le toit* »), et donc susceptibles de justification en fait ou en raison, lorsque d'autres n'ont de valeur que prescriptive et échappent à toute possibilité de vérification (ex. la proposition « *tu dois ranger tes affaires* » n'est ni vrai, ni fausse). Ainsi, « *la distinction entre le vice et la vertu ne peut pas être fondée simplement sur la relation entre les objets, ni n'est perçue par la raison* »²¹ [nous traduisons].

12. On sait par ailleurs que Hans Kelsen part de cet antagonisme pour justifier la prémisse fondamentale à une fondation scientifique de la philosophie du droit : « *la norme, dit-il, est un "devoir être" (Sollen), alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un "être" (Sein)* »²². Dans la proposition « *A veut que B doive se conduire de telle façon* », la première partie de l'énoncé : *A veut que B*, correspond au *Sein*, l'exigence de A envers B peut être vérifiée empiriquement. La seconde partie quant à elle correspond au *Sollen* : l'assertion *B doit se conduire de telle façon*, n'a de sens qu'en rapport à la présupposition que A veuille quelque chose, ou pour le dire autrement : *B doit se conduire de telle façon* dans la mesure où *A veut que B*²³. Dès lors, l'enjeu de la *Théorie pure du droit* de Kelsen consiste à justifier cette condition de possibilité. L'acte de volonté de A peut constituer une raison valable pour expliquer le comportement de B, mais il ne correspond en aucun cas à une *justification* de la conduite de B. On ne saurait par la simple expression du *Sein*, expliquer les motivations justifiant que *B doive faire quelque chose*. De cela, Kelsen conclut donc que « *la validité objective d'une norme selon laquelle un homme doit se comporter conformément à la signification subjective de l'acte de volonté d'un autre homme [...] ne peut résulter que d'une autre norme* »²⁴. Désormais, la proposition *A veut que B doive se conduire d'une telle façon* n'est valide qu'en vertu de l'existence d'une norme juridique *p*. On aura, dans ce travail, l'occasion de revenir sur la critique adressée à Kelsen concernant l'argument d'une validation strictement normative du système juridique, mais on aimerait pour le moment, comprendre les incidences de cette affirmation du point de vue de la Constitution.

¹⁹ LARROQUE, Florent. *La performativité du langage constitutionnel*. VIALA Alexandre (dir.). Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier, 2016. p. 18.

²⁰ La distinction entre *indicatif* de l'être et *impératif* du devoir être est empruntée à Raymond Boudon. Cf. BOUDON, Raymond. *Le relativisme*. Paris : Presses Universitaires de France, 2008. p. 10.

²¹ HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford : Clarendon press, 1960. p. 470.

²² KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2^e éd. Paris : Bruylant, 1999. p. 15.

²³ *Ibid.*

²⁴ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. *Op. cit.* p. 17.

13. À propos de ce type particulier d'énoncé, Kelsen affirme ceci : « les normes de la constitution matérielle ne présentent le caractère de droit que relativement aux normes pourvues de sanctions auxquelles elles servent de fondement »²⁵. Ce qu'il faut donc comprendre ici c'est que la Constitution produit à la fois du Sein et du Sollen. Sa première vertu est de figurer un état de chose. Elle constitue en ce sens la manifestation d'un acte de volonté visant à créer et à organiser des institutions de régulation des rapports sociaux. Mais la Constitution revêt aussi le caractère normatif d'un instrument de direction des conduites institutionnelles²⁶ dès lors que d'autres normes se réclament de son autorité pour fonder leur légitimité.

14. Voilà donc toute la portée du dilemme inductif : s'agit-il d'étudier le langage constitutionnel en tant qu'expression d'un acte de volonté ou en tant que production de norme ? Dans le premier cas, l'étude de ce langage revêt le caractère descriptif d'une analyse des propositions langagières œuvrant à l'organisation des institutions. Dans le second en revanche, cette étude prend un tournant prescriptif et entend comprendre le langage constitutionnel du point de vue de la diversité de ses incidences sur l'ordre juridique. Ce travail de thèse s'inscrit résolument dans la première posture, et on cherchera maintenant à en expliquer les motivations.

3. De l'ontologie du Sollen à l'ontologie du Sein, déplacement de l'objet de l'étude

15. Il est commun, chez les juristes positivistes, de se concentrer sur l'étude de la signification des normes de droit. Le langage constitutionnel apparaît en ce sens comme un discours de légitimation du droit dont il convient de déterminer la technique la plus adaptée à sa juste interprétation. Pourtant cette lecture fonctionnaliste du langage constitutionnel n'est peut-être pas la seule valable. Il revient par exemple à Jacques Derrida d'avoir su remettre en lumière une idée d'abord défendue par Montaigne et reprise par Pascal selon laquelle le langage juridique servirait en premier lieu d'instrument de légitimation du pouvoir. Tous deux voient dans les lois un *fondement mystique de l'autorité*²⁷, les lois se maintenant en crédit « *non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois* »²⁸, l'essence de la justice n'étant pas à rechercher du côté de *l'autorité du législateur*, mais de celui de *la commodité du souverain*²⁹.

²⁵ KELSEN, Hans. *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*. Paris : Bruylant - L.G.D.J, 1997. p. 197.

²⁶ L'expression est de Paul Amselek. Cf. AMSELEK, Paul. *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*. Paris : Armand Colin, 2012. p. 400.

²⁷ DERRIDA, Jacques. Force de loi : Le fondement mystique de l'autorité. *Cardozo Law Review*. 1990, Vol. 11, n° 5-6, p. 938.

²⁸ MONTAIGNE (DE), Michel. *Essais de Michel de Montaigne. Livre troisième*. Vol. 3. 2^e éd. Paris : Gallimard, 2012. p. 413.

²⁹ PASCAL, Blaise. *Pensées*. 2^e éd. Paris : Gallimard, 2004. p. 87.

16. On trouve par ailleurs chez Bourdieu une mise en corrélation intéressante de l'approche de Derrida avec la pensée d'Austin. Le droit agit selon lui tel le *skêptron* que l'on tend, dans les récits homériques³⁰, à *l'orateur qui va prendre la parole*³¹. Il permet de réunir les *conditions de félicité* qui habilent les détenteurs du pouvoir à exercer leur autorité³². Il est aussi un *discours de pouvoir*³³ *constitutif d'une législation*, un classement où seuls ceux qui disposent la parole *ont droit* tandis que les autres subissent l'oppression du langage juridique³⁴. Il représente enfin, selon Foucault, *un système complexe de restrictions* qui conditionne l'accès aux possibilités de discours³⁵. Danièle Lochak en fin de comptes, résume bien cet état d'esprit :

Le droit, est parole, et la parole est liée au pouvoir. Seuls ceux qui ont du pouvoir peuvent parler – parler pour être écoutés, pour être crus, pour être obéis –, et revendiquer à leur profit le monopole de la parole légitime. Inversement, si l'on parle, c'est qu'on a le pouvoir de parler, donc du pouvoir tout court : parler c'est déjà avoir droit à la parole et être capable de parler³⁶.

17. Ces éléments de compréhension de la relation entre droit et parole permettent dès lors de proposer une autre lecture du langage constitutionnel. Plutôt que de se livrer à une ontologie du *Sollen* cherchant à justifier l'existence des normes constitutionnelles au prisme de la relation entretenue avec les normes inférieures, l'analyse de la Constitution du point de vue d'une théorie du langage se prête *aussi* à une ontologie du *Sein*, une ontologie des actes de langage constitutifs du cadre normatif de légitimation du pouvoir. À ce stade, il apparaît donc possible de donner une définition plus précise, bien qu'encore préliminaire, de l'objet de l'étude : la Constitution sera ainsi appréhendée comme un langage, c'est-à-dire comme un ensemble d'énoncés performatifs organisant les rapports de pouvoir, et dont on pourra décrire

³⁰ BOURDIEU, Pierre. *Ce que parler veut dire...* *Op. cit.* p. 105.

³¹ Bourdieu emprunte cette notion à Émile Benveniste qui en définit l'usage dans son *Vocabulaire des institutions indo-européennes* : « Ce skêptron est chez Homère l'attribut du roi, des hérauts, des messagers, des juges, tous personnages qui, par nature et par occasion, sont revêtus d'autorité. On passe le skêptron à l'orateur avant qu'il commence son discours et pour lui permettre de parler avec autorité. Le « sceptre » en soi, est un bâton, le bâton du voyageur, du mendiant. Il devient auguste quand il est aux mains d'un personnage royal ». Cf. BENVENISTE, Émile. *Le vocabulaire des institutions indo-européennes/2. Pouvoir, droit, religion*. Paris : Éditions de minuit, 1969. p. 30.

³² BOURDIEU, Pierre. *Ce que parler veut dire...* *Op. cit.* pp. 74-75.

³³ LOCHAK, Danièle. Le droit, discours de pouvoir. Dans : CONAC, Gérard, VAUDIAUX, Jacques et HERBERT, Maisl, *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*. Paris : Economica, 1982, pp. 429-444.

³⁴ BARTHES, Roland. *Leçon : leçon inaugurale de la chaire de sémiologie littéraire du Collège de France prononcée le 7 janvier 1977*. Paris : Seuil, 1978. p. 12.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *L'ordre du discours. Leçon inaugurale du collège de France prononcée le 2 décembre 1970*. Paris : Gallimard, 1971. pp. 39-40.

³⁶ LOCHAK, Danièle. Le droit, discours de pouvoir. *Op. cit.* p. 432.

la forme et l'objet par une démarche empirique visant à reconstruire, de manière pragmatique, les possibilités de compréhension communicationnelles du droit constitutionnel.

18. Toutefois, cette définition demeure encore préliminaire en ce que, d'une part, prétendre à une démarche empirique suppose de préciser l'étendue des textes constitutionnels étudiés, et que d'autre part, revendiquer un ancrage pragmatique invite à s'intéresser à la méthode de la recherche. La première observation sera éclairée dans ce qui va suivre à travers l'établissement des limites de la recherche. En fin d'introduction, un développement sera aussi consacré à une justification de la méthode employée. Entre temps, la détermination du cadre théorique de cette investigation permettra de préciser les motivations du recours au pragmatisme.

B. LIMITES DE LA RECHERCHE : LES DISCOURS CONSTITUTIONNELS FRANÇAIS ET ARGENTIN

19. Toute recherche se proposant de réfléchir à la notion de discours constitutionnel ne peut faire l'économie des précisions propédeutiques inhérentes à la signification attribuée au langage de la Constitution.

20. D'abord, les discours constitutionnels ne seront pas ici appréhendés au prisme du langage juridictionnel tenus par les juges en vertu de leurs attributions d'interprétation des normes. Ils ne seront pas non plus assimilés aux discours doctrinaux des juristes s'afférant à l'exégèse des règles du droit et de la jurisprudence. Dans le cadre de cette thèse, les discours constitutionnels seront plutôt associés aux discours du constituant, c'est-à-dire aux discours prononcés par toute personne investie du pouvoir d'écriture de la Constitution ou invitée à concourir à son élaboration. L'autorité constituante, ou plus prosaïquement le *constituant*, sera donc comprise dans son acception la plus large rassemblant non seulement les membres élus des assemblées constituantes œuvrant à la création ou à la révision de la norme fondamentale, mais aussi les parlementaires, les *experts* spécialement convoqués pour éclairer certains aspects du texte constitutionnel, le chef de l'État intervenant à diverses étapes de la procédure, et les membres du Gouvernement habilités à défendre les intérêts du pouvoir exécutif avant l'adoption des nouvelles dispositions normatives.

21. Par ailleurs, la distinction bien connue entre pouvoir constituant *originaire* et pouvoir constituant *dérivé*³⁷ n'aura ici qu'un intérêt marginal dans la mesure où l'objet de l'étude se concentrera plus sur la

³⁷ On renverra ici à l'ouvrage de Franck Moderne concernant le concept de révision de la Constitution. Cf. MODERNE, Franck. « Réviser » la Constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé*. Paris : Dalloz, 2006. Un commentaire de cette réflexion sera par ailleurs proposé plus en aval de l'étude. Cf. *Supra*. n°1089.

forme et l'objet des discours constitutionnels que sur les questions de procédure. Le langage constitutionnel sera donc indistinctement apparenté aux discussions des constituants rassemblés *ex ante* pour discourir sur l'élaboration d'un nouvel ouvrage, qu'à celles des constituants réunis *ex post* afin d'amender le texte de la Constitution en vigueur.

22. Reste que ces premières considérations formelles ne suffisent pas à préciser les limites de la recherche. Aussi, ce second paragraphe se proposera de justifier l'intérêt de mener une étude spécifique sur la Constitution (1.) avant de définir les limites spatio-temporelles permettant de circonscrire les discours constitutionnels qui illustreront cette thèse (2.).

1. Les limites normatives : la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution

23. « *La Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution* », l'aphorisme mitterrandien, assez célèbre chez les constitutionnalistes³⁸, pourrait ici servir de fil directeur pour limiter l'étude du langage normatif. Pour autant, entreprendre une telle démarche est chose délicate, car rien pour l'instant ne permet de justifier la préférence pour l'analyse des discours constitutionnels vis-à-vis des autres discussions sur les normes. Pour des raisons différentes, certains auteurs tels que Riccardo Guastini, Guillaume Tusseau ou Klaus Günther furent aussi concernés par ce problème. On aimerait ici proposer une critique de leurs approches avant de manifester une préférence pour la justification donnée par K. Günther.

24. En 2001, la parution des *Lezioni di teoria costituzionale* offre à R. Guastini l'opportunité de s'intéresser aux multiples aspects des hiérarchies normatives³⁹. On comprend alors qu'à la différence de la loi, la Constitution peut être perçue comme un métalangage figurant une méta-norme sur laquelle s'organise la production d'autres normes⁴⁰. En particulier, la Constitution apparaît comme un moyen de définition de règles normatives de portée générale et de précision de leur champ d'application. Néanmoins, R. Guastini reconnaît que cette lecture métalinguistique n'est pas spécifique à la Constitution et peut être appliquée de manière analogue au rapport entre la loi et les normes inférieures. De ce point de vue en effet, la loi pourrait elle-même faire office de méta-norme pour les règlements administratifs tenus

³⁸ ROUSSEAU, Dominique. *La V^e République se meurt, vive la démocratie*. Paris : Odile Jacob, 2007. p. 155.

³⁹ R. Guastini dégage ainsi quatre formes de hiérarchies normatives : les hiérarchies structurelles ou formelles, les hiérarchies matérielles ou substantielles, les hiérarchies logiques ou linguistiques, et enfin, les hiérarchies axiologiques. Cf. GUASTINI, Riccardo. *Leçons de théorie constitutionnelle*. Paris : Dalloz, 2010. pp. 75-78. La troisième catégorie intéresse particulièrement ce travail de recherche, dans la mesure où l'on trouvera une lecture compatible avec la théorie du langage.

⁴⁰ « *Dans ces derniers cas, comme dans le cas des hiérarchies formelles, la hiérarchie existe non pas parce que l'un a établi que N1 est en un sens quelconque supérieur à N2, mais en vertu du contenu même de N1* ». Cf. *Ibid.* p. 77.

de respecter le cadre législatif pour être considérés comme valides. Ainsi, la Constitution comme la loi seraient entendues comme deux normes accomplissant une même fonction : celle d'orienter la production d'autres normes, et il semblerait alors difficile d'expliquer, autrement que par une différence de niveaux, la distinction entre ces deux types de règles.

25. Guillaume Tusseau, dans sa thèse sur *Les normes d'habilitation* semble envisager une lecture différente du problème. Les normes d'habilitation réunissent selon lui l'ensemble des « énoncés juridiques en vertu desquels un acteur dispose de la faculté de produire une norme »⁴¹. Ces énoncés habilitants prennent toutefois les formes les plus diverses et ne se limitent pas aux normes constitutionnelles⁴², et l'on pourra aussi remarquer que tous les énoncés constitutionnels ne sont pas toujours habilitants⁴³. Cette double critique empêche donc de considérer le langage de la Constitution comme la production d'un acte de volonté uniquement destiné à la formulation d'énoncés habilitants visant à organiser l'ordre juridique, et il faudra chercher ailleurs les raisons de sa spécificité.

26. C'est donc peut-être chez K. Günther que réside l'argument le plus convaincant. Ce dernier s'inspire de la *métaphore du regard* développée par Karl Engisch pour mettre en exergue les particularités du texte constitutionnel. Les normes constitutionnelles, chez K. Engisch, servent de *point de vue comparatif pour la subsumption*. Elles contribuent au « *va-et-vient du regard entre la majeure du raisonnement et les faits de la vie* »⁴⁴ [traduction de K. Günther]. Ce que comprend ici K. Günther, c'est que la Constitution sert en fait d'arrière-plan normatif à l'interprétation des règles de droit⁴⁵. Mais à la différence de R. Guastini, ou de G. Tusseau, lui ne conçoit pas cet arrière-plan comme un métalangage ou un ensemble d'énoncés habilitants dont la compréhension du contenu sémantique permettrait de subsumer la validité des autres normes juridiques. Avec Neil MacCormick et Aulis Aarnio, il considère

⁴¹ TUSSEAU, Guillaume. *Les normes d'habilitation*. TROPER, Michel (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris X-Nanterre, 2004. p. 2.

⁴² Ainsi G. Tusseau fait-il figurer au rang de ce type d'énoncé la première section de l'article 1 de la Constitution des États-Unis d'Amérique prévoyant que « *tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente constitution seront attribués à un Congrès des États-Unis* », ou l'article 45 de la Constitution marocaine de 1996 disposant qu'une loi d'habilitation « *peut autoriser le Gouvernement [...] à prendre par décret des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* », mais il considère en outre que l'article 97 du Code pénal espagnol permettant au juge d'application des peines de *décréter, remplacer* ou *suspendre* certaines mesures d'exécution, ou l'article 254 du *Merchant Shipping Act* nigérien de 1962 autorisant les ministres à « *prendre des mesures relatives au chargement et au stockage sur les bateaux* », s'appréhendent aussi comme des énoncés habilitants. Cf. *Ibid.* p. 3. On précisera néanmoins que la Constitution marocaine et le *Merchant Shipping Act* nigérien ont depuis lors été modifiés, respectivement en 2011 et 2007.

⁴³ On pensera par exemple à l'article 1^{er} de la Constitution française (1958) disposant que « *la France est une République laïque, démocratique et sociale* », à l'article 3 de la Constitution italienne (1948) reconnaissant l'égalité devant la loi de tous les citoyens, ou encore à l'article 2 de la *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne* (1949), portant sur la liberté d'action individuelle, le droit à la vie et à l'intégrité physique.

⁴⁴ ENGISCH, Karl. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg : C. Winter, 1963. pp. 33, 15.

⁴⁵ GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. *Archives de Philosophie du Droit*. 1992, n° 37, p. 271.

plutôt cet arrière-plan comme la figuration des *formes de vie* créant les *bases d'un choix rationnel*⁴⁶. Le langage de la Constitution se distingue ainsi de celui des lois ou des règlements par sa fonction de *fondation* d'un *état de choses juridiques* servant de justification à l'élaboration et à l'interprétation des normes inférieures, là où les autres discours se réduisent à une fonction d'*application* de ces règles d'arrière-plan⁴⁷.

27. Par cette approche, K. Günther parvient ainsi à mettre en exergue les spécificités du discours constitutionnel et rend ainsi crédible l'étude de ce langage en tant que tel. Néanmoins, comme A. Aarnio, K. Günther reconnaît qu'en l'absence de règles procédurales adéquates, l'immense pluralité des mondes vécus ne permet pas de former l'arrière-plan nécessaire à la stabilité de l'ordre juridique⁴⁸. Cet écueil, on le verra, pourra sans doute être surmonté en ayant recours aux outils de la théorie de l'agir communicationnel.

2. *Les limites spatio-temporelles : étude comparée des discours constitutionnels français et argentins*

28. Aux origines de cette thèse figurait la volonté d'une étude comparée des normes constitutionnelles de plusieurs pays d'Amérique latine. L'intention première de la recherche était ainsi de mettre en lumière le concept d'identité constitutionnelle à l'oeuvre au sein du Marché Commun du Sud (MERCOSUR)⁴⁹. Plus tard, la lecture de *Vérité et méthode*, du philosophe allemand Hans-Georg Gadamer, apporta d'intéressants éclairages méthodologiques. « *Quiconque veut comprendre un texte, disait Gadamer, réalise toujours une ébauche. Dès que se montre un premier sens dans le texte, l'interprète se donne en ébauche un sens du tout. À son tour ce premier sens ne se dessine que parce qu'on lit déjà le texte, guidé par l'attente d'un sens déterminé* »⁵⁰. Marie-Claire Ponthoreau comprenait ainsi que l'interprète et le texte se trouvent liés pas une *relation circulaire* : « *l'interprète est orienté dans sa recherche par l'attente de sens, d'une part, et par le texte lui-même qui dirige la précompréhension, d'autre part* »⁵¹.

⁴⁶ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht : D. Reidel, 1987. p. 212.

⁴⁷ On reviendra plus loin sur la compréhension proposée par J. Habermas de la distinction opérée par K. Günther entre les *discussions de fondation* et les *discussions d'application* de la norme. Cf. *Supra*. n°746.

⁴⁸ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable. A Treatise on Legal Justification*. *Op. cit.* p. 212.

⁴⁹ L'institution, créée en 1995 par la signature du traité d'Asunción, regroupe aujourd'hui la Bolivie, l'Argentine, le Brésil, le Venezuela, l'Uruguay et le Paraguay.

⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Vérité et méthode - Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Paris : Seuil, 1996. pp. 287-288.

⁵¹ PONTTHOREAU, Marie-Claire. *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*. Paris : Economica, 2010. p. 68.

29. Aussi, le choix de réduire cette investigation doctorale à une étude comparée des discours constitutionnels français et argentins ne s'explique plus seulement par le déplacement de l'objet de l'étude, mais tient compte de ces considérations pour privilégier la relation de circularité entre des recueils de textes facilement comparables. L'existence d'une culture juridique commune entre la France et l'Argentine⁵² facilite en effet la précompréhension des textes de doctrine et des journaux officiels de chacun des deux pays. En outre, la possibilité de résider quelques mois en Argentine a offert un accès privilégié aux documents nécessaires à la préparation de cette thèse. On cherchera donc ici à préciser le choix des textes étudiés.

a. Les réformes constitutionnelles argentines de 1949, 1957 et 1994

30. La Constitution argentine n'est pas, comme la Constitution française, un ouvrage récent. Lorsque le 4 octobre 1958 entrait en vigueur le texte fondateur de la cinquième République, la norme fondamentale argentine comptait déjà plus de deux siècles d'existence. Le texte, promulgué à Santa Fe par le Général Justo José Urquiza le 1^{er} mai 1853, connu six grandes réformes au gré des changements de gouvernements en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 et 1994⁵³. Parmi les milliers de pages composant les registres des débats constitutionnels, la décision a été prise de limiter les recherches aux textes de l'ultime réforme de 1994, ainsi qu'à quelques documents de 1949 et 1957.

31. En 1994, l'adoption de la réforme la plus ambitieuse depuis 1853 est le résultat d'un compromis entre le Gouvernement justicialiste du Président de la République Carlos S. Menem et l'opposition de l'Union Civique Radicale portée par l'ancien Président Raúl R. Alfonsín. L'essentiel de la réforme est relatif à l'organisation des pouvoirs présidentiels. Le Président en exercice réclame et obtient la possibilité de renouveler son propre mandat de manière consécutive en échange d'un contrôle accru des pouvoirs présidentiels. Ces mesures, négociées par les deux leaders de la majorité et de l'opposition dans la résidence présidentielle de C. Menem à Olivos, feront l'objet d'un texte voté en bloc par les membres de la Convention constituante⁵⁴. Par ailleurs, les trente-cinq sessions plénières de la Convention permettront d'amender la Constitution sur une diversité de thèmes tels que l'inclusion de traités internationaux, la

⁵² L'ensemble de la thèse consistera à mettre en exergue les similarités existantes entre les discours des constituants français et argentins. Pour le moment, on se contentera donc de remarquer avec Roberto Gargarella que la France comme l'Argentine partagent chacune l'idéal révolutionnaire d'émancipation de la figure du roi, la volonté d'une séparation claire des pouvoirs, et la reconnaissance progressive de droits fondamentaux. Cf. GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires : Katz editores, 2015. pp. 75-76.

⁵³ VITA, Leticia. El pueblo a la Constitución. La Reforma Constitucional de 1949 a la luz de las peticiones a la Asamblea Constituyente. Dans : CÉSAR SANTA, Alejandro L, *Las reformas de la Constitución argentina*. Buenos Aires : Biblioteca del Congreso de la Nación, 2020, p. 9.

⁵⁴ LHOËST, Brigitte F.P. Constitutional Reform in Argentina. *Verfassung und Recht in Übersee*. 1995, Vol. 28, n° 2, p. 160.

création d'un Conseil supérieur de la magistrature, la protection de l'environnement, la reconnaissance des communautés indigènes, la création d'un Défenseur du Peuple, ou la protection constitutionnelle de certains référés⁵⁵.

32. Les journaux officiels relatifs aux réformes de 1949 et de 1957 sont traités de manière plus marginale. Les débats de 1949 intéressent néanmoins ce travail de thèse dans la mesure où la *Constitution de 1949* est celle du *constitutionnalisme social* inspiré du modèle de la Constitution mexicaine de 1917. Pour l'essentiel, la réforme contribue à la reconnaissance du principe de justice sociale et à la consécration de nouveaux droits économiques et sociaux pour les travailleurs, les familles, les personnes âgées, ainsi qu'en matière d'éducation et de culture⁵⁶. La réforme de 1957 s'inscrit par ailleurs dans la même dynamique en venant renforcer les droits des travailleurs consacrés en 1949 et en établissant le principe de la sécurité sociale⁵⁷.

33. La variété des amendements constitutionnels contenus dans ce corpus de texte sera donc valorisée pour éclairer certains aspects de la thèse. D'autres exemples seront en outre apportés à travers les illustrations tirées de l'étude des Constitutions françaises.

b. Les Constitutions françaises de 1946 et 1958 et leurs révisions

34. Le Journal officiel de la République française est créé, dans sa version actuelle, le 5 septembre 1870. Par un décret du 5 novembre de la même année, ce document se substitue au *Moniteur universel* et acquiert le monopole de la diffusion des lois et des décrets⁵⁸. Se trouveront dès lors systématiquement répertoriés tous les débats parlementaires portant sur les lois et sur la Constitution. Cet archivage, ainsi que les récentes politiques de numérisation de ces textes rend désormais aisée l'étude des discours tenus par les parlementaires depuis le début de la III^{ème} République. Néanmoins, l'analyse des débats constitutionnels de la IV^{ème} et de la V^{ème} République suffira aux besoins de l'étude.

35. La première série de textes étudiés concerne donc les discussions menées au cours de l'élaboration de la Constitution du 27 octobre 1946. L'intérêt principal des recherches réside ici dans l'examen de la rédaction du Préambule donnant à la Constitution de la IV^{ème} République une teneur

⁵⁵ NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Cuestiones constitucionales*. 2000, n° 2, pp. 221-237.

⁵⁶ HERRERA, Carlos Miguel. En los orígenes del constitucionalismo social argentino: discursos en torno a la Constitución de 1949. *Historia Constitucional*. 2014, n° 15, pp. 393-394.

⁵⁷ BIDART CAMPOS, Germán J. El proceso político-constitucional en la República Argentina desde 1810 a la actualidad. *Ayer*. 1992, n° 8, p. 183.

⁵⁸ GOUGEON, Pascal. « Nul n'est censé ignorer la loi ». La publication au Journal officiel : genèse d'un mode d'universalisation de la « puissance publique ». *Politix*. 1995, Vol. 8, n° 32, p. 72.

sociale⁵⁹ similaire aux travaux argentins de 1949 et 1957. Seront par ailleurs comparés les discours au sein même des Assemblées constituantes afin d'éclairer les différences sémantiques entre le texte de la première assemblée, et celui finalement retenu à l'issue de la seconde⁶⁰.

36. Le deuxième recueil analysé concerne l'ensemble des discussions relatives à l'écriture de la Constitution de la cinquième République. Les spécificités de la rédaction de cette Constitution, prévues par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958⁶¹, obligent à s'écarter de la méthode classique de l'exégèse du Journal officiel pour se reporter aux *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958* rassemblés par le Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République. Ces documents, publiés en quatre volumes par la *Documentation française*, permettront d'examiner successivement les travaux du comité d'expert et du comité interministériel responsables de l'élaboration du texte, ainsi que ceux du Conseil d'État et du Comité consultatif constitutionnel chargés d'en faire la critique.

37. Enfin, une attention particulière sera portée aux grandes révisions de la Constitution de la cinquième République afin de souligner certains aspects importants de la forme et de l'objet du langage constitutionnel. Seront en ce sens étudiées la révision constitutionnelle de 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct ; celle de 1974 concernant l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel ; la révision de 2000 sur la durée du mandat présidentiel ; celle de 2003 sur l'organisation décentralisée de la République ; celle de 2005 sur la Charte de l'environnement ; et bien sûr, la révision constitutionnelle de 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République⁶².

38. À la suite de ces descriptions, on sera donc parvenu à définir plus clairement l'objet et les limites de la recherche. Cette thèse ne portera pas sur l'étude des normes, mais sur celle du langage normatif. Elle ne permettra pas l'examen de toute l'étendue de ce langage mais seulement du langage constitutionnel. Des illustrations tirées de l'analyse des discours constitutionnels français et argentins menés au sein des assemblées constituantes et parlementaires depuis la seconde moitié des années 1940 permettront la corroboration empirique des multiples hypothèses émises au cours de ce travail.

39. À présent, on aimerait s'intéresser au cadre théorique de la recherche, dont la définition apparaît comme un préalable nécessaire à la description ultérieure de la méthode d'investigation.

⁵⁹ BERSTEIN, Serge. *La démocratie libérale*. Paris : Presses Universitaires de France, 1998. p. 826

⁶⁰ Pour des précisions générales sur ce point, on renverra au chapitre que Jean-Jacques Becker consacre à *la naissance de la IV^{ème} République* dans son ouvrage sur *l'Histoire politique de la France depuis 1945*. Cf. BECKER, Jean-Jacques. *Histoire politique de la France depuis 1945*. Paris : Armand Colin, 2015. pp. 29-48.

⁶¹ DENQUIN, Jean-Marie. *1958 : la genèse de la Ve République*. Paris : Presses Universitaires de France, 1988. pp. 182-188.

⁶² Cette liste est toutefois non exhaustive, et d'autres textes seront aussi analysés.

§ II. CADRE THÉORIQUE DE LA RECHERCHE : LA RAISON COMMUNICATIONNELLE

40. En 1967, cinq années après la parution de sa thèse sur *L'espace public*, le philosophe allemand Jürgen Habermas émet pour la première fois, dans l'avant-propos de sa *Logique des sciences sociales*, l'intuition fondamentale qui guidera par la suite sa trajectoire de pensée pendant plus de deux décennies : « j'ai la conviction, qu'une fondation des sciences sociales sur une théorie du langage contribuera [...] à tirer au clair les questions fondamentales relatives à la logique de la recherche »⁶³.

41. C'est imprégné de cette conviction que J. Habermas publiera, en 1981, sa célèbre *Theorie des kommunikativen Handelns*, en français *Théorie de l'agir communicationnel*, où sera évaluée la possibilité donnée aux individus de résoudre certains problèmes pratiques en faisant un usage de la raison fondé sur la communication. Cette approche portera par ailleurs l'ambition de « fonder une théorie de la société qui s'efforce de justifier ses paramètres critiques »⁶⁴, et c'est sans doute cette volonté justificatrice qui conduira l'auteur à s'intéresser plus tard à l'applicabilité de sa théorie à la fondation des discours juridiques. La publication en 1992 de *Faktizität und Geltung*, édité en 1997 par Gallimard sous le titre de *Droit et démocratie*, servira ce projet : « les hypothèses fondamentales de la Théorie de l'agir communicationnel, précise-t-il d'emblée, se ramifient pour s'ouvrir sur une diversité d'univers discursifs ; elles doivent y faire leurs preuves à l'intérieur de contextes d'argumentation existants »⁶⁵. Aussi, le langage juridique constitue selon lui un *contexte d'argumentation* opportun pour émettre l'hypothèse d'un recours à la raison communicationnelle comme moyen adéquat de formation et de justification des normes de droit.

42. Dans le cadre de cette thèse, la théorie de l'agir communicationnel sera privilégiée pour l'étude des discours constitutionnels. Dans cette perspective, on aimerait maintenant expliquer quelque peu les grandes lignes de cette théorie (A.) afin de mettre en lumière l'intérêt d'une telle approche vis-à-vis des autres alternatives épistémologiques offertes par la philosophie du droit (B).

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Logique des sciences sociales et autres essais*. Paris : Presses Universitaires de France, 2005. p. 2.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/I: Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*. Vol. 1. Paris : Fayard, 1987. p. 13.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie - Entre faits et normes*. Paris : Gallimard, 1997. p. 10.

A. RAISON COMMUNICATIONNELLE ET DISCOURS PRATIQUE

43. Dans le premier chapitre de son *Discours philosophique de la modernité*, J. Habermas pose la question suivante : « *est-il possible de tirer de la subjectivité et de la conscience de soi des critères empruntés au monde moderne et en même temps aptes à permettre de s'orienter dans ce monde [?]* »⁶⁶.

44. À cette interrogation, on sait qu'Emmanuel Kant donnait une réponse affirmative. La *raison*, comprise dans son sens monologique de rationalité individuelle, apparaissait selon lui suffisante à la *détermination de la volonté*⁶⁷ et permettait de dégager des *principes pratiques*, c'est-à-dire « *des propositions renfermant une détermination générale de la volonté à laquelle sont subordonnées plusieurs règles pratiques* »⁶⁸. J. Habermas pour sa part, fait preuve d'une plus grande prudence. S'il partage avec Kant l'optimisme de pouvoir *dégager des principes pratiques* en faisant usage de la raison, il se méfie de *l'unilatéralité* de la pensée subjective. La raison pratique kantienne possède certes la *force inouïe* de *saper la religion* et de *produire une culture de la liberté subjective et de la réflexion*, mais une telle conception de la rationalité ne permet pas, de son point de vue, de s'assurer d'une substitution systématique de la raison à la *puissance unificatrice de la religion*⁶⁹.

45. C'est donc dans la discussion que se retrouveront les garanties nécessaires à la validation des jugements raisonnables. Ainsi, on s'emploiera dans ce paragraphe, à rendre plus claires les prémisses sur lesquelles J. Habermas fait reposer cette affirmation.

1. *Le rationalisme monologique chez E. Kant*

46. J. Habermas défend l'idée que la définition des conduites rationnelles n'est pas séparable du langage permettant de s'entendre sur un ensemble de règles objectives. Kant au contraire, soutient que la validité de ces conduites peut être établie par les individus eux-mêmes, en faisant un usage *monologique de la raison*. Dans ce qui va suivre, on aimerait expliquer brièvement les arguments convoqués par Kant pour fonder sa philosophie de la raison pratique avant d'en proposer une critique à partir des outils de la théorie du langage.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Le discours philosophique de la modernité*. Paris : Gallimard, 1988. p. 24.

⁶⁷ KANT, Emmanuel. *Critique de la raison pratique*. 2^e éd. Paris : Felix Alcan, 1902. pp. 21-22.

⁶⁸ *Ibid.* p. 27.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Le discours philosophique de la modernité*. Paris : Gallimard, 1988. p. 24.

a. Le rationalisme monologique

47. Dans le sens entendu par Kant, « les lois pratiques n'ont rapport qu'à la volonté, indépendamment de ce qui est affecté par sa causalité », et l'on peut dès lors « *faire abstraction de cette dernière [...] pour les avoir dans toute leur pureté* »⁷⁰. Pour considérer le caractère objectif et universel d'une règle, la volonté individuelle doit être préservée de toutes les contingences subjectives et accidentelles qui privent l'individu de l'usage de la raison. Autrement dit, la justesse d'une règle de conduite dépend chez Kant de la capacité d'un sujet à vouloir qu'elle devienne, pour tous, une règle universelle. On reviendra plus loin sur cette maxime, cardinale chez Kant, qui constitue le fondement de son impératif catégorique⁷¹, mais on aimerait avant cela s'intéresser aux justifications qui poussent l'auteur de la Critique de la raison pratique à formuler une telle assertion.

48. Kant, pour justifier ce type de conduite, recherche un principe général et transcendant qui, comme chez les utilitaristes, est celui de l'*amour de soi* et de la recherche du *bonheur personnel*. On reconnaît un être raisonnable à sa capacité à *prendre le bonheur pour principe suprême* de détermination de ses choix⁷². Quiconque oriente sa conduite de vie de manière à satisfaire un plus grand bonheur se trouve guidé par le principe de l'*amour de soi*, et c'est seulement dans cette perspective que l'on pourra raisonnablement désirer que cette conduite devienne une règle universelle.

49. Néanmoins, toute conduite orientée par l'amour de soi ne peut être considérée comme raisonnable. Kant distingue en ce sens les comportements de la *philautia*, inspirés par la *bienveillance pour soi-même*, de ceux de l'*arrogantia*, motivés par la *satisfaction de soi-même*. Seul le premier type de comportement guide selon lui les conduites individuelles raisonnables car il respecte les contraintes de la loi morale⁷³. Le second en revanche, n'est pas raisonnable car dans ce cas le sujet fonde sa propre règle et *s'érige en législateur*⁷⁴.

50. Reste que cette distinction n'explique pas comment les individus parviennent à fonder les lois morales de la *raison pure* sur lesquelles établir leurs activités pratiques. En outre, rien non plus ne permet de comprendre comment chacun parvient à opérer les arbitrages nécessaires à l'orientation d'une conduite juste. La lecture monologique de la raison pratique trouve ici ses limites, et l'on pourra dès lors s'interroger sur la capacité de la théorie habermassienne du langage à dépasser ces apories.

⁷⁰ KANT, Emmanuel. *Critique de la raison pratique*. Op. cit. p. 31.

⁷¹ Cf. *Supra* n°637.

⁷² KANT, Emmanuel. *Critique de la raison pratique*. Op. cit. p. 33.

⁷³ *Ibid.* p. 130.

⁷⁴ COHEN-HALIMI, Michèle. L'aphasie de Kant ? (... et si l'être de la loi morale n'était que littérature...). *Revue de métaphysique et de morale*. 2004, Vol. 4, n° 44, p. 589.

b. Le rationalisme monologique et la théorie du langage

51. Pour critiquer la posture du rationalisme monologique kantien, J. Habermas part de l'observation selon laquelle *les pensées sont articulées sous forme de propositions*⁷⁵. C'est donc, selon lui, la *structure des propositions* qui doit permettre de *saisir celle des pensées*. Les propositions langagières incarnent, de ce point de vue, le seul moyen valable de s'enquérir de la validité d'une pensée. Dès lors, la vérité n'est plus à rechercher dans le for intérieur des jugements autoréférentiels, mais dans la communication des idées et des perceptions susceptibles de vérification.

52. Cette forme communicationnelle de l'évaluation repose en général sur la reconnaissance d'*universalités sémantiques* impliquant l'existence d'un accord préalable à la discussion sur la signification d'un état de choses. La proposition « *le ballon est rouge* », dans une perspective platonicienne, « *n'exprime pas la représentation individuelle d'un ballon rouge [mais] présente plutôt le fait que le ballon est rouge* »⁷⁶. Le locuteur, dans ce cas, ne remet pas en cause la vérité relative à l'essence de l'objet. Il admet que dans le *monde des formes*, « *il existe au moins un objet qui est un ballon et dont il est établi qu'il est rouge* »⁷⁷, et cette idée lui suffit pour discuter de la validité de la proposition selon laquelle l'objet observé est un ballon rouge. Or cette conception pose problème à J. Habermas qui ne voit pas bien comment justifier l'idéal d'une *universalité sémantique* selon laquelle le langage permettrait de donner une réalité transcendante à l'ensemble des choses observables. Lui préfère postuler l'existence d'une *idéauté de la valeur de vérité* :

Est « réel » ce qui peut être représenté par des énoncés vrais, « vrai » pouvant à son tour être explicité par référence à la prétention qu'une personne élève vis-à-vis d'autres en affirmant un énoncé. À travers le sens assertorique de son affirmation, un locuteur émet une prétention critiquable à la validité de l'énoncé affirmé ; or, dans la mesure où personne ne peut accéder directement à des conditions de validité qui échappent à toute interprétation, il faut entendre « validité » au sens épistémique d'une « validité qui nous paraît fondée »⁷⁸.

53. Ainsi le jugement que l'on porte sur une chose n'est pas rationnel en vertu de l'existence d'un état de choses idéal utile à la comparaison, ou parce que l'on est capable de faire un usage monologique de la raison, ce jugement n'est en réalité rationnel qu'à la condition d'une entente préalable entre les partenaires

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 25.

⁷⁶ *Ibid.* p. 26.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.* p. 28.

de la discussion quant aux prémisses sur lesquelles chacun fonde sa prétention à vérité⁷⁹. Il apparaît alors nécessaire d'examiner par quels moyens la philosophie du langage peut contribuer à une reconstruction communicationnelle de la rationalité.

2. *Le rationalisme discursif chez J. Habermas*

54. C'est probablement chez Charles S. Peirce que J. Habermas trouve l'argument le plus convaincant à une forme de rationalité fondée sur le langage. « *Le réel, dit Peirce, est [...] ce à quoi, tôt ou tard, le processus d'information et de raisonnement aboutirait et qui est pour cette raison indépendant de mes ou de vos caprices* »⁸⁰ [traduction de R. Rochlitz]. Le réel est donc le résultat d'un consensus fondé sur l'échange d'informations entre les membres d'une *communauté* faisant usage de la raison pour produire la masse générale des connaissances nécessaires à leur conduite idéale de vie⁸¹. Pour J. Habermas comme pour Peirce, la vérité ne se situe pas dans la réalité des choses observables, mais dans la signification des actes de langage permettant de décrire ces choses⁸².

55. C'est donc dans l'examen des échanges linguistiques partagés entre tous les membres d'une communauté de parole pour décrire des idées, des objets et des faits, que peut se révéler la vérité contingente de la réalité du monde. J. Habermas se demande alors comment appréhender ces échanges pour parvenir à une définition la plus juste possible de la raison communicationnelle. On verra ici pourquoi le retour à l'approche fondatrice de Gottlob Frege sera préféré à la plus récente théorie du langage de Karl Bühler et à la syntaxe logique de Rudolf Carnap pour concrétiser cette intention.

a. **La théorie du langage de K. Bühler**

56. En 1934, le psychologue allemand Karl Bühler publie sa *Sprachtheorie*, une théorie du langage dans laquelle l'auteur développe une lecture sémantique des phénomènes linguistiques. Le *signe linguistique* peut, selon lui, être appréhendé à la fois comme un *symbole*, comme un *symptôme*, et comme un *signal*. Il est *symbole* « *en vertu de sa coordination*⁸³ *aux objets et aux états de choses* ». Il est *symptôme* « *en vertu de sa dépendance par rapport à l'émetteur dont il exprime l'intériorité* ». Il est enfin

⁷⁹ On renverra au commentaire réalisé plus loin concernant les travaux de l'anthropologue britannique Edward E. Evans-Pritchard afin de préciser cette idée. Cf. *Supra*. n°293.

⁸⁰ PEIRCE, Charles S. *Collected papers. Volume V. Pragmatism and pragmaticism*. Vol. 5. Cambridge : Harvard University Press, 1934, p. 126.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 28.

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 285.

⁸³ Le terme choisi par Jean-Marc Ferry dans sa traduction de la *Théorie de l'agir communicationnel/1* est plutôt celui d'*assignation*. Cf. *Ibid.* p. 286. Le traducteur français de la *Sprachtheorie*, Didier Samain, opte lui pour la notion de *coordination*. Il s'en explique dans une note de bas de page de l'ouvrage. Cf. BÜHLER, Karl. *Théorie du langage. La fonction représentationnelle*. Paris : Agone, 2009. p. 109.

signal « en vertu de son appel à l'auditeur, dont il guide le comportement externe ou interne comme d'autres signes [d'un système] de communication »⁸⁴. La langue est donc perçue par Bühler comme un phénomène phonétique visant à former les images phoniques utiles à un émetteur soit pour représenter un objet (fonction de symbole), soit pour exprimer quelque chose (fonction de symptôme), soit encore pour appeler l'auditeur à se comporter d'une certaine manière (fonction de signal). Ces images permettent ainsi d'établir un lexique dont il sera possible d'analyser scientifiquement les incidences sémantiques dans les échanges linguistiques entre les interlocuteurs⁸⁵.

57. Cette approche du langage se trouve toutefois soumise à plusieurs critiques. Dans sa thèse sur *La linguistique de Karl Bühler*, Sandrine Persyn-Vialard met en exergue un point aveugle de la théorie scientifique de l'auteur, incapable de prendre en compte les usages poétiques des expressions linguistiques détournées de leur sens originel⁸⁶. Par ailleurs, la tentative de classification fonctionnaliste des phonèmes que propose Bühler souffre selon elle d'un manque de précision. Dans certaines situations en effet, une même expression linguistique peut revêtir plusieurs significations⁸⁷, et il semble alors difficile d'espérer une quelconque systématisation des actes de langages.

58. J. Habermas formule encore une autre critique. À son sens, Bühler ne s'intéresse qu'aux significations des signes isolés et non au contenu des phrases permettant d'expliquer un rapport au monde. Le problème majeur de cette approche tient alors à ce que, en se concentrant sur l'analyse formelle de la rationalité des expressions linguistiques émises entre un locuteur et son auditeur, la *théorie de la signification* empêche toute compréhension extérieure des actes de langage⁸⁸. La posture de Bühler ne permet donc pas de rendre compte des prétentions à la validité contenues dans les propositions langagières des partenaires de la discussion, simplement offre-t-elle la possibilité d'une étude des conduites individuelles en relation avec les signaux phonétiques échangés entre les participants d'une interaction communicationnelle. Cette critique pousse donc J. Habermas à rechercher, chez R. Carnap, les éléments nécessaires au dépassement de cette théorie.

⁸⁴ BÜHLER, Karl. *Théorie du langage. La fonction représentationnelle*. *Op. cit.* p. 109.

⁸⁵ *Ibid.* p. 111.

⁸⁶ PERSYN-VIALARD, Sandrine. *La linguistique de Karl Bühler. Examen critique de la Sprachtheorie et de sa filiation*. VALENTIN, Paul (dir.). Thèse de doctorat, linguistique. Paris : Université Paris Sorbonne, 2002. p. 172. Ce phénomène a par ailleurs largement été exploré par R. Jakobson dans ses analyses du langage poétique. Pour lui en effet, la poésie apparaît comme une *structure subliminale* du langage remettant systématiquement en question le caractère rationnel des structures linguistiques convoquées par les poètes. Cf. JAKOBSON, Roman. *Structures linguistiques subliminales en poésie*. Dans : JAKOBSON, Roman, *Questions de poétique*. 2^e éd. Paris : Seuil, 1973, p. 280.

⁸⁷ Ainsi en est-il par exemple de l'expression « le cheval » qui peut à la fois servir de *symbole* de représentation de l'espèce, et à la fois opérer comme un *signal* pour désigner « un représentant particulier de l'espèce, présent dans le champ visuel des partenaires de l'interlocution ». Cf. PERSYN-VIALARD, Sandrine. *La linguistique de Karl Bühler...* *Op. cit.* p. 171.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1...* *Op. cit.* p. 286.

b. La syntaxe logique de R. Carnap

59. La théorie du langage de Carnap se distingue de l'analyse sémantique des expressions linguistiques de Bühler par une lecture syntaxique des actes de langage. Un signe n'a pour lui de signification qu'en référence à des objets ou à des états de choses, mais l'étude du signe n'est pas une étude de la chose, et la science des formes doit pouvoir être distinguée de la science des objets. Le premier paragraphe de l'ouvrage qu'il consacre tout entier à cette approche est en ce sens fort éloquent : « *par syntaxe logique du langage, explique-t-il, nous voulons parler de la théorie [...] des formes linguistiques de ce langage – les énoncés systématiques des règles formelles qui l'organise conjointement au développement des conséquences qui en découle* »⁸⁹ [nous traduisons]. Carnap essaye ainsi de distinguer la science du réel portant sur l'étude des objets, d'une science formelle vouée à l'étude des propositions langagières utilisées pour décrire le réel⁹⁰. « *En logique, ajoute-t-il, il n'y a pas de morale. Chacun est libre de construire sa propre logique, i.e. sa propre forme de langage, comme il l'entend. La seule chose que l'on attend de lui, s'il désire discuter avec nous, c'est de justifier sa méthode clairement, et fournir des règles syntaxiques plutôt que des arguments philosophiques* »⁹¹ [nous traduisons].

60. Cette piste de réflexion semble prometteuse. À première vue, l'analyse des formes de langage possède cette qualité de pouvoir s'extraire des contingences de l'universalité sémantique platonicienne galvaudant toute entreprise d'analyse du réel. Mais un écueil demeure. Il revient en effet à Alberto Coffa d'avoir su montrer que Carnap se situe en réalité au milieu du gué⁹². On reproduira ici son exemple : d'après les enseignements de la *syntaxe logique*, un mathématicien aurait toute légitimité à rejeter l'*axiome multiplicatif* ; en faisant cela, il ne rejette pas un fait, mais établit une autre convention de langage selon laquelle une multiplication signifie *autre chose* que le produit de deux nombres. Mais affirmer l'existence de conventions mathématiques, c'est commettre une erreur de logique, puisque cela revient à émettre une considération *factuelle* selon laquelle il *existe* des conventions de langage portant sur l'étude de cette science. A. Coffa qualifie ainsi de *factualisme sémantique de second niveau* cette forme de contradiction performative et l'appréhende comme « *la présupposition qu'il y a une question de fait en ce qui concerne la différence entre le stade auquel nous produisons la machinerie sémantique impliquée*

⁸⁹ CARNAP, Rudolf. *The logical syntax of language*. Londres : Routledge & Kegan Paul, 1937. p. 1.

⁹⁰ SERRUS, Charles. La syntaxe logique de Rudolf Carnap. *Les Études philosophiques*. 1935, Vol. 9, n° 3, p. 138.

⁹¹ CARNAP, Rudolf. *The logical syntax of language*. Londres : Routledge & Kegan Paul, 1937. p. 52.

⁹² On emprunte ici à Jacques Bouveresse les éléments de compréhension utiles à l'analyse de ce débat. Cf. BOUVERESSE, Jacques. *Essais VI. Les lumières des positivistes*. Paris : Agone, 2012. pp. 240-241.

dans la communication, et le stade auquel finalement nous communiquons »⁹³ [traduction de J. Bouveresse].

61. S'il ne la développe pas, J. Habermas apparaît sensible à cette observation et reconnaît que Carnap échoue à proposer un *système général de règles* pragmatiquement reconstructibles agissant comme moyen d'une recherche communicationnelle de la vérité⁹⁴. C'est donc vers G. Frege que s'orientent ses investigations.

c. Retour au tournant linguistique de G. Frege

62. « La théorie de la signification ne sera définitivement établie comme une science formelle que lorsqu'aura été accompli le pas permettant de passer d'une sémantique référentielle à une sémantique de la vérité » : voilà toute l'ambition que donne J. Habermas à la fondation de sa théorie de l'agir communicationnel⁹⁵. La vérité n'est pas à rechercher dans l'expression des énoncés se rapportant à l'essence des choses observables, mais dans les propositions langagières rationnellement motivées pour décrire un état de choses. Conscient des limites épistémologiques des théories de Carnap et Bühler pour proposer une méthode efficace d'évaluation de la validité de ces propositions, J. Habermas décide de repartir du tournant linguistique de G. Frege pour reconstruire un modèle discursif de recherche de la vérité.

63. « *Qu'est-ce qu'un fait ?* », s'interroge ainsi Frege dans les pages de ses *Écrits logiques et philosophiques*. « *Un fait*, dit-il, [c'est] *une pensée qui est vraie* »⁹⁶. L'expression de ces pensées permet donc de rendre compte du rapport au monde que le sujet tient pour vrai. Mais cela n'explique pas encore ce que Frege entend à travers la notion de *pensée*. La pensée, selon lui, n'appartient ni au *monde intérieur* inhérent aux représentations que le sujet se fait des objets et des choses, ni au *monde extérieur* des expériences sensibles dont le caractère universel n'est jamais vérifiable. La pensée serait plutôt ce qui est saisi par le sujet : « *ce que je juge vrai indépendamment du fait que j'admets sa vérité, ne dépend pas [...] du fait que j'y pense* »⁹⁷, mais dépend plutôt, pour poursuivre dans le sens de Frege « *du fait de dire que j'y pense* », c'est-à-dire de l'action consistant à *saisir* linguistiquement le fait que je pense quelque chose.

⁹³ COFFA, J. Alberto. *The semantic tradition from Kant to Carnap. To the Vienna station*. Cambridge : Cambridge University Press, 1991. p. 322.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1 ... Op. cit.* p. 286.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ FREGE, Gottlob. *Écrits logiques et philosophiques*. Paris : Seuil, 1971. p. 254.

⁹⁷ *Ibid.*

64. À partir de cela, J. Habermas considère que la communication permet de dégager les conditions d'une *acceptabilité rationnelle*⁹⁸ des prétentions à la vérité contenues dans les propositions langagières émises au cours d'une discussion⁹⁹. *L'activité communicationnelle* permet ainsi aux partenaires de l'échange de pénétrer dans *le monde des faits sociaux* en faisant un usage pragmatique du langage pour réussir tout d'abord à *s'entendre* sur un état de choses, et pour parvenir ensuite à *coordonner leurs actions*. La validité des énoncés n'est donc plus soumise aux contingences de la logique sémantique des signes linguistiques (Bühler), elle ne dépend pas non plus de la reconnaissance préalable de conventions syntaxiques (Carnap), simplement est-elle fonction de l'organisation d'une situation idéale de parole favorable à la recherche coopérative de l'argument le plus rationnel à partir de l'expression des pensées subjectives des interlocuteurs figurant leur rapport au monde¹⁰⁰.

65. Par-là, J. Habermas parvient donc à proposer une théorie de l'agir communicationnel permettant de surmonter les écueils de la rationalité monologique kantienne en faisant reposer sur la discussion les possibilités d'une reconstruction de la raison. Mais à l'instar de Kant, J. Habermas soutient qu'un tel usage de la raison n'est pas seulement utile du point de vue descriptif de l'ontologie des faits et des choses mais peut aussi servir à l'élaboration d'un cadre prescriptif de régulation des conduites sociales. On cherchera donc à présent à s'intéresser à la manière dont l'auteur de *Droit et démocratie* parvient à justifier l'applicabilité de sa théorie aux spécificités du discours juridique.

B. RAISON COMMUNICATIONNELLE ET DISCOURS JURIDIQUE

66. En tant que moyen d'organisation des rapports sociaux, le droit remplit, chez J. Habermas, deux fonctions fondamentales. La première consiste à assurer la *sécurité* entre les sociétés juridiques en jouant un rôle de *stabilisation des attentes de comportement sanctionnées par l'État*. La seconde,

⁹⁸ J. Habermas emprunte la notion à Hilary Putnam. Pour Putnam en effet, l'*acceptabilité rationnelle (idéalisée)* correspond à « *une sorte de cohérence idéale de nos croyances entre elles et avec nos expériences* telles qu'elles sont représentées dans notre système de croyances – *et non une correspondance avec des « états de choses » indépendants de l'esprit ou du discours* ». Cf. PUTNAM, Hilary. *Raison, vérité et histoire*. Paris : Éditions de minuit, 1984. p. 61.

⁹⁹ « *La différence entre la validité d'un énoncé et le fait de le tenir pour vrai est expliquée par le fait que le concept de validité idéale doit être compris comme une assertibilité rationnelle dans des conditions idéales, et donc par référence à la réalisation des prétentions à la validité au moyen de la discussion* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 49.

¹⁰⁰ Cette lecture est aussi partagée par Putnam pour qui la vérité correspond *in fine* à une *idéalisation de l'activité rationnelle*. Cf. PUTNAM, Hilary. *Raison, vérité et histoire. Op. cit.* p. 67.

consubstantielle à la première, est de former des conditions d'acceptabilité rationnelle du respect de la loi en apportant les garanties de *légitimité* nécessaires à une justification de l'obéissance aux normes¹⁰¹.

67. J. Habermas voit dans cette double exigence le principe directeur de toute philosophie du droit. Les théoriciens du droit naturel, comme ceux du droit positif partagent l'ambition de vouloir justifier l'existence d'un ordre juridique en abordant les problèmes inhérents à la *sécurité* et à la *légitimité* des règles de droit. Pour autant, l'auteur s'inquiète de la tension existant entre ces différentes approches et craint que l'enfermement dans une discipline de savoir spécifique ne conduise à affaiblir les moyens de connaissance de l'objet du droit. Aussi propose-t-il de se saisir des outils de la théorie de la discussion afin de proposer une théorie critique où puissent dialoguer différentes épistémologies juridiques pour enrichir la compréhension du droit¹⁰².

68. Cette nouvelle étape introductive devra ainsi conduire à expliquer les raisons motivant J. Habermas à faire un usage juridique de sa théorie de l'agir communicationnel en expliquant d'une part, sa prise de recul vis-à-vis des postures connues du positivisme et du jusnaturalisme (1.), et en précisant d'autre part, sa préférence pour une théorie critique de la société (2.).

1. *Le rejet des postures positivistes et néo-jusnaturalistes*

69. En 2007, la *Revue de droit public* consacrait un dossier spécial au rapport iconoclaste que J. Habermas pouvait entretenir avec l'objet du droit. À l'occasion d'un entretien accordé au professeur Dominique Rousseau, J. Habermas s'était alors défendu de n'appartenir à aucune des grandes écoles de la philosophie du droit¹⁰³. Le XX^{ème} siècle constitue pour lui et pour les juristes contemporains en général, un siècle charnière entre l'affaiblissement progressif de la doctrine du droit naturel, l'affirmation des grandes théories positivistes de compréhension du droit, mais aussi à un retour plus inattendu, dans le courant des années 1960, d'une forme renouvelée de la théorie du droit rationnel, à travers la nouvelle *théorie de la justice* proposée par le philosophe américain John Rawls¹⁰⁴.

70. Nonobstant l'étude de l'affaiblissement des théories jusnaturalistes classiques, on cherchera donc ici à comprendre la distance prise par J. Habermas concernant les postures positivistes incarnées par le

¹⁰¹ La *sécurité* et la *légitimité* de l'ordre juridique reposent ainsi sur deux exigences fondamentales : « d'un côté, le principe de *sécurité juridique* requiert des décisions qui, dans le cadre juridique existant soient rendues de manières cohérente », et « d'un autre côté, l'exigence de *légitimité* de l'ordre juridique exige des décisions qui non seulement soient en accord avec le traitement des cas analogues dans le passé et avec le système de règles en vigueur mais encore doivent être concrètement fondées en raison, de sorte à pouvoir être acceptées par les sociétaires juridiques comme des décisions rationnelles ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 219.

¹⁰² *Ibid.* pp. 20-21.

¹⁰³ ROUSSEAU, Dominique. Jürgen Habermas et le droit. *Revue de Droit Public*. 2007, n° 6, p. 1481.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 71.

normativisme, l'herméneutique juridique et le réalisme, avant de s'interroger sur les réserves analogues émises à l'encontre du rationalisme néo-jusnaturaliste de J. Rawls¹⁰⁵. Ce raisonnement devra ainsi permettre de mieux cerner la préférence de J. Habermas pour une théorie critique de la société.

a. Le rejet du positivisme : M. Troper, H. Gadamer et H. Kelsen

71. On doit à Norberto Bobbio la définition, la plus claire à ce jour, de la notion de positivisme juridique. « *Le positivisme juridique, écrit-il dans ses Essais de théorie du droit, est caractérisé par la nette distinction entre droit réel et droit idéal, [...] le droit comme fait et le droit comme valeur ; le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être ; et par la conviction que le droit dont doit s'occuper le juriste est le premier et non pas le second* »¹⁰⁶. Correspond dès lors à cette définition l'ensemble des théories du droit s'intéressant aux moyens de décrire les énoncés prescriptifs contenus dans les normes juridiques. Ce n'est pas ici le lieu de proposer une étude approfondie des différents courants de pensée représentatifs de cette approche, mais on veillera toutefois à en donner une description sommaire afin de mettre en lumière le dissensus épistémologique opposant J. Habermas aux représentants de ces multiples postures.

72. Le premier commentaire que l'on pourra faire concerne le courant herméneutique. Chez Paul Ricœur, l'herméneutique entend faire « *communiquer les problèmes techniques de l'exégèse textuelle aux problèmes plus généraux de la signification du langage* »¹⁰⁷. L'herméneutique juridique consiste alors à apporter les éléments d'une précompréhension de la relation entre une norme et un état de choses sur lequel puisse ensuite s'établir l'interprétation de nouvelles relations, et ainsi de suite de manière chaque fois plus concrète pour garantir la sécurité et la légitimité du système normatif. La *loi*, de ce point de vue, doit toujours *lier pareillement tous les membres de la communauté juridique* afin d'être comprise par tous sous une forme identique, et c'est seulement dans ce cas que pourra être réalisée une exégèse valable pour en comprendre le sens¹⁰⁸.

73. J. Habermas reproche toutefois à cette lecture du droit l'adoption d'une démarche incapable de s'émanciper des contingences du « *travail de l'histoire propre à la forme de vie et à la forme de droit dans lesquelles [l'interprète] lui-même se trouve déjà préalablement plongé* »¹⁰⁹. L'exégète de la norme se trouve toujours précédé par le schéma narratif de son histoire personnelle et comprend le texte sur le mode introspectif d'une mise en relation avec les éléments constitutifs de son propre univers de vie. Il ne dispose donc pas du recul nécessaire pour donner un sens à la norme échappant au subjectivisme de sa

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 219, 71.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *Essais de théorie du droit*. Paris : Bruylant - L.G.D.J., 1998. p. 25.

¹⁰⁷ RICŒUR, Paul. *Le conflit des interprétations*. Paris : Seuil, 1969. p. 8.

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Vérité et méthode... Op. cit.* p. 351.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 220.

précompréhension et se retrouve par conséquent privé des garanties d'une interprétation rationnelle du droit¹¹⁰.

74. La deuxième critique que propose J. Habermas s'adresse au réalisme juridique. Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats montrent que cette posture se distingue de l'herméneutique en ce que l'interprète de la norme ne cherche plus à faire l'exégèse de la signification du texte en fonction de son contexte historique d'apparition, mais vise plutôt à considérer l'existence d'un ensemble de contraintes juridiques pesant sur l'interprète cherchant à donner une compréhension la plus juste possible du sens de la norme de droit¹¹¹. L'interprétation, pour M. Troper, est donc « *une fonction de la volonté et non de la connaissance [qui] n'a pas pour objet des normes, mais des énoncés ou des faits [et qui] confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique* »¹¹². D'abord, l'interprétation est *fonction de la volonté* en ce que le texte normatif n'a pas de signification *a priori* et n'acquiert de sens que dans la bouche de son interprète. Par ailleurs, son objet se rapporte à *des énoncés ou à des faits* dans la mesure où, puisque *le sens ne préexiste pas à l'interprétation*, l'interprète ne comprend le texte qu'en relation avec les situations chaque fois différentes de son contexte d'application. Découle enfin de tout cela le fait que l'interprétation fournit à l'interprète un pouvoir considérable puisque toute la validité du droit réside dans la *validité de l'interprétation qu'il produit*¹¹³.

75. À ces différentes considérations, J. Habermas oppose deux sortes de critiques. Pour lui, les réalistes échouent à fonder la légitimité du droit autrement que par une interprétation *orientée vers l'avenir* où l'interprète n'agirait que « *sur la base d'orientations axiologiques qu'il tient pour rationnelles* ». Par ailleurs, en ne faisant reposer l'interprétation du droit que sur la base de *suppositions idéalisantes*, cette théorie ne peut conduire qu'à une *renonciation brutale de la sécurité juridique*, compte tenu de l'incapacité des réalistes à « *expliquer comment [le] système juridique serait compatible avec le scepticisme radical qui habite les experts impliqués* »¹¹⁴.

76. L'ultime approche positiviste dont l'auteur de *Droit et démocratie* se propose de faire le commentaire est celle du normativisme¹¹⁵. Pour Herbert L. A. Hart, le *fondement du système juridique*

¹¹⁰ RABAULT, Hugues. *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*. Paris : L'Harmattan, 1997. p. 89.

¹¹¹ TROPER, Michel et CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Proposition pour une théorie des contraintes juridiques. Dans : TROPER, Michel, CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYK, Christophe, *Théorie des contraintes juridiques*. Paris : Bruylant - L.G.D.J, 2005, pp. 12-13.

¹¹² TROPER, Michel. *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris : Presses Universitaires de France, 2001. p. 71.

¹¹³ *Ibid.* pp. 74, 79.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 221, 222.

¹¹⁵ Par souci de clarté, on précisera ici que J. Habermas préfère à la terminologie de normativisme celle de positivisme juridique. Or, l'on vient de voir qu'au sens de N. Bobbio, le positivisme juridique englobe plutôt toutes les doctrines portant sur l'analyse du *Sollen*. On choisira donc, en ce qui concerne cette thèse, de privilégier la lecture donnée sur ce point par le juriste italien.

repose sur l'articulation d'un ensemble de règles primaires visant à établir *certaines vérités relatives à des aspects importants du droit*, avec d'autres règles secondaires de *reconnaissance* permettant d'*identifier* les premières¹¹⁶. H. Kelsen, dans le même sens, affirme qu'un *ordre juridique* « est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité a le même fondement : [...] une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre »¹¹⁷. L'existence des normes est donc un fait : le résultat d'un acte de volonté visant à donner à certaines institutions l'autorité de prescrire des énoncés déontologiques d'organisation des conduites sociales, mais leur validité n'est pas pour autant le produit de cet acte car dans la perspective normativiste, la norme ne tire pas son autorité du pouvoir mais de la reconnaissance de normes de droit supérieures structurant l'ordre juridique.

77. Du point de vue de la légitimation du droit, une telle théorie semble convaincante. Le fait de déterminer la validité des normes en se fondant sur l'autorité de règles supérieures présente en effet l'avantage de ne plus faire reposer la légitimité du droit sur le terrain subjectif d'une interprétation de l'histoire ou des pratiques de vie, afin de privilégier l'objectivité d'un recours systématique à des textes *régulièrement promulgués par les institutions compétentes*. En revanche, la manière dont le normativisme appréhende les questions de sécurité juridique semble plus problématique. Selon J. Habermas, les limites de cette approche se révèlent dès lors que l'interprète du droit se trouve contraint de résoudre certains *cas difficiles*. Lorsque le droit en vigueur ne permet pas de *définir exactement un état de choses*, ce dernier n'a d'autre choix que de donner sa *propre appréciation de la norme*. La stabilité de l'ordre juridique n'est alors plus assurée et la *latitude discrétionnaire* dont bénéficie l'interprète laisse craindre une justification de la norme reposant sur des *critères moraux* non contraints par *l'autorité du droit*¹¹⁸.

78. Ainsi, les différentes théories évoquées ne permettent pas, selon J. Habermas, de proposer une issue rationnellement convaincante aux enjeux structurels de légitimation et de sécurisation de l'ordre juridique. Ce scepticisme ne se limite d'ailleurs pas aux seules approches positivistes, et on verra maintenant pourquoi la théorie de la justice de J. Rawls n'apporte pas non plus de réponse convaincante à cette problématique.

b. Le rejet du néo-iusnaturalisme : J. Rawls

79. En 1971, paraît aux presses de l'Université de Harvard, la première édition de la *Theory of Justice* de John Rawls. Cette approche repart des prémisses de la rationalité monologique kantienne pour

¹¹⁶ HART, Herbert L. A. *Le concept de droit*. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 1976. p. 127.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. *Op. cit.* p. 39.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 223.

proposer une théorie du droit fondée sur un idéal d'impartialité accessible à toute personne en mesure d'accéder à un *état originel fictif* excluant tout *différentiel de pouvoir*¹¹⁹.

80. Anticipant les accusations d'abstraction et d'idéalisme qui risquent d'affecter sa position, Rawls propose de construire un modèle juridique à deux niveaux. Au *premier niveau* correspondent les deux grands principes philosophiques permettant de former un accord dans la position originelle :

En premier lieu : chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres.

En second lieu : les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois, (a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et (b) qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous¹²⁰.

81. Dès lors, pour décourager l'expression de jugements moraux guidés par la perspective d'un succès personnel, Rawls propose d'*établir une procédure équitable* visant à garantir le juste respect de ces principes afin de préserver les sujets de l'influence des *circonstances sociales et naturelles* entourant leur univers de vie¹²¹. Cette préoccupation constitue le cœur du *second niveau* de sa théorie. Chaque membre de la société doit selon lui être capable de faire un usage adéquat de la raison pour dégager les principes généraux de conduite applicables à une situation en considérant cette dernière sous le double rapport des *convictions* individuelles et des *principes* souhaitables. Pour mener à bien un tel examen, Rawls propose de « *se demander si l'application de ces principes nous conduirait à émettre les mêmes jugements que ceux que nous faisons maintenant [...] ou si, dans le cas où nos jugements actuels sont incertains ou hésitants, ces principes proposeraient une solution à laquelle nous pourrions nous rallier après réflexion* »¹²². Ce raisonnement permettrait alors de parvenir par tâtonnement à l'établissement d'un *équilibre réfléchi* entre principes et convictions proche de celui atteignable dans une position originelle.

82. Nombreuses sont les critiques formées à l'encontre de cette posture, et l'on aimerait ici en présenter certaines des plus abouties¹²³. Pour Richard Rorty par exemple, la prétention universaliste de la

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Morale et communication - Conscience morale et activité communicationnelle*. Paris : Flammarion, 2012. p. 87.

¹²⁰ RAWLS, John. *Théorie de la justice*. Paris : Points, 2009. p. 91.

¹²¹ *Ibid.* p. 168.

¹²² *Ibid.* p. 46.

¹²³ On suivra en ce sens la synthèse de ces critiques proposée par J. Habermas dans *Droit et démocratie*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 76-80.

lecture de Rawls est sans fondement car la théorie de la justice ne permettrait pas à son sens de fournir un modèle d'appréciation impartiale des questions politico-morales et consisterait plutôt en une *description historico-sociologique* de certaines idées relatives à la justice répandues dans la société étasunienne de son époque¹²⁴. Ronald Dworkin apporte de son côté une analyse différente. De son point de vue, l'opportunité d'un accès à une forme de neutralité axiologique offerte par la théorie de Rawls sert tout à fait le dessein de responsables politiques soucieux de l'implémentation consensuelle de leurs programmes d'action. Néanmoins, le caractère nécessairement relatif de cette approche ne suffit pas selon lui à fonder d'une manière catégorique les grands principes de la justice¹²⁵. Rien, dans la recherche pragmatique d'un équilibre réfléchi, ne permet de s'assurer de la validité universelle des règles de conduite, et cet écueil l'empêche donc de souscrire à cette lecture¹²⁶.

83. J. Habermas à son tour, émet trois sortes de critiques¹²⁷. La première concerne la posture des partenaires dans la position originelle. Pour lui, Rawls sous-estime la capacité des citoyens à s'émanciper des *limites de leur égoïsme rationnel* qui les prive en général de la capacité à comprendre à la fois le *sens déontologique des principes de justice qu'ils cherchent* et les *demandes de justice de ceux qu'ils représentent*. D'autre part, la *théorie de la justice* opère une confusion entre le *sens déontologique des normes qui nous engagent* et le *sens téléologique des valeurs que nous préférons*. Or cette distinction est en réalité fondamentale pour s'assurer de la validité de tout jugement pratique, car elle révèle la diversité des procédures nécessaires à la formulation de ces jugements. Enfin, et c'est sans doute le point le plus important, J. Habermas apparaît sceptique quant aux arguments apportés par Rawls pour défendre l'impartialité du voile d'ignorance. À la manière de Kant, Rawls considère que tout individu capable de faire un usage correct de la raison serait en mesure de former, dans son for intérieur, des jugements justes. Mais dans les *conditions du pluralisme moderne* J. Habermas estime cette prétention peu plausible et considère alors la discussion comme le seul moyen cohérent d'émettre des jugements rationnels¹²⁸.

¹²⁴ RORTY, Richard. Y a-t-il un universel démocratique ? Priorité de la démocratie sur la philosophie. Dans : DESCAMPS, Christian, *L'interrogation démocratique*. Paris : Éditions du Centre Pompidou, 1987, pp. 166-169.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. Foundations of Liberal Equality. *The Tanner Lectures on Human Values*. 1990, Vol. 11, pp. 24-25.

¹²⁶ Au même titre que la pensée de Rawls et de celle des positivistes, l'analyse de l'approche de Dworkin trouverait ici toute sa place compte tenu de l'étendue de ses apports à la philosophie du droit contemporaine. J. Habermas d'ailleurs, ne s'y trompe pas en y consacrant de nombreuses pages dans *Droit et démocratie*. De même, on cherchera dans ce travail à accorder une importance particulière à cette théorie en essayant de mettre en exergue son influence sur la compréhension que donne J. Habermas de la théorie du droit. C'est pourquoi de larges développements seront consacrés à cet auteur plus en aval de cette thèse. Cf. *Supra*. n°1103, 1147, 1295.

¹²⁷ En 1995, le *Journal of Philosophy* de l'Université Columbia à New York invite Rawls et J. Habermas à se prêter au jeu du débat contradictoire au sujet de la fondation en raison des règles morales. Cette initiative donne lieu à la publication par J. Habermas d'un premier texte suivi d'une réponse proposée par Rawls, et enfin d'un second commentaire de J. Habermas. En 2005, ces trois articles sont rassemblés et traduits en français par Catherine Audard et Rainer Rochlitz. Cf. RAWLS, John et HABERMAS, Jürgen. *Débat sur la justice politique*. Paris : Cerf, 2005. 187 p. Les trois critiques dont on parle sont issues du premier article de J. Habermas.

¹²⁸ *Ibid.* pp. 15-16, 18, 22-23.

2. La préférence pour une théorie critique de la société

84. Pour J. Habermas, le premier défi auquel se trouve confrontée l'étude du droit consiste à surmonter les écueils de son épistémologie. Privilégier une analyse du *discours philosophique sur la justice* sourde aux réalités institutionnelles risquerait selon lui d'affaiblir la tangibilité des concepts théoriques. Mais à l'inverse, ne former cette analyse qu'à partir des contingences empiriques de la sociologie empêcherait toute prise en compte de la valeur symbolique des normes qui confère au droit son caractère légitime¹²⁹.

85. On retrouve alors l'intuition de Bacon, la même préoccupation pour une juste mesure du rapport de la science à son objet, et c'est sans doute ce qui anime J. Habermas à se détourner des théories classiques de la philosophie du droit pour en privilégier la critique sans renoncer pour autant aux puissants outils de la philosophie.

86. C'est chez un sociologue pourtant, que J. Habermas semble trouver le point de départ le plus pertinent pour entériner sa lecture critique de la philosophie du droit. On cherchera donc à présent à expliquer pourquoi M. Weber occupe à ce titre un rôle de premier plan, avant de montrer comment J. Habermas parvient à faire dériver de cette approche les prémisses nécessaires à l'analyse du droit au prisme de sa théorie de la discussion.

a. La justification de la règle de droit chez M. Weber

87. En 1921, la publication posthume de *Wirtschaft und Gesellschaft*, éditée en deux volumes en français sous le titre *Économie et société*, permet de rendre compte de la définition que donne M. Weber du concept d'*ordre légitime*. Toute *activité* ou *relation sociale* se trouve selon lui orientée d'après la *représentation de l'existence d'un ordre légitime*, et c'est alors dans la *coutume* et les *intérêts personnels* que s'incarnent, en premier lieu, les références utiles à l'orientation des conduites sociales. Pour autant, ces deux critères ne permettent pas à son sens de justifier l'ensemble des conduites humaines. En effet, il arrive souvent que le comportement d'un individu ne soit pas seulement guidé par l'habitude, ni par l'intérêt porté à une action, mais par le sentiment de devoir respecter un ordre dont la violation serait susceptible de lui porter *préjudice* et de lui provoquer du *remord*. Dans ce cas précis, la *validité* du comportement du sujet se mesure à l'aune des maximes sur lesquelles se trouve établi l'ordre guidant

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 80.

l'action, et cette validité est ainsi admise dès lors que se trouve réalisée l'action prescrite par la maxime et que le sujet reconnaît de ce fait le caractère *obligatoire* ou *exemplaire* de l'ordre en question¹³⁰.

88. Cette analyse invite alors à formuler trois grandes interrogations dont on pourra tirer profit pour mieux comprendre l'intérêt que porte J. Habermas aux analyses de Weber. La première sera la suivante : pourquoi avons-nous besoin de ces maximes ? La question est vertigineuse et se trouve on le sait au cœur des grandes philosophies contractualistes de Hobbes à Rousseau et jusqu'à Michel Serres¹³¹. À ce sujet, J. Habermas coïncide avec Weber pour voir dans ces maximes un moyen de *rationalisation* des pratiques sociales visant d'une part à établir empiriquement les *structures* de régulation des comportements individuels dans *l'espace* et le *temps*, tout en permettant d'autre part de fonder les règles morales nécessaires à la résolution et à la prévention des grands problèmes sociétaux¹³².

89. La deuxième interrogation concerne la formation des maximes et invite à expliquer comment des individus libres se laissent *obliger* par des normes et se trouvent tenus d'en respecter le contenu¹³³. À cela, Weber répond que la seule manière d'emporter l'adhésion des sujets au respect de ces prescriptions est de former ces maximes à partir d'une *activité en entente* dont le succès dépendra de la capacité de chacun à orienter ses *expectations* dans un sens où les autres puissent aussi les considérer comme « *valables* » pour leur propre comportement »¹³⁴.

90. Cette interrogation sous-tend enfin une troisième question : celle de savoir quelles formes peuvent prendre ces maximes. Weber considère en ce sens deux cas de figure. Une maxime prendra le nom de *convention* « *lorsque sa validité est garantie extérieurement par la chance que, si on s'en écarte à l'intérieur d'un groupe d'hommes déterminé, on s'expose à une réprobation (relativement) générale et pratiquement perceptible* ». Par ailleurs, on qualifiera de *droit* une maxime dont « *la validité est garantie extérieurement par la chance d'une contrainte (physique ou psychique), grâce à l'activité d'une instance humaine, spécialement instituée à cet effet, qui force au respect de l'ordre et châtie la violation* »¹³⁵.

91. À travers ces différents éléments se trouvent ainsi rassemblés tous les arguments utiles à la fondation d'une approche réunissant d'un côté le *discours sociologique traitant du droit* et de l'autre le *discours philosophique traitant de la justice*¹³⁶. Désormais, le droit peut être compris comme un

¹³⁰ WEBER, Max. *Économie et société/1 - Les catégories de la sociologie*. Vol. 1. 2^e éd. Paris : Plon, 1995. pp. 64-65.

¹³¹ Cf. *Supra*. n°820.

¹³² HABERMAS, Jürgen. *Parcours 2 (1990-2017). Théorie de la rationalité. Théorie du langage*. Vol. 2. Paris : Gallimard, 2018. p. 190.

¹³³ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 81.

¹³⁴ WEBER, Max. *Essais sur la théorie de la science*. Paris : Plon, 1965. p. 341.

¹³⁵ WEBER, Max. *Économie et société/1... Op. cit.* p. 68.

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 84.

ensemble de normes dont l'existence se trouve motivée par un besoin de régulation rationnelle des conduites sociales, produites à l'issue d'un procès d'entente entre les membres d'une communauté, et qui se distinguent des autres règles conventionnelles de conduite en raison des garanties institutionnelles sur lesquelles elles reposent. La question des mécanismes de *l'entente normative* s'impose alors comme la clé de voûte épistémologique des deux registres de discours en se situant à la croisée des préoccupations sociologiques d'institutionnalisation de la factualité sociale et de l'ambition philosophique de justification de la validité des règles de droit. Il semble alors opportun d'expliquer comment l'agir communicationnel intervient au service de l'entente chez J. Habermas.

b. L'agir communicationnel au service de l'entente normative chez J. Habermas

92. L'un des mérites de la *Théorie de l'agir communicationnel*, qui se prolonge d'ailleurs dans *Droit et démocratie*, est d'avoir mis en lumière la possibilité d'un déplacement ontologique de la raison communicationnelle d'une étude des énoncés descriptifs de représentation du monde vécu vers celle des énoncés prescriptifs d'orientation des conduites de vie¹³⁷. Pour autant, ce passage d'une *théorie de la description* à une *théorie de l'action* n'est pas sans danger. La fondation en raison de règles de conduite se heurte en effet à une complexification croissante de la société et à la *multiplicité des biographies* qui tendent à réduire le terrain d'entente des partenaires de la discussion quant aux convictions d'arrière-plan nécessaires à l'élaboration des normes.

93. Rejoignant Weber, J. Habermas considère que ce phénomène s'explique, dans les sociétés occidentales, par la défaite du spirituel sur le profane qui conduit à un *désenchantement du monde*¹³⁸ et à un abandon de la force du sacré face à l'émergence de certitudes nouvelles qui ébranlent l'ordre social. Le droit naturel, *sublimé par la religion*, perd soudain de son autorité et n'apporte plus les garanties méta-sociales de validation du système normatif. En leur absence, la loi n'est plus légitime, son pouvoir de contrainte est sans effet et son caractère obligatoire est nul. *L'intégration sociale* n'a plus alors que pour unique horizon celui de *l'entente* de gré ou de force entre les acteurs du monde vécu, et c'est donc vers les moyens mis en œuvre pour reconstruire cette entente que tend la théorie de la discussion¹³⁹.

¹³⁷ *Ibid.* p. 31.

¹³⁸ Il est commun de faire remonter à *L'éthique protestante ou l'esprit du capitalisme* la première occurrence de ce concept chez M. Weber. Le *désenchantement du monde* correspond chez lui au rejet de tous les *moyens magiques d'atteindre le salut* et donc au détournement des conduites de vie orientées vers le sacré au profit de pratiques sociales guidées par la raison et la volonté. Cf. WEBER, Max. *L'éthique protestante ou l'esprit du capitalisme*. 2^e éd. Paris : Plon, 1994. pp. 117, 134.

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 40.

94. La stabilisation normative de l'ordre social, émancipée des récits du sacré, ne va toutefois pas de soi. Privés des mythes fondateurs traditionnels formant l'arrière-plan de leur monde vécu¹⁴⁰, les acteurs n'ont *a priori* pas d'autre ressource que celle d'une entente formelle sur un ensemble de règles et de principes pour justifier et réorganiser leurs interactions. Dans cette perspective, le droit positif sera perçu comme le moyen de décharger les acteurs des tâches les plus exigeantes de l'intégration sociale en objectivant, par l'artifice de la norme, les aspects les plus importants de cette intégration¹⁴¹. Ainsi seront rétablies les libertés et les institutions garantes d'un nouvel ordre social dont la légitimité ne reposera plus sur un système de croyances mais sur un accord rationnellement motivé entre les membres du corps social¹⁴².

95. Par cette démonstration, J. Habermas achève donc de justifier l'applicabilité de sa théorie de l'agir communicationnel aux discours de formation des règles de droit. Non seulement cette approche peut servir à une détermination des normes de conduite individuelles en aidant à la résolution des problèmes pratiques de la vie quotidienne, mais cette posture apparaît aussi opportune pour concourir à la formation du droit lui-même dans un monde où l'entente rationnelle s'est substituée aux croyances comme moyen de validation de la déontologie sociale. Toutefois, si cet ancrage théorique peut désormais apparaître comme un concurrent sérieux aux autres approches de la philosophie du droit, rien n'a encore été dit quant à la méthode utilisée pour en étudier l'objet. L'ultime développement de cette introduction cherchera donc à répondre à cette préoccupation.

§ III. MÉTHODE DE LA RECHERCHE : LA PRAGMATIQUE FORMELLE

96. « *La communauté stagne sans l'impulsion de l'individu, l'impulsion s'éteint sans le soutien de la communauté* » [traduction de Mark Hunyadi], la formule de William James orne aujourd'hui les murs du James Hall de l'Université de Harvard¹⁴³. Fondateur, avec Charles Peirce, du courant philosophique américain du *pragmatisme*, W. James ne voit dans ce concept rien de plus *qu'un nouveau nom pour*

¹⁴⁰ Dans ses *Parcours*, J. Habermas décrit le monde vécu comme « *ce qui constitue, de notre expérience quotidienne personnelle, inscrite dans son contexte historique, incarnée dans le corps qui la fait être (Leib), et socialisée par la communication, l'horizon d'expérience (Erfahrung) en toute circonstance infranchissable, qui toujours nous accompagne mais dont nous n'avons jamais que l'intuition, et comme l'arrière-plan de notre expérience vécue (Erlebnis) à la fois indéniable et uniquement présent sur un mode immatériel impossible à objectiver (ungegenständlich)* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Parcours 2 (1990-2017)*... *Op. cit.* p. 327.

¹⁴¹ Le droit, pour J. Habermas, agit ainsi comme un moyen de *limitation* et de *libération* du *risque de dissension* inhérent au projet d'une élaboration rationnelle des normes par les membres de la société. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie*... *Op. cit.* pp. 51-52.

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalisme et religion. Les défis de la démocratie*. Paris : Gallimard, 2008. p. 154.

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. 3^e éd. Paris : Flammarion, 2013. p. 73.

d'anciennes manières de penser, un moyen différent d'appréhender la valeur de vérité. Le pragmatisme, « *s'attache aux faits, à la réalité concrète, [il] observe la vérité à l'œuvre sur des cas particuliers pour généraliser ensuite* ». Là où le rationalisme donne à la vérité un sens purement *abstrait*, « *dont le seul nom doit nous inspirer le respect* », le pragmatisme « *entreprend de montrer en détail pourquoi il faut s'incliner* », préfère à *l'esquisse chétive* du rationalisme, « *incapable d'identifier les faits concrets dont il a tiré son abstraction* », le *fouillis luxuriant de la réalité*¹⁴⁴. Le pragmatisme en somme, replace au cœur de la philosophie le principe scientifique de l'expérience empirique.

97. On connaît le scepticisme de J. Habermas à l'égard de la métaphysique de la raison, et l'on ne s'étonnera donc point de le voir trouver dans le pragmatisme, un bon moyen d'outrepasser les vicissitudes du rationalisme monologique pour corroborer ses propres intuitions philosophiques. Pour autant, ce scepticisme ne se limite pas à la critique du rationalisme, et le pragmatisme lui-même sera scruté pour prévenir tout contresens épistémologique susceptible de concourir au retour en grâce de la métaphysique. Cette critique l'amènera à repartir de Peirce pour construire une méthode d'analyse singulière où l'épithète « *formel* » démarquera son approche du transcendantalisme de Karl-Otto Apel ne permettant pas, selon lui, de proposer une analyse convaincante de la théorie de la discussion.

98. Ainsi, afin de discuter des incidences de la méthodologie pragmatico-formelle sur la présente étude (C.), on cherchera dans ce qui va suivre à proposer une généalogie de la méthode habermassienne (A.) avant d'exposer quelques-unes de ses critiques (B.) dont la meilleure prise en compte conviendrait sans doute à une analyse plus précise des discussions constitutionnelles.

A. TROIS APPROCHES DU PRAGMATISME : C. S. PEIRCE, K.-O. APEL, J. HABERMAS

99. W. James voit dans le pragmatisme, « *une méthode de résolution des débats métaphysiques [visant à] interpréter chaque notion en fonction de ses conséquences pratiques* »¹⁴⁵. Cette assertion sera encore mieux comprise de la manière suivante

[Soit] un écureuil vivant, agrippé au tronc d'un arbre tandis que de l'autre côté se tiendrait une personne. Celle-ci chercherait à apercevoir l'animal en tournant rapidement autour de l'arbre mais, malgré sa vitesse, l'écureuil se déplaçant aussi vite, il resterait caché de l'autre côté du tronc de sorte que la personne ne pourrait

¹⁴⁴ JAMES, William. *Le pragmatisme. Un nouveau nom pour d'anciennes manières de penser*. Paris : Flammarion, 2007. p. 130.

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 113.

jamais l'apercevoir. Le problème métaphysique posé était le suivant : *la personne tourne-t-elle autour de l'écureuil ?* Elle tourne autour de l'arbre bien sûr, et l'écureuil se trouve sur l'arbre ; mais tourne-elle autour de l'écureuil ? [...] ayant à l'esprit l'adage scolastique qui veut que face à une contradiction on opère un *distinguo*, je trouvais bientôt le suivant : « Savoir qui a raison [...] dépend de ce que vous *entendez pratiquement* par “tourner autour” de l'écureuil »¹⁴⁶.

100. La conclusion pragmatique à ce problème métaphysique serait donc de dire que la validité de la proposition langagière « *la personne tourne autour de l'écureuil* » dépendrait du sens préalable donné par les interlocuteurs à la notion *tourner autour* dans le contexte bien précis de *ce monde d'objets et de faits contingents*¹⁴⁷. Par cette illustration se perçoivent déjà les immenses opportunités maïeutiques qu'offre le pragmatisme à la théorie de l'agir communicationnel. Aussi, on aimerait ici chercher à investir plus profondément ce concept en repartant des travaux pionniers de Charles Sander Peirce (1.) pour parvenir à distinguer avec une acuité nouvelle le transcendantalisme de K.-O. Apel du formalisme de J. Habermas (2.).

1. *Le pragmatisme originel : C. S. Peirce*

101. En 1878 Charles S. Peirce publiait *How to make our ideas clear*, article précurseur de la philosophie pragmatique dans lequel l'auteur affirmait ceci : « *considérer quels sont les effets pratiques que nous pensons pouvoir être produits par l'objet de notre conception. La conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet* »¹⁴⁸ [traduction de Claudine Tiercelin].

102. Pour Claudine Tiercelin, cette maxime fondamentale permet de souligner deux avantages majeurs du pragmatisme sur le rationalisme. D'abord le pragmatisme permet d'opérer une critique de la métaphysique en exerçant une *fonction négative de déblayage*. Le pragmatisme, dit en ce sens Peirce, ne prétend à aucune vérité, il « *est simplement une méthode pour établir la signification des mots difficiles et des concepts abstraits* »¹⁴⁹ [traduction de C. Tiercelin]. Cette démarche permet ainsi d'éradiquer les *pseudo-problèmes de la philosophie* en fixant le contenu sémantique des expressions langagières pour *sortir du labyrinthe des mots* et mettre fin au règne transcendantal des sens et de l'intuition¹⁵⁰.

¹⁴⁶ *Ibid.* pp. 111-112.

¹⁴⁷ APEL, Karl-Otto. *Transformation de la philosophie/2*. Vol. 2. Paris : Cerf, 2010. p. 520.

¹⁴⁸ PEIRCE, Charles S. *How to Make Our Ideas Clear* (1878). Dans : HOUSER, Nathan et KLOESEL, Christian, *The essential Peirce. Selected Philosophical Writings. Volume 1 (1867-1893)*. Vol. 1. Bloomington : Indiana University Press, 1992. p. 132

¹⁴⁹ PEIRCE, Charles S. *Collected papers. Volume V...* p. 205.

¹⁵⁰ TIERCELIN, Claudine. *C. S. Peirce et le pragmatisme*. 2^e éd. Paris : Collège de France, 2013. p. 6.

103. Par ailleurs, le pragmatisme occupe aussi chez Peirce une *fonction positive de dépassement* de la métaphysique. En effet, la *théorie de la signification* ne se contente pas d'éclairer le sens des énoncés métaphysiques mais porte aussi l'ambition d'une analyse méthodique de la valeur de vérité contenue dans ces énoncés¹⁵¹. Ainsi, H. Putnam verra dans cette théorie le seul moyen convaincant de « *résoudre ou dissoudre les problèmes traditionnels de la philosophie* »¹⁵² [nous traduisons], en proposant une méthode utile à la reconstruction d'une *métaphysique légitime* grâce aux outils de l'expérimentation scientifique¹⁵³.

104. La méthode pragmatique est donc celle d'un *empirisme radical*, une *philosophie en mosaïque* se rapportant à des *faits pluriels* où la vérité d'un tout ne se révèle que dans la vérité de ses parties et des relations qui les lient¹⁵⁴. Pour J. Habermas, cette méthode est donc propice à une fondation d'une *théorie de la connaissance médiatisée par le langage* car elle ne limite plus la discussion à sa fonction instrumentale, propre au rationalisme, de formulation d'énoncés descriptifs préalables à la cognition, mais lui confère une fonction finalisée plus ambitieuse de validation empirique de ces énoncés¹⁵⁵. Pour le dire autrement, la démarche pragmatique rend en conséquence possible le déplacement épistémologique du rationalisme monologique (Kant) vers une nouvelle forme de rationalité établie dans la discussion (J. Habermas, K.-O. Apel), à condition toutefois, et c'est ce que l'on verra maintenant, de maintenir fermement le cap formaliste de l'empirisme pour surmonter le ressac de la métaphysique.

2. Une lecture contemporaine : K.-O. Apel, J. Habermas

105. La querelle opposant K.-O. Apel à J. Habermas quant à la manière d'aborder pragmatiquement la théorie de la discussion n'est pas nouvelle et a pu, dans les dernières décennies et jusqu'à la mort de K.-O. Apel en 2017, donner lieu à d'intéressants échanges. Afin de comprendre leurs antagonismes, on repartira de la question centrale de ce débat, que J. Habermas avait su poser dans les pages de *Morale et communication* : « *comment le principe d'universalisation, qui est le seul à pouvoir rendre possible l'entente mutuelle par l'argumentation, peut-il être lui-même fondé en raison ?* »¹⁵⁶.

106. C'est peut-être à Martine Le Corre-Chantecaille, dans sa thèse sur *La pragmatique transcendantale de Karl-Otto Apel*, que revient le mérite d'avoir su proposer la synthèse la plus claire à ce jour des postures de chaque auteur. Pour répondre à cette question, l'intuition de J. Habermas consisterait donc à « *sauvegarder l'universalité des prétentions à la validité inhérentes au discours*

¹⁵¹ PEIRCE, Charles S. *Collected papers. Volume V...* p. 15.

¹⁵² PUTNAM, Hilary. *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers/2*. Vol. 2. Cambridge : Cambridge University Press, 1975. p. 272.

¹⁵³ TIERCELIN, Claudine. *C. S. Peirce et le pragmatisme. Op. cit.* p. 6.

¹⁵⁴ JAMES, William. *Essais d'empirisme radical*. Paris : Flammarion, 2007. pp. 58-59.

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Morale et communication...* *Op. cit.* p. 31.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 65.

humain [...] tout en maintenant un faillibilisme n'excluant pas plus les énoncés philosophiques que ceux des sciences sociales », tandis que celle de K.-O. Apel serait d'œuvrer à une fondation ultime de la raison afin de décourager tout projet métaphysique de rationalisation¹⁵⁷. L'un et l'autre se reprochent alors mutuellement de ne pas aller au bout de leurs ambitions pragmatiques et de ne pas parvenir à s'émanciper totalement des contingences métaphysiques limitant leurs théories. On exposera ici plus en détail les postures de chacun avant d'évoquer les griefs à l'origine de ce débat.

a. Le pragmatisme transcendantal de K.-O. Apel

107. La transformation de la philosophie est à K.-O. Apel ce que le *monstre bleu*¹⁵⁸ de la *Théorie de l'agir communicationnel* est à J. Habermas : une œuvre monumentale en deux volumes portée par l'ambition d'une fondation rationnelle d'une théorie de la discussion. Le second tome de l'ouvrage de K.-O. Apel intéresse en particulier ce travail dans la mesure où l'auteur y développe les fondements de sa pragmatique transcendantale. Trois étapes lui permettent de satisfaire cette intention.

108. D'abord, K.-O. Apel propose une définition provisoire du langage afin de procéder à une critique de la lecture instrumentale et philosophique communément donnée de la notion. Le concept de *langage* désignerait ainsi « un problème touchant aux fondements de la science et de la philosophie, et non pas par exemple un objet qui soit seulement un objet empirique parmi d'autres (au sein du monde) pour les sciences »¹⁵⁹, et ce problème placerait la philosophie face au dilemme d'en saisir le sens véritable. K.-O. Apel critique alors les analyses instrumentales du langage qui, de Peirce à Chomsky, en passant par Saussure et Carnap, s'enferment dans une étude pragmatique et unilatérale du concept et échouent selon lui à proposer une compréhension holistique de la philosophie du langage. C'est encore avec la même prudence que K.-O. Apel explore les possibilités d'interprétation de la notion au prisme de la philosophie. Sa critique est, de ce côté, relative aux abstractions mythiques, métaphysiques ou poétiques auxquelles Hamann, Heidegger ou Hölderlin choisissent de se conformer pour parvenir à rassembler *la totalité du sens philosophique profond du langage*¹⁶⁰. De tout cela, K.-O. Apel conclut la nécessité de proposer une reconstruction de la philosophie du langage à partir d'une méthode herméneutique transcendantale dont la définition est au cœur de la seconde étape de son raisonnement.

¹⁵⁷ CORRE CHANTECAILLE (LE), Martine. « Penser avec... et contre... ». *La pragmatique transcendantale de Karl-Otto Apel : une théorie et une pratique de l'intersubjectivité*. STANGUENNEC, André (dir.). Thèse de doctorat, philosophie. Nantes : Université de Nantes, 2010. pp. 266-267.

¹⁵⁸ L'expression est rapportée par Frédérique Vandenberghe dans la partie de son *Histoire critique de la sociologie allemande* qu'il consacre à la *Théorie de l'agir communicationnel*. Cf. VANDENBERGHE, Frédéric. *Une histoire critique de la sociologie allemande/2. Aliénation et réification*. Vol. 2. Paris : La Découverte, 1998. p. 249.

¹⁵⁹ APEL, Karl-Otto. *Transformation de la philosophie/2*. *Op. cit.* p. 499.

¹⁶⁰ *Ibid.* pp. 500-501.

109. Pour construire cette définition, il part alors du constat empirique selon lequel peuvent être reconnues, entre les jeux de langage spécifiques aux structures linguistiques les plus diverses, certaines similarités susceptibles de devenir *mutuellement interprétables sur la base d'un savoir approfondi*. Cette observation l'amène ainsi à supposer l'existence d'un *langage conceptuel* figurant une *préforme* commune à toute entreprise de compréhension d'un acte de parole dont il serait dès lors possible de reconstruire empiriquement toutes les composantes sémantiques. On devine alors l'intention de la pragmatique transcendantale : substituer à *l'épistémologie kantienne* de la *synthèse transcendantale de l'aperception*, c'est-à-dire à la métaphysique, une « *synthèse transcendantale de l'interprétation médiatisée langagièrement en tant qu'unité de la compréhension mutuelle à propos de quelque chose dans une communauté de communication ; une synthèse transcendantale qui constitue la validité publique de la connaissance* »¹⁶¹.

110. Mais en présupposant l'existence de règles transcendantales d'interprétation du langage, K.-O. Apel se heurte à une contradiction : comment espérer un dépassement de la philosophie métaphysique de la conscience tout en affirmant, d'un point de vue tout aussi transcendant, l'existence de normes de langage générales et universelles ? C'est à cette interrogation que K.-O. Apel consacre la troisième partie de son raisonnement. Une première *solution* consisterait selon lui à céder au scepticisme épistémologique en relativisant la capacité des sciences empiriques de la société à pouvoir décrire les phénomènes sociaux indépendamment de toute évaluation morale. Pour autant, cette solution n'est pas envisageable car elle échouerait d'une part à démontrer *la possibilité d'une fondation rationnelle de l'éthique*, et reviendrait d'autre part à saper les fondements mêmes du pragmatisme sur lesquels K.-O. Apel fait pourtant reposer sa stratégie d'interprétation des actes de langage. La seconde stratégie est plus convaincante. Plutôt qu'une remise en question de la neutralité axiologique des sciences sociales en général, K.-O. Apel propose de prendre au sérieux l'opportunité de fonder une science objective en cherchant à savoir comment une telle science *peut être philosophiquement comprise sans présupposer la validité intersubjective des normes morales*¹⁶².

111. La réponse à cette interrogation se trouve au cœur de la controverse opposant K.-O. Apel et J. Habermas. Aussi, on aimerait pour le moment laisser en suspens la solution proposée pour en évaluer un peu plus tard la portée, à l'aune de la posture défendue par J. Habermas.

¹⁶¹ APEL, Karl-Otto. *Transformation de la philosophie/2*. Op. cit. p. 525.

¹⁶² *Ibid.* pp. 549-550.

b. Le pragmatisme formel de J. Habermas

112. J. Habermas fonde dans la pragmatique formelle, la prétention d'éclairer « *des phénomènes qui ne sont identifiés, au départ, que sur la base d'une compréhension intuitive, murie dans l'expérience clinique* »¹⁶³. Avec John R. Searle, ils coïncident sur le fait qu'une grande partie des propositions langagières ne peuvent être considérées comme valides qu'à l'unique condition de reposer sur un ensemble d'éléments d'arrière-plan permettant d'en préciser le sens¹⁶⁴. Rien n'empêche donc qu'une proposition vraie dans un contexte déterminé puisse par ailleurs être considérée comme fausse dans une situation différente. Ainsi, des propositions de la forme « *le chat est sur la natte* » ou « *donnez-moi un hamburger* » ne remplissent effectivement les conditions de vérité ou de réalisation que dans le cas où les partenaires de la discussion s'accordent implicitement pour reconnaître l'existence de présupposés d'arrière-fond selon lesquels, les chats, les nattes, les hamburgers et les restaurants existent empiriquement, et peuvent ainsi vérifier que le chat est bien sur la natte et que la personne réclamant un hamburger se trouve au restaurant.

113. Pour J. Habermas, ces illustrations montrent que les prétentions à la validité contenues dans les propositions langagières formulées au cours d'une discussion ne sont en aucun cas absolues mais dépendent en réalité de l'existence d'un *savoir implicite d'arrière-fond* que les participants tiennent certes pour évident, mais qui n'en demeure pas moins contingent pour justifier la validité des leurs affirmations¹⁶⁵. De cette manière, J. Habermas prend congé de la théorie de K.-O. Apel en démontrant empiriquement l'impossibilité de proposer un cadre transcendantal d'expression communicationnelle de la vérité, mais il n'y parvient qu'au moyen d'une extension de son champ d'analyse aux *procès de la rationalisation sociale* dans toute leur ampleur, c'est-à-dire au-delà du « *point de vue sélectif[...] de l'agir rationnel par rapport à une fin* »¹⁶⁶.

114. La pragmatique formelle n'entend donc pas œuvrer à la reconstruction de règles universelles de la discussion sur lesquelles former une théorie de la vérité, simplement se propose-t-elle de contribuer à l'étude des propositions langagières permettant aux acteurs d'orienter leur compréhension du monde vécu et leur conduite de vie en s'accordant sur la validité d'un ensemble de faits et de normes d'action en relation aux présupposés d'arrière-plan dont la rationalité aura elle-même été vérifiée au moyen de la discussion¹⁶⁷.

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 340.

¹⁶⁴ SEARLE, John R. *Expression and meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*. Cambridge : Cambridge University Press, 1979. p. 117.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 343.

¹⁶⁶ *Ibid.* p. 342.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Morale et communication... Op. cit.* p. 31.

115. Cette approche pâtit toutefois de certaines critiques inhérentes à la situation idéale de parole que J. Habermas semble obligé d'admettre pour proposer une appréciation rationnelle des exigences de validité contenues dans les propositions langagières des membres de la discussion. On cherchera donc maintenant à examiner plus en détail cette critique et à démontrer pourquoi, dans le cadre de ce travail, l'approche pragmatique-formelle de J. Habermas sera tout de même préférée à la démarche transcendantale de K.-O. Apel.

c. La querelle K.-O. Apel/J. Habermas

116. La méthode de l'analyse pragmatique de la discussion se prête admirablement au jeu de la controverse. Dans les points précédents, on cherchait à synthétiser les deux approches majeures de la philosophie critique allemande contemporaine incarnées par la *Théorie de l'agir communicationnel* de J. Habermas et par la *Transformation de la philosophie* de K.-O. Apel. On aimerait maintenant s'intéresser aux points d'achoppement de ces deux postures pour contribuer à justifier pourquoi la lecture pragmatique-formelle de J. Habermas sera finalement choisie pour mener à bien ce travail de thèse.

117. On commencera par la critique formulée par J. Habermas contre K.-O. Apel. Le premier reproche en particulier au second la faiblesse d'une méthode transcendantale incapable selon lui de résister au scepticisme de la raison¹⁶⁸. Il s'en explique dans les pages de *Morale et communication*. K.-O. Apel on le sait propose de reconstruire une théorie de la discussion en identifiant empiriquement les *présuppositions pragmatiques de l'argumentation* avec l'espoir de déduire de l'étendue de ces échanges intralinguistiques l'ensemble des règles universelles de la rationalisation communicationnelle. Or, pour J. Habermas, « la description qui permet de convertir un "savoir-faire" en "savoir" est une reconstruction hypothétique ». L'affirmation selon laquelle il n'existe « aucune solution de remplacement à une présupposition donnée, que celle-ci est de l'ordre des présuppositions incontournables, c'est à dire universelles et nécessaire »¹⁶⁹, est par ailleurs encore plus problématique car cette assertion ne fait l'objet d'aucune corroboration empirique. Pour justifier cela, K.-O. Apel n'a d'autre choix que de *former hypothétiquement* une loi affirmant le caractère universel des présuppositions langagières sous-jacentes à la rationalité de la discussion. Par là, l'auteur retomberait donc dans le piège métaphysique duquel il prétendait pourtant s'extraire à travers son analyse pragmatique de la discussion.

118. Dans l'autre sens, on pourra aussi présenter le commentaire que K.-O. Apel oppose à certains aspects de la théorie de la discussion de J. Habermas. À cette fin, K.-O. Apel commence par reconnaître une idée convergente entre les deux théories. Il s'accorde ainsi avec J. Habermas pour considérer que toute

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Morale et communication... Op. cit.* p. 65.

¹⁶⁹ *Ibid.* pp. 118-119.

proposition langagière ne peut être comprise que sur la base de prétentions à la validité universelles fondées sur l'entente communicationnelle entre les partenaires de la discussion¹⁷⁰. Mais sa posture diverge quant à la manière de former ces prétentions. J. Habermas estime pouvoir substituer à sa proposition d'une fondation transcendante des règles du discours le recours à la *moralité*, en partant du présupposé que tout individu serait doué de la capacité à former des jugements rationnels, de sorte que, au cours d'une discussion, l'échange intersubjectif d'arguments suffirait à la formulation de propositions valides¹⁷¹. Or pour présupposer l'existence d'une situation idéale de parole, J. Habermas opère en réalité un *réductionnisme scientiste crypto-métaphysique*. Réductionnisme *scientiste* d'abord, car il se retrouve contraint de recourir aux artifices des théories du développement moral de Jean Piaget et Lawrence Kohlberg pour n'étudier que les conversations des personnes douées de raison¹⁷². Réductionnisme *crypto-métaphysique* ensuite, puisque J. Habermas à son tour, est obligé de postuler l'existence d'un principe transcendant selon lequel une situation idéale de parole conduirait *nécessairement* à la formulation d'énoncés rationnels¹⁷³.

119. Sans doute, les commentaires de K.-O. Apel adressés à la pragmatique formelle ont-ils contribué à l'émergence d'une pluralité de critiques déontologiques plus contemporaines marquées par le scepticisme de ses détracteurs à l'égard de certains objets de la théorie habermassienne de la discussion. Aussi, on cherchera maintenant à évoquer brièvement quelques-uns de ces débats avant de discuter de l'incidence de l'ensemble de ces approches sur la méthodologie de la présente étude.

B. QUELQUES CRITIQUES DÉONTOLOGIQUES : I. M. YOUNG, N. FRASER, C. LAFONT

120. *Ce que parler veut dire*, l'ouvrage le plus abouti de P. Bourdieu concernant la sociologie du langage, traite dans son premier chapitre de *La production et la reproduction de la langue légitime*. Les premières pages sont l'occasion d'une critique de la théorie de l'agir communicationnel. Pour lui, les efforts que met J. Habermas à *couronner* sa théorie d'une *déclaration d'intentions concernant les degrés de répression et le degré de développement des forces productives* ne suffisent pas à échapper à *l'effet idéologique d'absolutisation du relatif*¹⁷⁴. Ce commentaire traduit assez bien l'esprit des critiques

¹⁷⁰ APEL, Karl-Otto. *Penser avec Habermas contre Habermas*. Paris : L'éclat, 1990. p. 15.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 17.

¹⁷² Ce n'est pas ici l'endroit de développer le sens de ces approches, mais l'on reviendra plus loin sur l'importance capitale de ces travaux (en particulier ceux de Lawrence Kohlberg), dans l'œuvre de J. Habermas. Cf. *Supra*. n°1055.

¹⁷³ CORRE CHANTECAILLE (LE), Martine. « *Penser avec... et contre...* ». *La pragmatique transcendantale de Karl-Otto Apel...* Op. cit. p. 267.

¹⁷⁴ BOURDIEU, Pierre. *Ce que parler veut dire...* Op. cit. p. 25.

déontologiques formées à l'encontre de J. Habermas : l'auteur ne prendrait pas suffisamment au sérieux les contingences structurelles contraignant l'implémentation concrète des situations idéales de parole.

121. L'opinion de Bourdieu est toutefois datée (1982), et ce serait faire mauvaise presse à J. Habermas que de ne pas lui reconnaître l'intérêt substantiel porté à certaines critiques dans le développement de ses différents travaux. Pour certains auteurs cependant, le scepticisme demeure et l'écueil idéaliste reste loin d'être surmonté. On en présentera ici quelques raisons.

1. *La critique du point de vue moral : I. M. Young*

122. La première des critiques déontologiques que l'on voudrait ici mettre en exergue est celle proposée par Iris M. Young concernant les possibilités d'accès au *point de vue moral*. Afin de révéler les faiblesses théoriques du raisonnement de J. Habermas au sujet des arguments justifiant l'existence d'un tel point de vue, I. M. Young part d'une critique générale de l'idéal de justice chez les philosophes.

123. Les philosophes, dit-elle, « préconisent en général que toute conception de la justice doit considérer l'indépendance vis-à-vis des circonstances sociales ou historiques particulières, comme une condition nécessaire d'objectivité »¹⁷⁵ [nous traduisons]. Cette observation lui permet alors de considérer les discussions théoriques sur la justice comme consubstantielles aux discussions théoriques sur la démocratie¹⁷⁶. L'idéal d'impartialité qui commande les décisions juridictionnelles doit guider de manière analogue l'expression de la volonté politique. Or le principe du point de vue moral défendu par J. Habermas ne constitue pas selon elle un moyen convaincant de parvenir à cet idéal.

124. Une théorie de la discussion qui choisirait de renoncer à l'adoption d'un point de vue transcendant pour former des jugements pratiques sur des normes n'aurait, pour être impartiale, pas d'autre possibilité que de fonder la rationalité de ces normes sur la prise en compte de la volonté de tous les membres de la discussion susceptibles d'en ressentir les effets¹⁷⁷. Mais pour justifier sa position, J. Habermas présuppose le fait que chaque interlocuteur puisse accéder à une situation idéale de parole pour discuter de la prétention à la validité de ses propositions¹⁷⁸. En ne s'intéressant qu'à la forme *généralisée* des interactions médiatisées par le langage, il ne tient pas suffisamment compte des biais rhétoriques¹⁷⁹ qui influencent la

¹⁷⁵ YOUNG, Iris Marion. *Toward a Critical Theory of Justice. Social Theory and Practice*. 1981, Vol. 7, n° 3, p. 291.

¹⁷⁶ YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton : Princeton University Press, 1990. p. 117.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 118.

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Toward a Theory of Communicative Competence. Inquiry*. 1970, Vol. 13, n° 1-4, pp. 360-375.

¹⁷⁹ Comme l'observe Isabelle Aubert dans son commentaire des travaux de I. M. Young, ces biais rhétoriques se révèlent par exemple dans la dépréciation du *langage des émotions* ou dans les *expériences renvoyant au corps ou à la couleur de peau* mobilisées par les interlocuteurs n'appartenant pas à la classe sociale des *hommes blancs*

discussion et ne prend pas au sérieux la disparité des facultés communicationnelles des partenaires de l'échange¹⁸⁰.

125. Pour I. M. Young, ces apories peuvent toutefois être dépassées à la condition de réfléchir à une approche plus inclusive de la démocratie, c'est-à-dire en apportant les garanties déontologiques nécessaires à une résolution *juste des problèmes collectifs*, donnant à chacun une réelle opportunité de participation à l'échange d'arguments rationnels au cours de la discussion¹⁸¹. Cette proposition n'est donc pas incompatible avec l'intention de J. Habermas de proposer une analyse de l'organisation démocratique des relations sociales en tirant parti de la pragmatique formelle pour en étudier les manifestations du point de vue de la théorie du langage. Elle soulève néanmoins certaines pistes de réflexions qui pourront être explorées pour parfaire la compréhension de cet objet. Par ailleurs, une autre critique substantielle et conséquente à la méthode pragmatique-formelle concerne l'interprétation de l'espace public. On en expliquera maintenant l'un des fondements.

2. La critique de l'espace public : N. Fraser

126. *L'espace public* constitue un concept central dans la philosophie de J. Habermas et se trouve au cœur de la thèse qu'il défendra en 1961 sous la direction de Wolfgang Abendroth¹⁸². Ce travail, fortement médiatisé outre-Rhin, mais aussi outre-Atlantique, contribuera au développement de nombreuses réflexions sur le sujet, et inspireront notamment à Nancy Fraser la formulation de plusieurs critiques intéressantes.

127. Pour la philosophe, le modèle libéral de l'espace public bourgeois proposé par J. Habermas n'apparaît plus adapté à la démocratie existante pour au moins quatre raisons. D'abord, fonder un *idéal normatif* sur le modèle libéral ne permet pas selon elle de prendre en compte les inégalités sociales. Sur cette question, J. Habermas ne s'intéresserait pas suffisamment à la question de l'élimination de ces inégalités et se contenterait de les mettre *entre parenthèses* pour défendre un espace public *ouvert et accessible à tous*¹⁸³. Par ailleurs, N. Fraser reproche à l'auteur de proposer une conception unique de l'espace public lorsqu'il conviendrait en réalité de mettre en lumière l'existence d'une multitude de publics. Sa thèse défend ici l'idée que la prolifération de différents publics éloignerait de la démocratie et

des classes moyenne et supérieure. Cf. AUBERT, Isabelle. Espace public et inclusion : la conception habermassienne de la démocratie en débat. *Cités*. 2019, Vol. 2, n° 78, p. 69.

¹⁸⁰ YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. *Op. cit.* p. 184.

¹⁸¹ YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. New York : Oxford University Press, 2000. p. 77.

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Paris : Payot, 1997.

¹⁸³ FRASER, Nancy. *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*. Paris : La Découverte, 2011. p. 120.

qu'il serait dès lors souhaitable de valoriser la « *circonscription institutionnelle de la vie publique à un seul espace public commun* »¹⁸⁴. La troisième critique est relative à la distinction opérée par J. Habermas entre intérêts publics et privés. Pour N. Fraser au contraire, certaines questions privées doivent être mises au cœur du débat public et faire l'objet d'une réelle prise en compte concernant en particulier la protection des droits individuels¹⁸⁵. Enfin, N. Fraser considère qu'une conception adéquate de la démocratie doit favoriser les interactions entre *publics forts* et *publics faibles*. Or pour elle, J. Habermas propose le contraire en figurant une séparation nette entre *la société civile (associative) et l'État*. Une telle conception aurait pour conséquence de transformer la société civile en *public faible* dépourvu de la capacité à influencer directement sur le processus de décision politique et laissant au seul *public fort* des institutions de l'État le privilège de cette compétence¹⁸⁶.

128. Ces critiques seront bien sûr entendues par J. Habermas qui aura, à plusieurs reprises, l'occasion de réviser sa conception de l'espace public¹⁸⁷. Pour autant, les observations de N. Fraser présentent ici le double intérêt d'inciter à approfondir certains points de l'approximation habermassienne de l'espace public, et de révéler l'une des faiblesses épistémologiques de la méthode pragmatique liée à la contingence de l'épreuve sociologique. Ainsi, l'intention de J. Habermas de recourir au pragmatisme pour décrire l'espace public de la société capitaliste (occidentale) des années 1960 est certes utile du point de vue socio-historique, mais ce travail ne saurait prétendre à une compréhension actuelle de l'espace public sans apporter les correctifs nécessaires à cette nouvelle appréciation.

3. *La critique du monde objectif : C. Lafont*

129. L'ultime critique déontologique que l'on aimerait ici présenter concerne la compréhension que donne J. Habermas du concept de vérité. Son approche, on va le voir, a notamment pu être contestée par Cristina Lafont dans un chapitre d'ouvrage qu'elle consacrait, en 1998, au rapport entre *pluralisme et universalisme dans les discours éthiques*.

¹⁸⁴ FRASER, Nancy. *Qu'est-ce que la justice sociale ?... Op. cit.* p. 125.

¹⁸⁵ N. Fraser prend ici l'exemple de la lutte féministe pour la prise en compte du caractère systémique des violences domestiques, longtemps considérées comme un problème marginal d'ordre privé restreint aux couples hétérosexuels et ne concernant tout au plus que quelques *travailleurs sociaux* ainsi que les *juristes* chargés de la gestion de ces personnes. Cf. *Ibid.* p. 125.

¹⁸⁶ *Ibid.* p. 139.

¹⁸⁷ Ces évolutions sont particulièrement perceptibles dans trois écrits de l'auteur : *La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public*, un article publié en 1989 dans la revue *Merkur*, puis enrichi et publié en français la même année dans la revue *Lignes* ; la préface de 1990 de *L'espace public* ; et enfin en 1992 dans *Droit et démocratie*. Cf. AUBERT, Isabelle. Espace public et inclusion : la conception habermassienne de la démocratie en débat. *Op. cit.* p. 69. Cette évolution sera par ailleurs largement commentée dans la seconde partie de cette thèse, toute entière consacrée à l'appréhension de la lecture habermassienne de l'espace public.

130. Pour J. Habermas, la vérité des énoncés visant à décrire un état de choses ne doit pas être confondue avec les prétentions à la validité émises à l'occasion d'une discussion pratique sur les normes. Au cours d'un échange de propositions langagières visant à s'accorder sur la description de choses observables, les partenaires de l'échange sont obligés, s'ils espèrent le succès de l'interaction, de *présupposer* l'existence d'un *monde objectif* servant de justification à la vérité de ces propositions¹⁸⁸. En revanche, lors d'un discours portant sur les normes utiles à la résolution de certains problèmes pratiques, les interlocuteurs ne fondent plus leurs prétentions à la validité sur le monde objectif, mais partagent plutôt le *projet* de former un *monde moral* permettant de coordonner leurs conduites de vie¹⁸⁹.

131. Cristina Lafont ne partage pas cette opinion. Pour elle au contraire, l'affirmation selon laquelle « la présupposition de l'existence d'états de choses dans le monde objectif est la condition de possibilité de toute discussion significative sur la vérité des énoncés » est équivalente à celle postulant que « la présupposition de l'existence d'un domaine d'intérêts généralisables est la condition de possibilité de toute discussion significative sur la justesse morale des normes »¹⁹⁰ [traduction de R. Rochlitz]. Au même titre que les énoncés descriptifs se rapportant à des états de choses sont formés en partant de la présupposition de l'existence factuelle des objets et des phénomènes du monde objectif, C. Lafont considère donc que les énoncés prescriptifs relatifs aux conduites reposent sur la présupposition analogue de l'existence factuelle d'intérêts communs permettant d'évaluer la justesse des propositions d'action. Cette *présupposition d'existence* d'intérêts généralisables rattachée aux discours pratiques apparaît donc inévitable dans la mesure où toute discussion sur la *justesse morale des normes sociales* serait dans le cas contraire dénuée de sens, les partenaires de l'échanges ne disposant plus de la certitude de pouvoir s'accorder sur la validité de leurs conduites de vie.

132. Par cette critique, C. Lafont souligne ainsi une apparente contradiction de la démarche pragmatique formelle de J. Habermas qui ne semble reconnaître l'utilité de cette méthode que pour l'étude de la signification des choses du monde vécu, mais se trouve obligé de partir de la présupposition métaphysique d'un gouvernement de la volonté pour discuter de la justesse des normes. Or, en replaçant sur le même plan la doctrine des choses et celles des intérêts, C. Lafont renforce plus qu'elle ne la discrédite l'intuition habermassienne d'une possibilité de reconstruction des normes pratiques à partir de l'examen empirique des volitions individuelles. On considère d'ailleurs, dans la seconde partie de cette thèse, que J. Habermas

¹⁸⁸ LANGLOIS, Luc. Habermas et la question de la vérité. *Archives de Philosophie*. 2003, Vol. 66, n° 4, p. 563.

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Vérité et justification*. Paris : Gallimard, 2001. p. 233.

¹⁹⁰ LAFONT, Cristina. Pluralism and Universalism in Discourse Ethics. Dans : NASCIMENTO, Amós, *A Matter of Discourse. Community and Communication in Contemporary Philosophy*. Aldershot : Ashgate, 1998, p. 60.

s'accorde plutôt avec C. Lafont pour comprendre la mécanique des jeux de pouvoir à l'œuvre au sein de l'espace public.

C. INCIDENCES DE LA MÉTHODOLOGIE PRAGMATICO-FORMELLE ET DE SES CRITIQUES SUR LA PRÉSENTE ÉTUDE

133. Qu'est-ce que la pragmatique formelle permet de dire de l'étude des discussions constitutionnelles ? Voilà sans doute l'interrogation que l'on se pose à l'issue de cet ultime développement. On aimerait donc à présent expliciter quelque peu cela en cherchant à montrer les incidences de cette approche sur l'objet de la thèse et en prenant position vis-à-vis des critiques métathéoriques et déontologiques soulevées dans les paragraphes précédents.

134. Depuis Peirce, on sait que le pragmatisme correspond à la philosophie du réel. Pourtant, la perception de ce réel est sujette à débat, et il n'est pas nécessaire de remonter à Platon et Aristote pour montrer que cette question demeure aujourd'hui au cœur de passionnantes controverses épistémologiques. K.-O. Apel présuppose par exemple l'existence d'une vérité universelle des faits et des normes dont il serait possible de rendre compte en obéissant aux prescriptions de la rationalité du discours découvertes empiriquement à travers l'étude des structures de langage. Pour J. Habermas au contraire, cette vérité est toujours relative aux présuppositions sur lesquelles les partenaires de la discussion fondent leurs prétentions à la validité. La rationalité des jugements factuels et normatifs ne dépendrait donc pas de règles transcendantales mais serait immanente aux interlocuteurs capables de faire un usage adéquat de la raison communicationnelle pour adopter le bon point de vue moral. Dans ce travail, cette seconde lecture sera privilégiée dans la mesure où les règles procédurales d'organisation des discours constitutionnels obéissent chaque fois à un endémisme juridique particulier qui décourage l'intuition d'une formation transcendantale des normes de la Constitution et valorise plutôt l'idée d'une reconnaissance implicite d'un monde de faits contingent aux membres de la discussion œuvrant à l'élaboration du droit.

135. Pour autant, le scepticisme de K.-O. Apel à l'égard de la prémisse métaphysique habermassienne du point de vue moral, de même que les critiques déontologiques qui en découlent, doivent être pris au sérieux. En effet, ces commentaires ne sont pas incompatibles avec la méthode de compréhension pragmatico-formelle de l'entente communicationnelle. Elles l'enrichissent au contraire, et contribuent dès lors à renforcer la légitimité de son application, non seulement aux discours pratiques sur les normes, mais de manière plus générale à la recherche empirique de la vérité. Dans cette dynamique, cette thèse prétendait à l'origine consacrer l'ensemble de sa seconde partie à l'examen de l'incidence de ces critiques sur la formation des normes constitutionnelles. Cependant, l'étendue des observations indispensables à

l'analyse pragmatique-formelle du langage de la Constitution a pour l'instant conduit au report de ce projet. Celui-ci fera, on l'espère, l'objet d'une investigation ultérieure.

§ IV. THÈSE GÉNÉRALE DE L'OUVRAGE : DE LA FORME ET DE L'OBJET DU DISCOURS CONSTITUTIONNEL

136. Parvenus au crépuscule de cette introduction, on se remémore un passage, lu sur les bancs de l'Université de la République à Montevideo, du livre de chevet de tout apprenti doctorant désireux de mener à bien son projet d'investigation. On veut bien sûr parler de *Come si fa una tesi di laurea*¹⁹¹, le fameux ouvrage d'Umberto Eco sur la méthode d'écriture d'une thèse. À propos de l'introduction, U. Eco y affirmait ceci : « *une bonne introduction fournit [au lecteur] les idées adéquates et fait parler le livre dans le sens désiré par l'auteur* »¹⁹² [nous traduisons]. A-t-on seulement atteint cette exigence ? Pour s'en convaincre, on cherchera ici à résumer les développements menés jusqu'à présent afin d'évaluer si se trouvent réunis les éléments utiles à la présentation de la problématique générale de ce travail de thèse.

137. Le premier de ces développements a consisté à décrire l'objet et les limites de la recherche. Concernant l'objet, la mise en lumière du lien ontologique entre langage et droit puis entre langage et droit constitutionnel a progressivement mené à un dilemme inductif impliquant de choisir entre une étude du langage du point de vue de la signification des énoncés normatifs (*Sollen*), ou de celui de leur production en tant qu'acte de volonté (*Sein*). À l'issue de la présentation de ce dilemme, ce second aspect aura été préféré : le langage de la Constitution sera donc étudié en tant que volition poursuivant la légitimation du pouvoir. La détermination des limites de la recherche fut dans un second temps l'occasion de justifier la spécificité du langage constitutionnel vis-à-vis des autres discours normatifs avant de préciser l'étendue du corpus de textes analysés afin d'illustrer la recherche. La décision a donc été prise de concentrer les investigations sur les discours tenus par les Conventions constituantes argentines de 1949, 1957 et 1994, ainsi que par les Assemblées constituantes et parlementaires françaises lors de l'élaboration des Constitutions de 1946 et 1958, et à l'occasion de leurs révisions.

138. Un deuxième développement a ensuite entendu préciser le cadre théorique de la recherche. L'ancrage choisi est celui de la raison communicationnelle développée par J. Habermas à partir des années 1980. La justification de cette posture exige alors de situer cette théorie vis-à-vis des autres approches de la philosophie de la raison, de la philosophie du langage, et de la philosophie du droit. Par rapport à la

¹⁹¹ Le livre est traduit en français sous le titre *Comment écrire sa thèse ?* Cf. ECO, Umberto. *Comment écrire sa thèse ?* Paris : Flammarion, 2016.

¹⁹² ECO, Umberto. *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura.* Barcelona : Gedisa, 2017. p. 125.

philosophie de la raison, J. Habermas marque une certaine distance avec le rationalisme monologique kantien et voit dans la discussion un outil plus convaincant de découverte de la vérité. Au sujet de la philosophie du langage, il considère les expressions linguistiques comme un moyen adéquat de révéler la signification des rapports singuliers au monde vécu et se démarque ainsi de la théorie du langage de K. Bühler ou de la syntaxe logique de R. Carnap ne permettant pas selon lui de confronter la validé des énoncés à la réalité des états de choses. Concernant enfin la philosophie du droit, le déplacement préalable de l'objet de l'étude d'une ontologie du *Sollen* à une ontologie du *Sein* conduit aussi bien au rejet du positivisme juridique incarné par l'herméneutique, le réalisme et le normativisme, qu'à celui des postures néo-jusnaturalistes telle la *Théorie de la justice* développée par J. Rawls au début des années 1970. Cette impasse pousse J. Habermas à préférer une approche critique partant de la lecture instrumentale donnée par M. Weber de l'usage des règles de droit pour voir dans la raison communicationnelle un moyen favorable à l'entente normative entre les sociétaires juridiques.

139. Le troisième et dernier développement introductif s'est quant à lui orienté vers la présentation de la méthode de la recherche. Le radicalisme épistémologique de la théorie de la raison communicationnelle a conduit à substituer à la philosophie de la conscience une philosophie de l'expérience inscrite dans le pragmatisme. Mais les vicissitudes susceptibles d'affecter cette méthode invitent à agir avec la plus grande prudence pour faire usage de cet outil. J. Habermas a ainsi défendu l'idée qu'une analyse des structures de langage ne saurait être convaincante qu'à travers le prisme spécifique de la pragmatique formelle. Aussi, ce développement s'est-il proposé de situer cette posture par rapport au pragmatisme originel de C. S. Peirce et W. James avant de mettre en perspective les spécificités de l'approche pragmatico-formelle vis-à-vis de la posture concurrente de la pragmatique transcendantale de K.-O. Apel. Un ultime paragraphe à enfin permis de rappeler certaines critiques déontologiques adressées à J. Habermas, dont il conviendra de tenir compte pour affiner sa théorie de la discussion.

140. Avec ces éléments se trouvent désormais réunies toutes les exigences épistémologiques nécessaires à l'élaboration de la thèse : celle-ci aura pour *objet* le langage constitutionnel français et argentin du milieu des années 1940 jusqu'à nos jours ; cet objet sera étudié à la lumière de la *théorie* de la raison communicationnelle ; et cette théorie pourra compter sur les outils de la *méthode* pragmatico-formelle comme moyen de corroboration empirique des intuitions philosophiques organisant l'étude.

141. La thèse générale de l'ouvrage se révèle alors d'elle-même. Le droit constitutionnel sera ici compris comme un moyen de stabilisation des attentes normatives émises par les partenaires d'une discussion pratique visant à coordonner leurs actions à travers l'échange rationnel de prétentions à la validité motivé par la recherche communicationnelle du meilleur argument. Dans cette perspective, la pragmatique formelle offre la possibilité d'une description empirique de ces échanges, à la fois du point

de vue de leur forme, en distinguant les diverses intentions téléologiques d'orientation des actes de langage, mais aussi en considération de leur objet, en s'intéressant au contenu sémantique de ces propositions.

142. Ainsi, deux grandes parties pourront orienter ce projet de recherche. La première traitera des formes du discours. Il s'agira dès lors d'appréhender la norme constitutionnelle comme le produit des discussions pratiques d'organisation des interactions sociales en distinguant successivement les discussions pragmatiques (Chapitre 1), des discussions éthiques (Chapitre 2), et des discussions morales (Chapitre 3). La seconde partie abordera quant à elle les objets du discours. L'intention sera ici de présenter la norme constitutionnelle comme le reflet de l'espace public dans lequel s'expriment les préoccupations politiques émises au sein des espaces institutionnels (Chapitre 1) et des espaces autonomes (Chapitre 2).

143. Après tout cela, on espère que la thèse aura contribué à voir dans la théorie de la discussion de J. Habermas un moyen crédible d'approfondissement de la connaissance du droit constitutionnel et du droit en général.

PREMIÈRE PARTIE

LES FORMES DU DISCOURS, LA NORME CONSTITUTIONNELLE COMME PRODUIT DES DISCUSSIONS PRATIQUES

144. Au début des années 1990, J. Habermas s'intéresse à l'applicabilité de sa théorie de la raison communicationnelle à la théorie du droit. Dans son *Éthique de la discussion*, il considère que l'État de droit a pour objet « *d'institutionnaliser juridiquement les procédures et les présuppositions communicationnelles exigeantes d'un réseau d'argumentation et de négociations, différencié selon les interrogations auxquelles il doit répondre* »¹. Cette idée se retrouve d'ailleurs dès les premières pages de *Droit et démocratie*, ouvrage tout entier consacré au lien ontologique entre raison et droit, où l'auteur présente le droit comme un moyen d'institutionnalisation et de transformation des discussions quotidiennes en « *force productive d'une formation de l'opinion et de la volonté politiques, dont on présume qu'elle est rationnelle* »².

145. À partir de J. Habermas, la norme juridique se comprend comme le produit d'une discussion pratique entre des acteurs faisant usage de la raison pour faire émerger une volonté commune à travers l'échange de propositions langagières soutenant des prétentions individuelles dont la validité est

¹ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Op. cit. p. 178.

² HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 52.

découverte dans la communication³. L'élaboration de la norme selon le modèle communicationnel passe alors par différents niveaux de discussion allant des considérations pragmatiques les plus triviales jusqu'aux questions morales de justice en passant par les interrogations éthico-existentielles relatives aux orientations futures de la communauté de vie⁴. Au niveau législatif correspondent les discussions pragmatiques où les acteurs délibèrent concernant les moyens appropriés pour atteindre certains buts. L'échange de propositions langagières permet dans ce cas une détermination rationnelle de la meilleure décision à prendre entre plusieurs possibilités d'action. Ce type de conversation peut toutefois amener les interlocuteurs à considérer une insuffisance de la définition des buts eux-mêmes, faisant ainsi évoluer la discussion vers des questionnements de nature éthique visant à interroger les préférences d'un groupe en considération de son identité et de ses aspirations⁵. Dans le cas spécifique du débat normatif, ce deuxième niveau correspond aux discussions d'ordre constitutionnel servant de cadre général à l'élaboration de la loi. L'ultime niveau est enfin celui des considérations morales où chacun s'interroge, lorsque l'échange d'arguments porte sur les normes juridiques, sur la justesse des buts poursuivis en fonction de certains impératifs de conduite contenus dans les mœurs et la Constitution⁶.

146. Ces trois niveaux de discussions pratiques guident ainsi le développement de ce premier titre qui entendra éclairer les aspects pragmatiques, éthiques et moraux de la tension entre factualité du discours et validité de la norme observable dans tout échange rationnel d'arguments.

³ « La discussion pratique est en effet en mesure, grâce à ses caractéristiques pragmatiques insoupçonnées, de garantir une formation de la volonté telle que les intérêts de tout un chacun puissent être mis en évidence sans que soit déchiré le tissu social qui lie objectivement chacun à tous ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 22.

⁴ J. Habermas développe ici l'idée d'un modèle processuel de formation de la volonté politique à laquelle obéirait toute discussion pratique concourant à l'élaboration des normes juridiques. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 187.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* pp. 97-98.

⁶ NINO, Carlos Santiago. *Derecho y moral política – Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires : Siglo XXI editores, 2014. pp. 82-86.

CHAPITRE 1.

LES NORMES TECHNIQUES, PRODUIT DES DISCUSSIONS PRAGMATIQUES

147. En 1795, Kant publie les *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Pour la première fois¹, il y aborde le concept d'impératif, entendu comme un commandement rationnel contraignant la volonté individuelle². Cet impératif est qualifié de catégorique lorsque l'action qu'il commande est considérée comme bonne en soi, sans d'autre fin qu'elle-même. En revanche, il appelle hypothétiques, les impératifs d'actions envisagés comme moyens de parvenir à une fin³.

148. Lorsqu'il s'intéresse à l'aspect pragmatique des discussions pratiques, J. Habermas fait référence à cette seconde catégorie de prescriptions. Sont ainsi pragmatiques, « *les questions [qui] se posent du point de vue d'un acteur qui cherche les moyens appropriés permettant de réaliser des fins et des préférences données* »⁴. Ces moyens sont conçus comme des propositions langagières formulées par un locuteur dans le but de tendre à la réalisation d'une action. Confronté à un énoncé, l'auditeur peut alors soit reconnaître la validité de la prétention contenue dans la proposition, soit la refuser et formuler à son tour une nouvelle proposition.

149. Dans le cadre d'un débat normatif pragmatique, la finalité de l'activité communicationnelle réside dans le vote de la loi. Chaque argument mobilisé par le législateur vise à inciter les partenaires de la discussion à amender ou à soutenir le texte législatif. J. Habermas considère ces arguments comme des « *indications d'action [qui] disent ce qu'on "doit" moralement ou nécessairement faire en fonction d'un certain problème* »⁵. À la suite de Kant, il estime que ces recommandations reposent, selon le contexte de la discussion : soit sur des impératifs techniques présentant les mesures nécessaires pour atteindre le but poursuivi, soit sur des impératifs pragmatiques, insistant sur les obligations morales qui justifient la

¹ D'autres écrits, tels que l'introduction à la *Critique de la faculté de juger*, font toutefois référence au même concept sous la notion de *technique*. Cf. KANT, Emmanuel. *Critique de la faculté de juger*. Paris : Flammarion, 2015. p. 91.

² KANT, Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Paris : Librairie générale française, 1993. p. 83.

³ AUBENQUE, Pierre. La prudence chez Kant. *Revue de métaphysique et de morale*. 1975, Vol. 80, n° 2. p. 159.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 178.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion. Op. cit.* p. 97.

réalisation de l'action⁶. Une loi visant à réduire la vitesse de circulation des véhicules en agglomération peut, par exemple, être justifiée à la fois par des arguments techniques tels que la nécessaire réduction des émissions de gaz à effet de serre ou le coût des accidents de la route sur le budget de la santé publique, mais également par des arguments d'ordre moral comme le devoir de protéger la sécurité des piétons, des passagers et du conducteur. De ce point de vue, la nature des arguments mobilisés varie donc selon la stratégie communicationnelle adoptée mais tous bénéficient *a priori* d'une présomption de rationalité dont l'auditeur sera tenu de déterminer la validité.

150. Dès lors, l'objet de ce premier chapitre sera de comprendre la nature de l'interaction communicationnelle, qui contribue à la formation rationnelle de la loi entre les propositions langagières formulées par un locuteur pour élaborer la norme, et l'analyse par l'auditeur des prétentions à la validité contenues dans chacune de ces propositions. Une première section s'intéressera en ce sens aux différentes dimensions téléologiques des propositions d'action tandis qu'une seconde permettra d'aborder l'étendue des examens réalisés pour en contrôler la validité.

SECTION 1. LA FORMULATION DE PROPOSITIONS D'ACTION, UNE JUSTIFICATION DE LA NORME PAR LA FORCE DE L'ARGUMENT

151. Dans ses développements sur les modèles téléologiques de l'action, J. Habermas opère une synthèse des déterminants wébériens de l'activité sociale⁷, pour distinguer les objectifs utilitaristes, visant la satisfaction des intérêts propres à chacun, des objectifs axiologiques ou affectifs, fondés sur les valeurs

⁶ Dans ses *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Kant évoque les notions de règles de l'habileté et de conseils de la prudence pour qualifier les impératifs techniques et pragmatiques qui orientent les choix des individus. Là où les unes sont établies problématiquement à partir d'une *fin possible*, les autres sont formés de manière assertorique selon une *fin donnée en faits*. Pour illustrer ces concepts, Kant prend comme exemple de règle de l'habileté, les prescriptions faites par un médecin pour la guérison d'un patient ou celles que doit suivre un assassin pour empoisonner sa victime. Le caractère moral est ici écarté, seule importe la détermination de la fin possible (vie ou mort du patient ou de la victime) ainsi que les moyens techniques nécessaires pour y parvenir. Les conseils de la prudence sont, quant à eux, dictés par une fin réelle mais incertaine, telle que l'accès au bonheur. Dans ce cas, la fin est approchée de manière pragmatique en mettant en œuvre les conduites susceptibles de tendre vers un état souhaité. Cf. KANT, Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Op. cit. p. 30.

⁷ « Comme toute autre activité, l'activité sociale peut être déterminée a) de façon rationnelle en finalité, par des expectations du comportement des objets du monde extérieur ou de celui d'autres hommes [...]; b) de façon rationnelle en valeur, par la croyance en une valeur intrinsèque inconditionnelle – d'ordre éthique, esthétique, religieux ou autre [...]; c) de façon affectuelle, et particulièrement émotionnelle, par des passions et des sentiments actuels; d) de façon traditionnelle par coutume invétérée ». Cf. WEBER, Max. *Économie et société*/1... p. 55.

et les affects⁸. À travers cette classification, se retrouve le dualisme sous-jacent de la théorie kantienne. Là où l'approche utilitariste des *règles de l'habileté* inspire des actions normatives concrètes, orientées vers le succès, les *conseils de la prudence* contribuent à former des normes à partir de critères axiologiques et affectifs relevant de la logique de l'intercompréhension.

152. Dans cette première section, seront donc étudiés les objectifs téléologiques guidant la formation de normes selon des stratégies de succès (I.) ou d'intercompréhension (II.).

§ I. PROPOSITIONS INSTRUMENTALES ET STRATÉGIQUES D'UNE TÉLÉOLOGIE DU SUCCÈS

153. L'idée d'action en finalité guidée par le succès se situe chez J. Habermas dans le concept d'agir téléologique. Une telle activité correspond au calcul d'utilité effectué par un acteur visant à une utilisation appropriée de moyens pour atteindre un but déterminé⁹. Cette action est considérée comme instrumentale¹⁰ quand le calcul opéré par l'individu porte sur des moyens techniques mis en œuvre pour parvenir à l'objectif fixé (A.). Elle est qualifiée de stratégique lorsque le but dépend de l'influence exercée par un acteur sur le comportement de ses semblables (B.).

A. LES PROPOSITIONS INSTRUMENTALES, LE GRAND DÉBAT DE LA TECHNIQUE

154. À travers l'analyse de la théorie wébérienne de l'activité sociale, se dégagent deux méthodes de la satisfaction technique des intérêts. La première correspond au respect des *règles de l'expérience* reproduites par un acteur en fonction d'une situation passée. La seconde est celle du *raisonnement logique* développé à partir de la réflexion individuelle¹¹.

⁸ À travers cette distinction on remarque immédiatement que J. Habermas ne considère pas *l'agir traditionnel* comme un déterminant de l'activité sociale. Il s'en explique dans les pages de sa *Théorie de l'agir communicationnel* : qu'ils agissent par rapport à une fin, une valeur ou un affect, les sujets conscients ont en commun de poursuivre une action en finalité *concrète* ou *souhaitée*, mais si par contre ces derniers respectent une tradition, le but même de l'action disparaît, celle-ci n'étant plus guidée que par l'habitude. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 292.

⁹ OUATTARA, Ibrahim. Critique de l'interprétation habermassienne du concept wébérien de rationalité. *Archives Européennes de Sociologie*. 1994, Vol. 35, n° 2, p. 309.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Morale et communication... Op. cit.* p. 62.

¹¹ Afin de rendre compte de l'applicabilité des arguments mobilisés pour justifier les différentes formes d'actions en finalité guidées par la technique, l'ensemble des idées qui vont suivre seront illustrées par des exemples tirés des documents du débat parlementaire relatif au projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, tenu à l'Assemblée nationale et au Sénat, du 29 janvier au 23 avril 2013.

1. Les défis de l'expérience

155. La formation de prétentions d'actions à partir des règles de l'expérience n'est pas sans rappeler certains concepts argumentatifs abordés par la *Nouvelle rhétorique* de Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca. Dans leur *Traité de l'argumentation*, les auteurs qualifient d'*arguments basés sur la structure du réel*, « les arguments [visant à] établir une solidarité entre des jugements admis et d'autres que l'on cherche à promouvoir »¹². Parmi ces derniers, ils distinguent alors les arguments relatifs à des *liaisons de succession* expliquant les conséquences futures ou les causes passées d'un phénomène déterminé, de ceux applicables à des *liaisons de coexistence* unissant les actes aux personnes. Cette seconde catégorie intéresse particulièrement ce premier point de développement en ce qu'elle se rapproche de la notion d'arguments fondés sur l'expérience. En effet, « les liaisons de coexistence unissent deux réalités de niveau inégal, l'une étant plus fondamentale, plus explicative que l'autre. [...] La liaison de coexistence fondamentale, en philosophie, est celle qui rattache une essence à ses manifestations »¹³.

156. Dès lors, il est facile de voir un parallèle entre la prétention d'un sujet à résoudre un conflit en suivant les règles de l'expérience, et celle de former des arguments liant l'essence d'une personne aux manifestations de ses capacités. Reste à savoir comment s'entend cette essence pour avoir une compréhension plus précise des discussions techniques résolues par expérience.

157. Là encore, Perelman et Olbrechts-Tyteca semblent apporter certains éléments de réponse. L'image que l'on se fait d'une personne, ou l'essence qu'on lui attribue, se trouve selon eux déterminée par ses actes¹⁴. Ceux-ci constituent des prémisses qui peuvent être *habituelles* ou *rare*s, mais permettent en tous cas de juger la capacité du sujet à faire valoir son expérience pour résoudre un conflit.

158. Ainsi, l'objet de ce premier point sera de reprendre la distinction mise en évidence par les auteurs entre prémisses habituelles et prémisses rares pour parvenir à saisir l'étendue des arguments formés à partir des règles de l'expérience.

a. Les prémisses habituelles, l'expérience de situations communes

159. En suivant le raisonnement de Perelman et Olbrechts-Tyteca, il est d'abord possible d'associer l'expérience du sujet à l'habitude qu'il a de réaliser certains actes. Au cours d'une discussion, la capacité d'un locuteur à s'appuyer sur son expérience habituelle pour justifier un argument visant à la satisfaction technique de ses intérêts revient à démontrer son aptitude à juger une situation nouvelle au regard de

¹² PERELMAN, Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation - La nouvelle rhétorique*. 6^e éd. Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008. p. 351.

¹³ *Ibid.* p. 394.

¹⁴ *Ibid.* pp. 401-403.

jugements similaires régulièrement formés par le passé. Le caractère rationnel de la compétence revendiquée est alors considéré comme d'autant plus fondé qu'il se forme sur une grande accumulation de mérites toujours considérés comme stables par le public¹⁵.

160. À titre d'exemple, l'image que l'on se fait d'un architecte est celle d'un ingénieur capable de réaliser des constructions complexes. Cette valorisation de l'essence de l'architecte, en tant que personne douée pour concevoir des édifices, est rendue possible non seulement par son diplôme¹⁶ mais surtout par les nombreux succès des travaux déjà accomplis. Au cours de la discussion sur un projet d'urbanisme, celui-ci pourra ainsi chercher à convaincre son auditoire du bien-fondé de l'initiative en arguant de ses compétences pour justifier sa position. Par contre, le même architecte qui aurait autrefois commis des erreurs dans ses plans et conduit à l'effondrement d'un de ses ouvrages amènerait le public à douter de ses aptitudes à former un jugement valide quant à la pertinence architecturale du bâtiment.

161. La rhétorique de l'expérience est souvent utilisée pour appuyer certaines prétentions d'action dans le domaine constitutionnel. Ainsi, en 2003, à l'occasion de la discussion en commission du projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, le sénateur Bernard Frimat était intervenu pour faire part de son expérience de vice-président du Conseil régional du Nord-Pas-De-Calais concernant la gestion du budget de sa région. Le débat portait sur le financement des transferts de compétences de l'État vers les collectivités territoriales. Le sénateur avait alors mis en avant sa connaissance du terrain et son expérience d' élu afin d'alerter les membres de la commission concernant le phénomène de l'augmentation régulière des charges pesant sur les collectivités dans la gestion de leur compétences¹⁷.

162. Par cette rhétorique, le sénateur mobilise donc un argument pragmatique fondé sur l'expérience : pour garantir le succès des mesures de la révision relatives aux transferts de compétences, il conviendrait

¹⁵ « Tout argument sur la personne fait état de cette stabilité : on la présume, en interprétant l'acte en fonction de la personne, on déplore que cette stabilité n'ait pas été respectée, quand on adresse à quelqu'un le reproche d'incohérence ou de changement injustifié ». Cf. *Ibid.* p. 395.

¹⁶ Auquel cas il s'agit d'une prémisse rare, l'obtention du diplôme n'ayant pas vocation à se répéter dans le temps.

¹⁷ GARREC, René. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur : le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République ; la proposition de loi constitutionnelle de MM. Christian PONCELET, Henri de RAINCOURT, Josselin de ROHAN, Daniel HOEFFEL, Gérard LONGUET, Jean PUECH, Jean-Pierre FOURCADE, Philippe ADNOT, Louis de BROISSIA, Paul GIROD, Michel MERCIER, Mme Lucette MICHAUX-CHEVRY, MM. Philippe RICHERT, Alex TÜRK et Jean-Paul VIRAPOULLÉ relative à la libre administration des collectivités territoriales ; la proposition de loi constitutionnelle de M. Paul GIROD tendant à la reconnaissance de lois à vocation territoriale ; la proposition de loi constitutionnelle de M. Robert DEL PICCHIA relative au vote des Français résidant sur les territoires situés dans la zone géographique comprise entre le méridien 26° ouest et la ligne internationale de changement de date, à l'exception de l'archipel des Açores ; la proposition de loi constitutionnelle de MM. Georges OTHILY et Rodolphe DÉSIÉ tendant à modifier le premier alinéa de l'article 7 de la Constitution ; et la proposition de loi constitutionnelle, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités territoriales ; par M. René GARREC, Sénateur. Rapport n°27. Paris : Sénat, 23 octobre 2002. p. 200.*

selon lui de prendre sérieusement en compte le problème de l'augmentation des dépenses, dans la mesure où son expérience atteste de l'existence d'un tel phénomène.

b. Les prémisses rares, l'expérience de situations exceptionnelles

163. Dans le cadre d'une discussion pragmatique, il n'est pas rare que les protagonistes fondent certains arguments en se basant sur l'expérience d'un acte réalisé par le passé. Perelman et Olbrechts-Tyteca citent par exemple une remarque de Kenneth Burke : « *Un homme peut être considéré comme un héros parce qu'il a accompli des actes héroïques, alors que dans son état actuel, il peut être, en tous cas, trop vieux ou trop faible pour les accomplir* »¹⁸. De ce point de vue, les propositions langagières ne reposent pas nécessairement sur des prémisses habituelles. Un seul acte héroïque, ou des actes héroïques lointains, suffisent au héros pour être considéré comme tel.

164. Dans cette perspective, la force persuasive de l'argument dépend moins de la stabilité des mérites accumulés par le sujet, que de la capacité de celui-ci à mettre en valeur la *tangibilité* de son retour d'expérience. Dans les travaux de Christian Bessy et Francis Chateauraynaud¹⁹, la *tangibilité* d'un argument d'expérience se comprend comme la possibilité de rendre la compréhension d'un acte compatible avec le *sens commun* des protagonistes²⁰.

165. Pour illustrer cette approche, l'exemple du projet urbanistique peut être une nouvelle fois utilisé. En suivant le raisonnement de Perelman et d'Olbrechts-Tyteca, s'il est admis que, fort de ses réussites passées, un architecte puisse faire valoir son expérience pour influencer la discussion, il est également reconnu qu'un boulanger, ayant un jour œuvré à la construction de sa propre maison, puisse présenter des arguments en se fondant sur l'expérience acquise au cours de la réalisation de l'ouvrage. Bien que dans

¹⁸ BURKE, Kenneth. *A grammar of motives*. Los Angeles : University of California Press, 1969.

¹⁹ Dans *Experts et faussaires*, les deux auteurs s'intéressent à la relation entre personnes et objets. Ils citent notamment un passage de la *Philosophie de la perception* de Maurice Merleau-Ponty : « *Un mouvement est appris lorsque le corps l'a compris, c'est-à-dire lorsqu'il l'a incorporé à son « monde », et mouvoir son corps c'est viser à travers lui les choses, c'est le laisser répondre à leur sollicitation qui s'exerce sur lui sans aucune représentation [...]. Mon corps a son monde ou comprend son monde sans avoir à passer par des « représentations », sans se subordonner à une fonction symbolique ou objectivante* ». Cf. MERLEAU-PONTY, Maurice. *Phénoménologie de la perception*. Paris : Gallimard, 2016. pp. 173-175. Ils observent ainsi que les pratiques corporelles, lorsqu'elles sont nouvelles, constituent une consécration motrice où le corps comprend et assimile le mouvement adéquat de manière à pouvoir le reproduire et le perfectionner. Cf. BESSY, Christian et CHATEAURAYNAUD, Francis. *Experts et faussaires - Pour une sociologie de la perception*. Paris : Métailié, 1995. pp. 264-265.

²⁰ « *Nos acteurs ont des corps, et, s'ils ne croient pas toujours ce qu'ils voient ou ce qu'ils touchent, ils explorent les rapports entre perceptions et représentations via des expériences marquantes fonctionnant comme autant d'épreuves de vérité. L'intérêt heuristique des affaires et des controverses réside précisément dans la façon dont elles rendent visibles ce travail du sens commun sur lui-même* ». Cf. CHATEAURAYNAUD, Francis. *Invention argumentative et débat public, regard sociologique sur l'origine des bons arguments*. *Cahiers d'économie politique*. 2004, Vol. 2, n° 47, p. 199.

ce cas, l'œuvre du boulanger constitue un acte unique et isolé, il n'en demeure pas moins tangible et compréhensible vis-à-vis de l'ensemble des participants à la discussion.

166. Au cours des débats de la Convention constituante argentine de 1994, cette forme d'argument a pu être utilisée par certains membres de la discussion pour appuyer le vote d'articles renforçant la protection des droits fondamentaux du fait du traumatisme national de la précédente dictature. Ainsi en est-il par exemple du discours prononcé le 2 août par Alicia Olivieira, dans lequel la représentante du Front Large pour la capitale soutenait la reconnaissance de la valeur constitutionnelle des stipulations de certains traités internationaux de protection des droits humains en insistant sur la *conscience historique* de l'existence de milliers de personnes *disparues, torturées, enfermées, exilées et exécutées* pour justifier de l'impérieuse nécessité de mieux protéger juridiquement les libertés fondamentales des individus²¹.

167. Ainsi, de l'examen des propositions langagières fondées sur l'expérience, se détachent deux sortes de justifications. La première consiste en une argumentation structurée autour d'une expérience habituelle pouvant être mise en avant par le sujet pour légitimer ses intentions d'action. La seconde est celle couramment invoquée par les participants d'une discussion, faisant valoir une expérience vécue, unique ou rare, pour prendre position vis-à-vis du sujet en débat.

168. Si ces deux formes d'arguments sont souvent invoquées dans le cadre de discussions techniques, elles ne sont pourtant pas les seules. D'autres, de nature logique, peuvent également être mobilisées.

2. *Les enjeux du raisonnement*

169. Les arguments de calcul et de raisonnement visant la satisfaction technique des intérêts sont, pour Perelman et Olbrechts-Tyteca, repérables au formalisme logique de leur démonstration. Toutefois, sauf à porter sur un type particulier de discussion²², les prétentions langagières qui s'inspirent de ces arguments ne peuvent pas présenter le raisonnement dans son intégralité, compte tenu des exigences de concision de la conversation. Aussi, selon Perelman et Olbrechts-Tyteca, il est plus exact de qualifier de *quasi-logique* ce type de justification, puisque « *seul un effort de réduction ou de précision, de nature non formelle, permet de donner à ces arguments une apparence démonstrative* »²³.

²¹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 2 août 1994, p. 2862.

²² On comprendra qu'une discussion scientifique puisse, par exemple, s'étendre sur la démonstration d'un argument. Il se peut même que cette démonstration constitue l'objet même de la conversation. Néanmoins, il serait malvenu de s'étendre sur l'exposition d'un raisonnement dans le cadre d'une discussion ordinaire portée par une logique d'efficacité des actes de langage.

²³ PERELMAN, Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation... Op. cit.* p. 259.

170. Dès lors, *l'effort de réduction ou de précision* se comprend comme le procédé par lequel le sujet argumente de manière à lever les *incompatibilités* opposables à son raisonnement pour rendre caduque tout autre alternative d'action²⁴. Il se décline selon deux formes d'arguments.

a. Les arguments de quasi-logique purs, l'appréhension de la totalité

171. Les théoriciens de la *Nouvelle rhétorique* qualifient d'attitude logique les types d'effort cherchant à « résoudre toutes les difficultés et tous les problèmes qui peuvent surgir, dans les situations les plus variées, que l'on s'efforce d'imaginer suite à l'application de règles, de lois et de normes auxquelles on accorde son adhésion »²⁵. Au cours d'une discussion, ce genre de raisonnement peut ainsi permettre de considérer comme quasi-logiques, les arguments visant à anticiper tous les problèmes susceptibles de se produire dans le cadre de la réalisation d'une activité.

172. Dans les discussions ordinaires, la possibilité de mobiliser de tels arguments reste, en général, dominée par les contraintes sémantiques et normatives qui pèsent sur l'objet du discours et limitent la capacité du sujet à former un raisonnement logique universalisable²⁶. Dans les débats normatifs par contre, cette approche est souvent privilégiée pour justifier l'adoption de certaines mesures rendues obligatoires par des normes supérieures²⁷ ou du fait de leur contradiction au regard d'autres normes du système juridique.

²⁴ Si par exemple, pour reprendre une illustration donnée dans le *Traité de l'argumentation*, la question de confiance posée par un chef de Gouvernement devant l'Assemblée, crée une incompatibilité entre son maintien en fonction et le rejet de la réforme qu'il porte, l'effort de réduction consistera à présenter un raisonnement suffisamment convaincant, pour éviter au ministre d'avoir à engager sa responsabilité. *Ibid.* p. 263.

²⁵ *Ibid.* p. 265.

²⁶ Au vu de l'état actuel de la connaissance, un astrophysicien peut sans grande peine expliquer le phénomène de la rotation de la terre sur elle-même et autour du Soleil. La Terre et le Soleil sont des objets sémantiques clairement définis (du moins pour les besoins de la démonstration). Les règles de l'astrophysique sont, dans ce domaine précis, largement admises. Mais les choses en vont différemment pour d'autres disciplines. Ainsi, il sera difficile à un sociologue de donner une définition précise de la démocratie et de ses implications. En effet, le sens sémantique du concept de démocratie reste largement débattu, de même que les règles qui régissent un tel système. Perelman et Olbrechts-Tyteca ne disent pas autre chose lorsqu'ils affirment que « dans les systèmes formels, où les seuls signes suffisent, par leur combinaison, à rendre la contradiction indiscutable, on ne peut que s'incliner devant l'évidence. Mais cela n'est pas le cas quand il s'agit d'énoncés du langage naturel, dont les termes peuvent être interprétés de différentes façons ». Cf. PERELMAN, Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation... Op. cit.* p. 262. On retrouve aussi le sens de la critique adressée par J. Habermas contre la raison objectivante. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Le discours philosophique de la modernité. Op. cit.* p. 351.

²⁷ On pourrait ici citer l'exemple d'un projet de loi organique relatif à l'application de l'article 11 de la Constitution, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale en 2010. L'article 11, modifié par la révision constitutionnelle de 2008 venait d'instituer le référendum d'initiative partagée en laissant au législateur le soin d'en fixer les modalités d'application. En introduction de son rapport présenté au nom de la Commission des lois, le député Guy Geoffroy avait alors justifié le vote du projet de loi en rappelant que « le constituant [avait] renvoyé au législateur organique le soin de déterminer certains aspects de la procédure ». Cf. GEOFFROY, Guy. *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°3072) et le projet de loi (n°3073) portant application de l'article 11 de la Constitution*. Rapport législatif n°3946, 3947. Paris : Assemblée nationale, 2011, p. 9. Cette partie de la déclaration illustre le recours à un argument quasi logique en ce que le député déduit d'une disposition

173. En 2008, le projet de ratification par la France du traité de Lisbonne implique de réviser la Constitution. L'argument soulevé par le Président de la République Nicolas Sarkozy pour justifier le vote de cette révision pourra, on va le voir, être en ce sens qualifié de quasi-logique pur. Par application des dispositions de l'article 54 de la Constitution contraignant à la saisine du Conseil constitutionnel en cas de ratification d'un traité international, le Président de la République avait sollicité le Conseil concernant la compatibilité du traité vis-à-vis de la Constitution. Le 20 décembre 2007, celui-ci avait alors jugé que pour être ratifié, le traité devrait être précédé d'une révision de la Constitution²⁸. Les motivations avancées par les juges concernaient en particulier l'atteinte par certaines clauses du traité, des *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*, ainsi que la nécessité d'aménager certaines procédures parlementaires suite aux prérogatives nouvelles accordées par le traité aux Parlements nationaux. Prenant acte de ces réserves, le Président de la République avait donc logiquement sollicité son Premier ministre et sa garde des Sceaux pour déposer sur le bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi constitutionnelle allant dans ce sens. Le titre XV de la Constitution serait donc modifié pour engager non seulement la procédure de ratification du traité, mais aussi afin de faciliter la mise en œuvre future des engagements internationaux de la France²⁹.

b. Les arguments de quasi-logique relatifs, l'adaptation à la conjoncture

174. Outre le recours au raisonnement logique, Perelman et Olbrechts-Tyteca considèrent encore deux autres attitudes que peuvent adopter les sujets pour anticiper les incompatibilités. Ces comportements fondent des arguments quasi-logiques *relatifs* en ne prétendant pas à une résolution absolue et inconditionnelle des conflits potentiels.

175. La première attitude est « *celle de l'homme pratique, qui ne résout les problèmes qu'au fur et à mesure qu'ils se présentent, qui repense ses notions et ses règles en fonction des situations réelles et des décisions indispensables à son action* »³⁰. Plus loin dans le texte, les auteurs évoquent l'exemple du juge

constitutionnelle l'obligation de discuter les règles de procédure relatives au référendum. Dans ce cas précis, la règle de droit (la procédure législative) et l'objet juridique auquel elle se rapporte (le référendum) sont clairement définis et identifiés. Ils donnent ainsi l'opportunité au rapporteur d'argumenter logiquement en faveur de l'adoption de la loi organique.

²⁸ Ces éléments peuvent être retrouvés dans la décision de non-conformité partielle rendue par le Conseil constitutionnel le 20 décembre 2007. Cf. Décision n°2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*.

²⁹ FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnel modifiant le titre XV de la Constitution, présenté au nom de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, par M. François Fillon, Premier ministre, et par Mme Rachida Dati, garde des Sceaux, ministre de la justice*. Projet de loi constitutionnelle n°561 (rectifié). Paris : Assemblée nationale, 15 janvier 2008. pp. 3-4.

³⁰ PERELMAN, Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation... Op. cit.* p. 266.

qui, afin d'éviter au maximum toute ambiguïté dans ses interprétations, cherche à limiter la portée de ses décisions au strict cas qui lui incombe.

176. La seconde quant à elle, est dite diplomatique. Elle correspond à celle où « *ne désirant pas [...] se mettre en opposition avec une règle ou résoudre [...] le conflit né de l'incompatibilité entre deux règles [...], on invente des procédés pour éviter que l'incompatibilité apparaisse, ou pour remettre à un moment plus opportun les décisions à prendre* »³¹. Le caractère logique de la conduite dépend alors moins de la résolution réelle du conflit que de la cohérence du respect des règles de fiction qui permettent de le contourner. Citant les travaux de l'anthropologue et poétesse étasunienne Ruth Benedict, Perelman et Olbrechts-Tyteca illustrent cette attitude en prenant l'exemple d'une coutume japonaise selon laquelle il n'est possible de recevoir de visiteurs chez soi qu'à la condition d'être habillé décentement. Aussi, si un paysan travaillant aux champs reçoit une visite inopinée, le visiteur fera semblant de ne pas le voir jusqu'à ce que ce dernier se soit changé pour l'accueillir comme il se doit³².

177. Un intéressant exemple d'argument quasi-logique relatif pourrait de nouveau être trouvé dans l'initiative du constituant argentin de donner une valeur constitutionnelle à certains traités internationaux. En effet, la protection accrue des droits fondamentaux ne constitue pas la seule raison pour laquelle les représentants à la Convention de 1994 choisissent cette manœuvre. En élevant certains traités au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, le constituant fait aussi le choix de renforcer la sécurité juridique en limitant les potentialités de survenance de conflits de normes entre les droits fondamentaux déjà reconnus par la Constitution et ceux protégés par les traités, tout en renforçant l'étendue des droits déjà garantis³³. Cet argument peut ainsi être appréhendé comme un procédé diplomatique d'anticipation de certains conflits de droit.

178. Ainsi, de l'examen des propositions d'action fondées sur l'expérience et le raisonnement technique, émerge l'idée selon laquelle les discussions normatives reposent en grande partie sur des arguments visant à mettre en valeur la cohérence d'un raisonnement formé à partir de connaissances acquises par la pratique ou le calcul.

³¹ PERELMAN, Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation...* Op. cit. p. 266.

³² BENEDICT, Ruth. *The Chrysanthemum And The Sword - Patterns of Japanese culture*. Londres : Secker & Warburg, 1947. p. 156.

³³ On retrouvera aussi ce raisonnement chez la représentante à la Convention Alicia Oliveira. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). Op. cit. pp. 2831-2832. On notera cependant que cet argument fait débat et que certains membres de la Convention, à l'image du représentant Luis Iriarte pour la province de Tucumán, considèrent au contraire qu'une telle constitutionnalisation affaiblirait la sécurité juridique en faisant perdre aux juges leur fonction de *modération* entre les traités et la Constitution. Cf. *Ibid.* p. 2849.

179. Ce type d'activité communicationnelle n'est toutefois pas le seul à permettre la poursuite des objectifs téléologiques de succès. D'autres propositions, de nature stratégique, concourent également à l'atteinte de telles finalités.

B. LES PROPOSITIONS STRATÉGIQUES, DE LA SUBTILITÉ AU DÉSESPOIR

180. Dans une série d'articles sur les conceptions de la démocratie, publiés dans plusieurs revues universitaires étasuniennes à la fin des années 1980, Frank Michelman définit les interactions stratégiques comme des *offres conditionnelles de service* ou *d'abstention*, formulées par les individus pour satisfaire leurs propres intérêts³⁴.

181. Reprise par J. Habermas³⁵, cette définition est proche de la *théorie des jeux stratégiques*, développée par Otfried Höffe, selon laquelle une interaction stratégique doit être analysée suivant quatre éléments³⁶. Les deux premiers critères sont relatifs aux *paramètres* de l'échange, entendus comme l'identification des acteurs présents et des relations existantes entre eux, ainsi que la détermination des normes qui régissent l'interaction et imposent aux différents intervenants, le respect de certaines règles d'action. Un troisième facteur tient compte des *objectifs réels* de l'interaction. Une discussion n'a de portée stratégique que parce que les finalités de l'action sont soit tenues secrètes, soit peu acceptables par l'opinion³⁷. Enfin, l'ultime variable est celle des stratégies elles-mêmes, élaborées en fonction de l'ensemble des données précédentes.

182. Cette définition pousse J. Habermas à identifier deux formes d'interactions stratégiques. Partant de l'idée selon laquelle ces formes d'argumentation se retrouvent dans des négociations où la *force physique* domine la *force de l'argument*, il considère les menaces et les promesses comme seules propositions utiles à ce type de discussion³⁸. S'il partage les prémisses de ce point de vue, Jon Elster considère toutefois cette approche insuffisante. Dans un article qu'il consacre à *L'usage stratégique de l'argumentation*, il montre que, bien que les promesses et les menaces constituent un aspect non

³⁴ MICHELMAN, Frank I. Conceptions of democracy in american constitutional argument: voting rights. *Florida Law Review*. 1989, Vol. 41, n° 3, p. 448. Voir aussi: MICHELMAN, Frank I. Conceptions of democracy in american constitutional argument: the case of pornography. *Tennessee law review*. 1989, Vol. 56, n° 2, p. 293.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 296.

³⁶ « Un jeu stratégique se compose de quatre éléments : 1) des joueurs, unités souveraines de décision [...]; 2) des règles fixant les variables que chaque joueur peut contrôler [...]; 3) du résultat final ou décompte [...]; 4) des stratégies, des plans d'action globaux alternatifs possibles ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1...* Op. cit. p. 414.

³⁷ O. Höffe fait ici référence à l'accaparement de postes, l'augmentation du pouvoir, l'enrichissement et la recherche de prestige. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1...* Ibid.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 186.

négligeable de l'argumentation stratégique, celles-ci ne sont en réalité invoquées qu'en ultime recours par le locuteur. Dans la mesure du possible, celui-ci visera au contraire à inciter ou à dissuader l'auditeur de réaliser une action par le biais de mises en garde ou de propositions équivalentes à la finalité souhaitée³⁹.

183. Ainsi, à partir des différents facteurs soulevés par O. Höffe dans le choix des alternatives d'action possibles, seront tour à tour abordées les argumentations stratégiques impartiales fondées sur des équivalents et des avertissements (1.), et les argumentations stratégiques extrêmes caractérisées par les menaces et les promesses (2.).

1. La stratégie subtile des argumentations impartiales

184. Est qualifié d'impartial, dans la pensée de J. Elster, tout *pseudo-argument* qui parasite un argument véritable⁴⁰ en donnant l'illusion d'une préoccupation manifeste pour le bien public, lorsqu'en réalité il n'est question que de la satisfaction des intérêts individuels⁴¹. Cette stratégie d'action inspire deux formes de comportements, selon que le sujet cherche à convaincre ou à dissuader son interlocuteur.

a. La stratégie de la dissimulation, le recours aux équivalents impartiaux

185. Un *équivalent impartial* se présente comme un argument en apparence désintéressé, visant à optimiser les chances de succès de celui qui l'invoque en dissimulant la finalité de l'action. La prétention langagière est ici formulée sous son meilleur jour, de manière à emporter l'adhésion d'un nombre suffisant de participants à la discussion pour être considérée comme un moyen crédible d'action.

186. Dans cette perspective, l'acteur procède en plusieurs étapes. En premier lieu, il commence par se demander si l'objectif réel qu'il s'est fixé peut être atteint au moyen d'une action raisonnable fondée sur des arguments légitimes. S'il calcule que son ambition risque d'être contrariée, il examine la possibilité de promouvoir une *coïncidence optimale*. Il propose alors l'atteinte d'un autre objectif produisant des effets similaires à ceux provoqués par l'objectif réel. Si toutefois, pour une raison quelconque⁴², il demeure

³⁹ ELSTER, Jon. L'usage stratégique de l'argumentation. *Négociations*. 2005, Vol. 2, n° 4, p.60.

⁴⁰ J. Elster fait ici référence aux critères de vérité propositionnelle, justesse normative et véracité subjective définis par J. Habermas. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1 ... Op. cit.* p. 115.

⁴¹ ELSTER, Jon. L'usage stratégique de l'argumentation. *Op. cit.* p. 67.

⁴² Comme il a été dit, un argument stratégique ne vaut que s'il est suffisamment convaincant pour être réalisé. Cette exigence implique que les méthodes et objectifs proposés par l'acteur jouissent de la crédibilité nécessaire pour ne pas risquer d'attirer la suspicion des autres participants à la discussion. Or cette crédibilité est fonction de la qualité de l'acteur : « *Un argument ne proposant d'allègement d'impôts qu'en faveur des plus pauvres aurait, lui aussi, de bonnes chances d'être retenu. Mais il ne serait certainement pas optimal pour les nantis. Ces derniers ont besoin d'un argument suffisamment éloigné de leur intérêt personnel pour qu'il soit accepté par les autres. Mais il ne doit pas non plus trop s'en éloigner car, si cet argument était retenu, ils ne pourraient alors en tirer aucun profit* ». Cf. *Ibid.* p. 69.

impossible d'établir une coïncidence optimale, l'acteur peut encore viser une *coïncidence maximale*. Dans ce cas, la finalité de l'action ne produira plus les effets exactement escomptés, mais aura des conséquences proches des buts réellement poursuivis.

187. Afin de mettre en évidence l'existence, dans le débat public, d'arguments stratégiques fondés sur des équivalents impartiaux, J. Elster prend l'exemple des travaux du psychiatre Dan Alan Oren sur la politique de limitation du nombre d'admissions de personnes de confession juive à l'Université de Yale dans les années 1920. Il y explique notamment que, compte tenu du caractère ouvertement antisémite de la mesure, et afin d'anticiper tout scandale potentiel, il était exclu pour l'administration de refuser de manière explicite l'entrée de juifs dans son établissement. Au lieu de cela, l'Université a donc affiché sa volonté d'encourager la diversité de provenance de ses étudiants en limitant les entrées dans les zones de forte densité géographique. L'apparente impartialité de la mesure rendait ainsi la stratégie acceptable aux yeux de l'opinion, mais avait insidieusement pour effet de réduire l'accès de l'Université à une grande partie de la population juive établie sur New York⁴³.

188. Cette forme d'argument stratégique fondé sur la dissimulation se retrouve dans certains discours des assemblées constituantes. La manœuvre de certains conventionnels argentins pour inscrire *de facto* l'interdiction du droit à l'avortement dans la Constitution est en ce sens fort éloquente. Elle concerne une nouvelle fois la rédaction de l'alinéa 22 de l'article 75 de la nouvelle Constitution relatif à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de plusieurs traités internationaux. Au cours de la discussion relative à l'article, le représentant pour la province de Corrientes Ángel F. Pardo avait utilisé un argument intéressant. Celui-ci défendait ardemment le vote de l'article pour espérer la constitutionnalisation de la Convention Américaine des droits de l'Homme et de la Convention des Droits de l'enfant, dans la mesure où ces deux textes protégeaient le droit à la vie. Pour le représentant, ces traités devaient non seulement être intégrés à la Constitution, mais aussi être enrichis par des dispositions garantissant le droit à la vie *dès la conception, et jusqu'à la mort naturelle*⁴⁴. On comprend alors que cet argument ne cherche pas seulement à élargir le champ de protection des droits fondamentaux, mais constitue plus implicitement un moyen de dissuader tout projet législatif de légalisation de l'avortement.

⁴³ « *Même si de nombreux juifs (concentrés dans la région du nord-est, d'où provenaient la majorité des candidatures pour Yale) seraient affectés par ce principe, celui-ci n'était pas intrinsèquement antisémite. Il n'était pas possible d'accuser sérieusement de discrimination religieuse une politique géographique qui avait été déployée sans tenir compte du critère religieux. De plus, elle pouvait favoriser un juif du Milwaukee ou un catholique de Duluth autant qu'elle pouvait nuire à un athée de New York ou à un protestant de Hoboken* ». Cf. OREN, Dan A. *Joining the club: a history of jews and Yale*. New Haven : Yale University Press, 1985. p. 198.

⁴⁴ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2911.

b. La stratégie de la dissuasion, les mises en garde par avertissements

189. Dans la perspective de J. Elster, un avertissement est une proposition langagière formée sous l'influence de la possibilité de réalisation d'un événement qui échappe au contrôle de l'acteur et dessert ses intérêts. À la différence des équivalents impartiaux, le sujet ne cherche pas ici à engager, mais à dissuader l'intention d'action en alertant les autres participants à la discussion sur les conséquences néfastes de sa mise en œuvre.

190. Cette stratégie d'action présente l'avantage de renforcer la crédibilité des arguments de dissuasion avancés par l'acteur dans la mesure où les effets potentiels des objectifs poursuivis peuvent être anticipés. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'ils soient connus de tous. L'efficacité d'un avertissement dépend de la capacité du sujet à convaincre les membres de la discussion de la validité des arguments avancés quant aux conséquences probables de l'événement. Plus la probabilité de réalisation d'un événement est perceptible par le plus grand nombre, plus la force de dissuasion sera prise en compte. À l'inverse, un avertissement portant sur des conséquences trop abstraites aura peu de chances d'être pris au sérieux et sera relégué au rang de menace par les interlocuteurs⁴⁵.

191. En 2016, la discussion parlementaire relative au projet de loi constitutionnelle de *protection de la Nation* inspire à certains parlementaires la formulation d'arguments stratégiques de dissuasion. Le projet, entériné quelques semaines à peine après les attentats terroristes survenus à Paris et à Saint-Denis au mois de novembre 2015, se trouve pour cette raison fortement médiatisé. Une partie de l'opinion est favorable à la mise en place de mesures juridiques fortes de protection de la population à l'égard du terrorisme, et le Président de la République François Hollande prend l'initiative d'un projet dont l'une des mesures phare consiste à déchoir de leur nationalité française, les personnes binationales condamnées pour des actes de terrorisme. Cependant, dès la première session plénière de l'Assemblée nationale organisée autour de l'examen du projet de loi, de nombreuses voix s'élèvent pour dénoncer l'inutilité de la disposition. La remarque du député communiste André Chassaigne est peut-être l'une des plus éloquentes : « *quel serait, en effet, le sens de cette peine ? Ni de dissuader le djihadiste fanatique de passer à l'acte, ni de punir le bourreau qui pourra brandir sa déchéance comme un trophée. En définitive, cette mesure est tout aussi inopportune qu'inefficace* »⁴⁶. Ce que l'on remarque ici, c'est que le député cherche à décourager le vote

⁴⁵ Dans une telle situation, la validité des arguments importe peu. Seule compte la portée contraignante des effets de l'action. Un scientifique qui alerterait un Gouvernement sur le danger du réchauffement climatique aurait sans doute de *bonnes raisons* de le faire. Toutefois, son avertissement risquerait de rester lettre morte en raison du fort degré d'abstraction des conséquences de ce réchauffement sur le bon fonctionnement de la société.

⁴⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIV^e législature - Session ordinaire de 2015-2016 - 122^e séance - 1^{re} séance du vendredi 5 février 2016 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Février 2016, n° 14, p. 1026.

de la disposition en avertissant les membres de l'hémicycle des conséquences probables de la mise en œuvre de la mesure. On trouvera là un cas typique d'argument orienté vers la dissuasion.

192. Ainsi, la subtilité des propositions stratégiques réside dans la possibilité pour le locuteur de formuler des énoncés impartiaux, fondés sur une réalité objective, et permettant au sujet de satisfaire ses actions en finalité en dissimulant son intention réelle ou en dissuadant de leurs ambitions les autres participants à la discussion.

193. Ces deux possibilités ne sont cependant envisageables que dans les cas où il existe des projets alternatifs susceptibles d'emporter l'adhésion d'une majorité d'acteurs. Dans le cas contraire, le locuteur se retrouve contraint de recourir à des propositions désespérées impliquant des stratégies extrêmes d'argumentation.

2. *La stratégie désespérée des argumentations extrêmes*

194. Les cas extrêmes d'argumentations stratégiques correspondent aux situations dans lesquelles l'acteur vise la satisfaction d'une fin de manière désespérée. En ce sens, il ne dispose pas d'autres moyens que de formuler des intentions d'actions stratégiques de façon explicite en faisant valoir sa position comme unique force de persuasion. Dès lors, les arguments mobilisés ne reposent plus sur des éléments objectivement valides, mais cherchent plutôt à provoquer certaines impressions chez l'interlocuteur afin de l'inciter à produire une action allant dans le sens des intérêts de l'acteur.

195. Ainsi, un individu en position de faiblesse vis-à-vis des autres peut chercher à formuler des *promesses* pour espérer convaincre son auditoire des effets bénéfiques de l'action. Au contraire, un sujet en position de force est à même de préférer des *menaces* pour pousser à la réalisation de ses intentions. Dans ce qui va suivre, seront donc étudiées successivement les implications de ces deux formes d'argumentation stratégique.

a. La position de faiblesse, les promesses d'engagement futur

196. Dans son Essai de philosophie du langage, John R. Searle définit une promesse de la manière suivante : « *si un locuteur L prononce la phrase T en présence d'un auditeur A, T étant employée littéralement, L fait à A la promesse sincère et sans défaut p, si, et seulement si [neuf conditions] sont remplies* »⁴⁷.

⁴⁷ SEARLE, John R. *Les actes de langage - Essai de philosophie du langage*. Paris : Hermann, 1972. pp. 98 et suiv.

197. Un acte de langage est d'abord considéré comme une promesse, lorsque « *les conditions normales de départ et d'arrivée sont remplies* ». Cela implique que l'énoncé formulé *au départ* par le locuteur soit intelligible et que soient réunies *à l'arrivée* les conditions nécessaires à sa compréhension. Le fait que les participants à la discussion partagent le même langage est par exemple une condition essentielle de la communication.

198. Les deuxième et troisième conditions nécessaires à la formation d'une promesse tiennent en ce que « *L exprime la proposition que p en employant T* » et que « *dans l'expression p, L prédique à propos de A un acte futur C* ». La phrase T doit ici porter exclusivement sur l'énoncé d'une promesse, cette dernière se distinguant des autres formes d'assertions, par la prétention de réalisation d'une action en faveur de l'auditeur.

199. Cette caractéristique explique l'exigence posée par la quatrième condition selon laquelle « *A préférerait l'accomplissement de C par L à son non-accomplissement, et L pense que c'est le cas* ». Dans le cas d'une promesse, l'intention d'action affichée par le locuteur repose sur le postulat que l'auditeur présente un intérêt certain à ce que l'action proposée se réalise. Pour autant, Searle précise en cinquième lieu, qu'il « *n'est pas évident, ni pour L, ni pour A, que L serait conduit de toute façon à effectuer C* ». L'énonciation de la promesse est un acte volontaire qui n'a de sens que parce que le locuteur n'a pas d'autre moyen pour satisfaire ses intérêts ou, du moins, que les autres moyens potentiels permettant de les satisfaire sont trop contraignants.

200. La sixième condition est celle de la *sincérité* de l'action. En réalité, le fait que la proposition soit *réellement* sincère importe peu. L'enjeu, pour le locuteur est d'arriver à persuader l'auditeur de l'exécution future de la promesse. Cette exigence motive encore la condition suivante où « *l'intention de L est que l'énoncé de T le mette dans l'obligation d'effectuer C* ». La force de persuasion de la promesse tient au fait que l'auditeur considère qu'à travers cet énoncé, le locuteur prend l'engagement de réaliser l'action promise.

201. Avant de conclure, Searle pose comme huitième condition le fait que « *L [ait] l'intention i-I d'amener A à la connaissance K que l'énoncé T doit revenir à mettre L dans l'obligation d'effectuer C. L a l'intention de produire K par la reconnaissance de i-I, et son intention est que i-I soit connue en vertu (ou au moyen) de la connaissance qu'a A de la signification T* ». Pour être considéré comme une promesse, l'énoncé produit doit être suffisamment compréhensible pour ne laisser aucun doute à l'auditeur quant à l'intention d'action du locuteur.

202. Enfin, l'ultime condition précise que « les règles sémantiques de la langue parlée par L et A sont telles que T est employée correctement et sincèrement si, et seulement si [l'ensemble des autres conditions] sont réalisées ».

203. Afin d'illustrer le recours stratégique aux promesses pour faciliter le succès de certaines discussions constitutionnelles, on pourra convoquer l'exemple du projet de Charte de l'environnement. En 2002, le Président de la République sortant et candidat à sa réélection Jacques Chirac, fait campagne en formant la promesse de faire adopter, au cours de son second mandat, une loi constitutionnelle visant à reconnaître la valeur constitutionnelle de la protection de l'environnement⁴⁸. Dans cette perspective, le candidat Chirac annonce, lors d'un discours prononcé à Avranches le 18 mars 2002, son intention de « [proposer] *aux français d'inscrire le droit à l'environnement dans une Charte adossée à la Constitution [qui] rappellera les droits et les devoirs de chacun à l'égard de l'environnement, et vis-à-vis des générations futures* »⁴⁹.

204. À partir de la grille d'analyse désormais fournie par Searle, cette proposition peut alors être comprise comme une promesse. Celle-ci est intelligible et compréhensive, puisque formulée dans le cadre de la campagne présidentielle française. Elle énonce une prétention d'action en faveur des électeurs, celle de légiférer en cas de succès à l'issue de l'élection. Elle se fonde sur l'hypothèse que les électeurs éprouvent un intérêt pour la mesure, raison pour laquelle cette proposition figure dans le programme électoral, mais il aurait pu en être autrement dans un autre contexte. Elle semble sincère car elle est formée en cohérence avec les préoccupations du candidat. Sa concision est telle qu'elle engage réellement le locuteur à réaliser l'action. Enfin, s'il n'est pas expliqué en détail, l'énoncé sous-entend de manière évidente que la réalisation de la promesse passera par la promulgation d'une loi constitutionnelle sur le sujet.

b. La position de force, les menaces comme ultime recours

205. Les argumentations stratégiques fondées sur des menaces correspondent aux situations d'action où l'acteur n'est pas en mesure de justifier ses propositions langagières sur la base d'arguments rationnels, mais dispose toutefois du pouvoir nécessaire pour influencer l'issue des événements⁵⁰. Le caractère dissuasif de la menace est alors fonction de l'influence exercée par le sujet au sein de la discussion, ainsi que des règles de procédure qui déterminent son champ d'action.

⁴⁸ PRIEUR, Michel. Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2014, Vol. 2, n° 43, pp. 7-8.

⁴⁹ CHIRAC, Jacques. Discours de Jacques Chirac, candidat à la présidence de la République, le 18 mars 2002 à Avranches. *Revue juridique de l'environnement*. 2003, n° spécial. La charte constitutionnelle en débat, p. 92.

⁵⁰ ELSTER, Jon. L'usage stratégique de l'argumentation. *Op. cit.* p. 76.

206. En premier lieu, le degré d'influence de la proposition peut se mesurer aux effets d'intimidation produits sur le public. Cette intimidation peut d'abord être perçue sous sa forme *ilocutoire* en tant que crainte de la réalisation d'un énoncé. Il s'agit notamment des diverses formes de chantage exercées par une personne sur une autre pour satisfaire ses intérêts. Mais elle peut encore être analysée en prenant en compte le caractère *perlocutoire* de l'acte de langage. On appréhende alors non seulement les effets attendus de la potentialité d'action, mais aussi les conséquences implicites de sa réalisation.

207. En deuxième lieu, le caractère sérieux de la menace est interprété selon sa cohérence vis-à-vis des règles de procédure. L'énoncé apparaît ici d'autant plus crédible qu'il est prononcé par un acteur étant habilité pour le faire. La portée de l'action dépend ainsi de la relation hiérarchique ou du rapport d'autorité qui existe entre les membres de la discussion⁵¹.

208. Une illustration intéressante de recours à la menace pour influencer le cours des discussions constitutionnelles pourrait être trouvée dans l'allocution du Président de la République Charles de Gaulle dans les jours précédant le référendum concernant le *projet de loi relatif à la création de régions et à la rénovation du Sénat*. Ébranlé par les mouvements ouvriers et étudiants de mai 1968, en perte de confiance auprès de la bourgeoisie, le Président mise sur le succès de ce référendum pour renforcer son autorité et sa légitimité⁵². Afin d'accroître ses chances d'emporter l'assentiment populaire, le référendum prend une tournure plébiscitaire, et le 25 avril, De Gaulle décide à la télévision d'engager directement sa responsabilité : « *si je suis désavoué, dit-il, ma tâche actuelle de chef de l'État deviendra évidemment impossible et je cesserai aussitôt d'exercer mes fonctions* »⁵³. Pour Jean-Marie Denquin, la formule employée est bien celle d'une argumentation extrême, une menace de dernier recours⁵⁴. Dans les faits, rien n'obligeait De Gaulle à agir de la sorte, mais compte tenu de l'enjeu solennel du scrutin, la perspective d'un échec aurait dans ces circonstances pris la tournure d'un désaveu définitif de l'opinion publique, et le recours à la menace d'une démission constituait sans doute l'argument le plus convaincant pour espérer l'approbation de la révision.

209. Ainsi, les stratégies désespérées caractérisent les situations où le sujet s'engage sur des promesses ou profère des menaces afin de pousser les autres participants à la discussion à poursuivre les mêmes

⁵¹ En détournant quelque peu le célèbre exemple de John L. Austin, pourrait être imaginée la proposition suivante : « *si vous ne m'offrez pas de cadeau, vous ne serez pas mariés ici* ». Il est facile de comprendre les enjeux d'une telle menace formulée par l'officier d'état civil au moment de la signature d'un contrat de mariage dans sa commune. En revanche la même intimidation faite par tout autre membre de la mairie n'aura que peu (ou pas) d'influence sur le projet matrimonial. Cf. AMBROISE, Bruno. *Performativité et actes de parole*. HAL-SHS. 2009, p. 3. Archives ouvertes.

⁵² DUHAMEL, Alain. Le général de Gaulle et l'opinion. Dans : D'ORCIVAL, François, *Opinion publique et crise de la démocratie*. Paris : Presses Universitaires de France, 2019, p. 117.

⁵³ DE GAULLE, Charles. *Discours et messages/5. Vers le terme. Janvier 1966 - Avril 1969*. Vol. 5. Paris : Plon, 1970. pp. 405-406.

⁵⁴ DENQUIN, Jean-Marie. *1958 : la genèse de la Ve République*. Op. cit. pp. 311-312.

actions en finalité. De ce fait, elles se substituent souvent aux stratégies impartiales en présentant des contreparties plus séduisantes, ou plus contraignantes, visant à soutenir ou à dissuader la réalisation de certaines activités.

210. De manière plus générale, ces stratégies constituent donc une catégorie d'arguments orientés vers le succès qui se distinguent toutefois des propositions instrumentales, fondées sur l'expérience et le raisonnement, en ce qu'ils impliquent une coopération de l'ensemble des acteurs pour satisfaire une intention d'action. Mais ces deux formes d'argumentation ne servent cependant qu'un seul type d'intérêt : celui d'aboutir à l'accomplissement de certains objectifs pratiques. Cette téléologie du succès n'est pourtant pas la seule à justifier le recours à des propositions pragmatiques d'action. D'autres poursuivent encore des objectifs d'intercompréhension.

§ II. PROPOSITIONS AXIOLOGIQUES ET AFFECTUELLES D'UNE TÉLÉOLOGIE DE L'INTERCOMPRÉHENSION

211. Dans la perspective habermassienne, les actions orientées vers le succès et les actions d'intercompréhension constituent toutes deux des activités téléologiques visant à la satisfaction d'une fin donnée. L'origine de la distinction n'est donc pas à rechercher au niveau de la finalité de l'action, mais plutôt dans l'attitude des acteurs qui orientent les formes d'argumentation.

212. Dans les développements précédents, il a été démontré qu'au cours de son discours, un sujet peut d'abord invoquer des arguments techniques et stratégiques pour prétendre à la satisfaction de certains objectifs d'utilité. L'intercompréhension au contraire, se conçoit comme un *procès d'entente*, où chacun des protagonistes espère pouvoir exercer une influence sur les valeurs et les affects des autres participants à la discussion⁵⁵.

213. Pour mieux comprendre la logique inhérente aux objectifs poursuivis par l'approche intercompréhensive des actions en finalité, les éléments qui vont suivre entendront apporter plusieurs précisions quant à la nature des arguments axiologiques (A.) et affectuels (B.) mobilisés au cours de ce type de discussion.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel*/I... *Op. cit.* p. 296.

A. LES PROCÈS D'ENTENTE AXIOLOGIQUES, LES CONVICTIONS PRISES À PARTIE

214. Dans le sens donné par Max Weber, les actions d'intercompréhension reposant sur des objectifs axiologiques doivent être comprises comme des activités rationnelles en *valeur* où le sujet agit sous l'influence de ses convictions en restant indifférent aux conditions concrètes de réalisation⁵⁶. Édouard Mien prend en ce sens l'exemple d'un capitaine qui se refuserait à quitter son navire pendant un naufrage, la rationalité de son action n'étant plus à rechercher au regard de l'objectif pratique poursuivi, mais au caractère déshonorant d'abandonner le pont⁵⁷.

215. Une telle activité, explique Weber, « *consiste toujours [...] en une activité conforme à des "impératifs" ou à des "exigences" dont l'agent croit qu'ils lui sont imposés* »⁵⁸. Ces conditions inspirent à l'individu plusieurs types de commandements selon que ses convictions apparaissent dictées par « *le devoir, la dignité, la beauté, les directives religieuses, la piété ou la grandeur d'une cause* »⁵⁹. Toutefois, Weber ne distingue pas clairement lesquels de ces commandements se fondent sur des impératifs et lesquels sont établis à partir d'exigences.

216. Une précision de ces concepts peut néanmoins être trouvée chez J. Habermas qui considère que les décisions axiologiques sont relatives à une pratique de vie globale dont le sens ne peut être perçu qu'à partir d'une *clarification herméneutique* de la compréhension que l'individu a de lui-même et qui oriente les *questions cliniques* concernant le ratage ou la réussite de sa vie⁶⁰. À partir de cette définition, les commandements de nature impérative correspondraient aux *normes d'action objectives* guidant la conduite d'un individu, tandis que les exigences seraient relatives aux *critères subjectifs de comportement*.

217. Dès lors, il apparaît possible de proposer une forme de classification des différents commandements, selon que ceux-ci obéissent à des impératifs (1.) ou à des exigences (2.), et ainsi d'éclairer le sens des arguments pragmatiques invoqués pour les justifier.

1. Les impératifs comme normes objectives d'action

218. À l'automne 1996, l'Université Paris-Sorbonne réunissait, le temps d'un colloque, d'éminents chercheurs en sciences sociales autour de la question : *avons-nous encore de bonnes raisons de croire à*

⁵⁶ On retrouve ici le parallèle initial avec les conseils de la prudence formulés par Kant. Cf. COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. Retour sur les rationalités chez Max Weber. *Les champs de mars*. 2011, Vol. 2, n° 22, p. 24.

⁵⁷ MIEN, Édouard. Weber, la rationalité en valeur et en finalité. *Regards croisés sur l'économie*. 2018, Vol. 1, n° 22, p. 48.

⁵⁸ WEBER, Max. *Économie et société/1...* Op. cit. p. 56.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Op. cit. p. 102.

la raison dans le domaine des valeurs ? Raymond Boudon y fit une communication remarquée sur *La rationalité axiologique*.

219. Reprenant Weber, il distinguait la rationalité *instrumentale*, formée à partir de fins pratiques, de la rationalité *cognitive* établie à partir d'une représentation systématique du monde fondée sur des concepts « *de plus en plus précis et abstraits* »⁶¹. Une telle représentation se révèle alors être une *cause essentielle de croyances*, aussi bien descriptives que prescriptives, regroupées chez Weber sous la forme d'*impératifs*⁶².

220. Dans ce qui va suivre, seront donc étudiées les *directives religieuses* et la *grandeur d'une cause* comme formes possibles de croyances reposant sur une logique cognitive de rationalisation.

a. Les directives religieuses, formes spéculatives d'interprétation supra-mondaine

221. Weber, on le sait, a consacré la majeure partie de son œuvre à montrer que la religion avait eu une incidence certaine sur le processus de rationalisation des sociétés contemporaines. Dans ses travaux, il conçoit la spiritualité comme le moyen ultime et universel que se sont donné les hommes pour résoudre la question des injustices manifestes qui existent dans la société⁶³. Bien que diverses, chacune des réponses proposées mettent en étroite corrélation les aspects *ontiques* de la place des individus vis-à-vis des forces surnaturelles qui les gouvernent, et les aspects *normatifs* de leur conduite de vie personnelle.

222. Dans ses *Essais de sociologie des religions*, il classe les cultes religieux en deux grandes catégories. Dans les sociétés occidentales, domine d'abord la conception *supra-mondaine* d'un Dieu créateur situé dans l'au-delà. Le croyant se perçoit comme l'instrument d'une divinité supérieure dont il convient d'obtenir la grâce pour accéder au repos éternel⁶⁴. Dans les sociétés orientales, au contraire, le cosmos se conçoit de manière *immanente* comme un espace impersonnel, qui n'a pas été créé. Le croyant n'est plus un serviteur de la puissance divine mais un réceptacle du divin dont il peut prendre part⁶⁵.

⁶¹ BOUDON, Raymond. La rationalité axiologique. Dans : MESURE, Sylvie, *La rationalité des valeurs*. Paris : Presses Universitaires de France, 1998, p. 24.

⁶² Plus loin, R. Boudon ajoute encore : « *lorsque nous portons un jugement de valeur, celui-ci est fondé dans notre esprit, de manière consciente ou métaconsciente, "intuitive" ou explicite, sur un système de raisons, sur une "théorie" que nous percevons comme forte* ». Cf. *Ibid.* p. 29.

⁶³ J. Habermas parle d'interrogation commune à toutes les religions sur « *ce qui justifie le partage inégal des biens de ce monde entre les hommes* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 214.

⁶⁴ WEBER, Max. *Essais de sociologie des religions*. Vol. 1. Paris : A Die, 1992. pp. 83 et suiv.

⁶⁵ *Ibid.* pp. 71 et suiv.

223. Chacune de ces approches implique alors une certaine forme d'*interprétation spéculative* du monde qui influence les comportements des individus dans leur conduite de vie⁶⁶. La première perspective est celle d'une conception *dualiste* du monde qui oppose un *ici-bas* éphémère à un *au-delà* créateur. Les règles de comportement induites par une telle conception sont motivées par une conduite ascétique, orientée vers la rédemption. Les croyants sont invités à orienter leurs actions en vertu de règles morales pratiques auxquelles ils ne peuvent déroger, sous peine de ne pas trouver le *Salut*⁶⁷. La seconde interprétation, d'ordre *mystique*, correspond à une posture *contemplative* du monde. Dans ce cas, les sujets voient dans la réalisation des phénomènes physiques, l'expression de certaines puissances surnaturelles qu'il est nécessaire de satisfaire pour favoriser la réussite quotidienne de sa vie. Les actions mises en œuvre ne sont plus dictées par des exigences comportementales, mais par la nécessité impérieuse de prévenir ou de réparer les conséquences des manifestations divines⁶⁸.

224. Parmi les arguments spéculatifs fondés sur la religion pour influencer les débats sur les normes constitutionnelles, se retrouvent par exemple certaines des propositions formulées par les membres de la Convention constituante argentine lors de la prestation de serment organisée lors de la session inaugurale. Le 25 mai 1994 le Président provisoire de la Convention, l'ensemble des représentants ainsi que les membres du secrétariat sont donc invités à choisir parmi quatre formules pour s'engager à mener à bien la réforme de la Constitution. Deux d'entre elles reposent sur la présupposition supra-mondaine d'un Dieu garant des conduites humaines. Il est ainsi proposé aux conventionnels de jurer soit « *devant Dieu, la Patrie et les saints Évangiles* » (formule n°2), soit devant « *Dieu et la Patrie* » (formule n°3) d' « *occuper fidèlement la fonction de conventionnel et de travailler en conformité avec les prescriptions de la Constitution nationale* »⁶⁹[nous traduisons]. Dès lors, faire le choix de l'une de ces deux formules revient à présenter un argument se référant à une directive religieuse pour s'accorder avec les autres membres de la Convention sur l'intention de concourir au succès de la procédure d'amendement de la Constitution.

b. La grandeur d'une cause, orientation ascétique de la conduite de vie

225. Dans l'esprit de Weber, la grandeur d'une cause peut être perçue comme l'équivalent laïc des directives religieuses orientées vers le Salut⁷⁰. Le sujet fidèle à une cause se réalise dans l'adoption d'une posture sacrificielle visant l'atteinte d'un idéal qu'il considère comme juste. Ce sacrifice, se manifeste par

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 216.

⁶⁷ WEBER, Max. *Sociologie des religions*. 2^e éd. Paris : Gallimard, 2006. p. 364.

⁶⁸ *Ibid.* p. 434.

⁶⁹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 1^a Reunión - Sesión Preparatoria. *Diario de sesiones*. Paraná, 25 mai 1994, p. 20.

⁷⁰ La politique, en ce sens, peut s'avérer être « *une concurrente directe de l'éthique religieuse* ». Cf. SINTOMER, Yves. *La démocratie impossible? Politique et modernité chez Weber et Habermas*. Paris : La Découverte, 1999. pp. 124-125.

une forme de violence exercée à la fois contre lui-même et les membres du groupe fidèle à la cause, ainsi que sur les ennemis de l'action⁷¹.

226. Un tel comportement partage avec l'éthique religieuse de la rédemption, une forme d'abnégation du corps et de l'esprit pour satisfaire une conduite de vie compatible avec la poursuite de la cause. De la même manière que pour les religions de l'ascèse intramondaine, le sujet et les membres de son groupe s'auto-contraignent au respect de certaines exigences qu'ils estiment nécessaires pour tendre vers l'accomplissement de la cause. Cette violence s'exerce ensuite vers l'extérieur du groupe, soit en faisant usage de la force pour imposer un idéal de pensée, soit en ayant recours à la menace pour intimider les contradicteurs.

227. Pour Weber, le niveau de dévotion à la cause se mesure donc à la capacité globale du sujet de faire preuve de violence, non seulement à travers la conduite ascétique d'une vie ordonnée par la privation, mais encore par celle exercée à l'encontre des autres afin de les convaincre de la justesse des fins poursuivies⁷².

228. Certains des éléments de langage du discours prononcé par le général De Gaulle pour encourager à l'approbation, par voie référendaire, d'un projet de révision constitutionnelle de 1962 portant sur l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, font penser à ce type d'argument. La valeur de la Constitution et la souveraineté du peuple y sont mises en avant, de même que l'abnégation du chef de l'État, *guide de la France*, tout entier dévoué à la protection des institutions. Ainsi, afin de justifier la *responsabilité historique qui [lui] incombe* de faire approuver la révision, De Gaulle évoque le *désastre du conflit algérien et de l'opposition entre la nation et son armée*, désastre évité grâce à la *majorité immense* du Peuple souverain ayant fait le choix d'adopter une nouvelle Constitution visant à donner à l'État *une tête pour régler [...] les lourds problèmes devant lesquels venait de s'effondrer le régime de la décadence* »⁷³. Le ton prophétique et l'insistance sur la valeur de l'ouvrage constitutionnel servent alors de justification à un projet desservant selon lui, une cause plus grande que son propre discours.

⁷¹ « Le recours à la violence [...] en direction de l'extérieur, mais également vers l'intérieur, est au principe même de tout groupement politique. Plus même, c'est là ce qui en fait réellement, selon notre terminologie, un groupement politique ». Cf. WEBER, Max. *Sociologie des religions*. Op. cit. p. 425.

⁷² La figure du guerrier représente pour Weber, la quintessence de ce type de comportement : « par opposition à [la mort banale] tout simplement inévitable, la mort sur le champ de bataille se distingue par le fait qu'ici, et ici seulement avec ce caractère de masse, l'individu peut croire savoir qu'il meurt "pour" quelque chose. La mort qui l'attend – sa réalité même, sa raison et son but – peut lui apparaître tellement évidente que le problème du "sens" de la mort [...] n'a aucune raison de se poser ». Cf. Ibid. p. 427.

⁷³ DE GAULLE, Charles. *Discours et messages/4. Pour l'effort. Août 1962 - Décembre 1965*. Vol. 4. Paris : Plon, 1970. pp. 34-36.

229. Ainsi, les argumentations impératives se caractérisent, dans le cadre de procès d'entente axiologiques, par la croyance collective en certaines prescriptions d'ordre supérieur qui orientent les décisions des individus en fonction d'impératifs de comportement guidés par des exigences de rédemption ou visant la satisfaction d'une cause.

230. Bien que similaires, et souvent directement inspirés de divers impératifs d'action, les arguments fondés sur des exigences individuelles se distinguent des normes de comportement par leur caractère subjectif. Il convient donc d'en étudier la portée.

2. *Les exigences comme critères subjectifs de comportement*

231. De l'aveu de Weber lui-même, l'élaboration d'une classification complète des différents types d'actions langagières axiologiques n'apparaît ni utile, ni nécessaire, pour comprendre les dynamiques opérant au sein des échanges d'arguments portant sur des valeurs⁷⁴.

232. Aussi, les développements qui vont suivre ne prétendront pas à une étude exhaustive de la variété de ces *exigences* et se proposeront seulement d'examiner la portée de certaines d'entre elles dans le cadre des discussions pragmatiques. Seront donc étudiées successivement les exigences fondées sur le *devoir* et celles commandées par la *beauté*.

a. **Le devoir, auto-application rigoureuse d'une conduite de vie**

233. Dans un article publié en 2008 dans la revue du *Philosophoire*, Laurent Fedi présentait le *devoir* comme *une application à soi d'une conduite acquise en fonction des autres*. Il s'agit donc de comprendre à travers cette notion, le dépassement d'un simple commandement dicté par une norme, par une directive d'ordre supérieur, auto-appliquée par un individu, de manière réflexive par rapport aux ordres des autres. Citant Pierre Janet⁷⁵, L. Fedi prenait l'exemple du vieillard dans un bus qui demande à ce qu'on lui cède une place assise, et faisait remarquer que, dans un tel cas « *on lui obéit en référence à la morale mais c'est moins l'ordre donné par le vieillard qui est efficace, que l'ordre qu'on se donne à soi-même en fonction de valeurs inculquées au cours de l'éducation* »⁷⁶.

⁷⁴ WEBER, Max. *Économie et société/1... Op. cit.* p. 56.

⁷⁵ Déjà, dans ses travaux sur la *hiérarchie des conduites*, Pierre Janet avait semblé cerner ce phénomène. Il observait notamment que « *nous nous commandons à nous-mêmes d'obéir aux ordres des autres* », sans pour autant qu'il n'existe de norme supérieure autre que celle que nous nous imposons. Cf. JANET, Pierre. *L'amour et la haine - Notes de cours*. Paris : Éditions médicales Norbert Maloine, 1932. p. 103.

⁷⁶ FEDI, Laurent. Le devoir comme application à soi d'une conduite acquise en fonction des autres. *Le Philosophoire*. 2008, Vol. 2, n° 30, p. 46.

234. Ce type d'argument a certainement pu être mobilisé en Argentine à l'occasion des discussions de la Convention constituante concernant l'intention de rendre le suffrage obligatoire. Afin de justifier cette proposition, plusieurs conventionnels insistent en effet sur l'idée que le suffrage, en tant qu'instrument de légitimation des institutions et des décisions prises par les organes politiques, constitue un devoir auquel chaque citoyen doit se contraindre afin de préserver la démocratie. Ainsi en est-il par exemple de l'interprétation donnée par le conventionnel Horacio R. Rosatti qui considère le suffrage obligatoire comme une éthique de la solidarité en faveur de la démocratie⁷⁷, ou de celle du représentant à la Convention Pablo E. Martínez Sameck, pour qui le suffrage constitue non seulement un droit, mais aussi un *devoir inhérent à la condition de citoyen*⁷⁸.

235. Dans ces deux exemples, les membres de la Convention se réfèrent donc à leurs propres valeurs morales vis-à-vis de la démocratie et de la citoyenneté et cherchent à convaincre en se référant à un sens du devoir qu'ils espèrent commun aux partenaires de la discussion.

b. La beauté, considération esthétique des expériences sensibles

236. En 1904, Paul A. Souriau publiait *La beauté rationnelle*, ouvrage de référence dans lequel l'auteur faisait l'entreprise courageuse de réconcilier raison et esthétique. Anticipant les critiques sceptiques inhérentes à la relativité du concept, il prenait la décision pragmatique de déterminer certains critères généraux de comparaison susceptibles d'être confrontés au réel pour rendre compte de la cohérence des perceptions de chacun⁷⁹. En premier lieu, il qualifiait de *sensibles*, les formes de rationalisation de la beauté reposant sur des sensations telles que le bien-être (*esthétique des sensations internes*), l'audition (*esthétique de la sonorité*), la vision (*esthétique visuelle*), ou encore l'attrait physique (*instinct sexuel et sentiment du beau*). Venait ensuite la beauté *intellectuelle*, déterminée selon des critères de géométrie, d'organisation, de mouvement ou de pensée, puis, enfin, la beauté *morale* de l'expression, dans la nature, la musique, l'art, la morale et les êtres animés⁸⁰.

237. De nouveau ici, l'étude de certaines discussions constitutionnelles argentines permet de comprendre le sens des argumentations pragmatiques formées autour de justifications portant sur des critères de beauté. La question relative à la protection des communautés indigènes regroupe par exemple certains arguments de cet ordre. Le discours prononcé en ce sens par María C. Figueroa, la représentante

⁷⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 33^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 18 août 1994, p. 4519.

⁷⁸ *Ibid.* p. 4481.

⁷⁹ SOURIAU, Paul. *La beauté rationnelle*. Paris : Felix Alcan, 1904. p. 79.

⁸⁰ La présente définition s'appuie sur la structure générale de l'ouvrage. Chaque point abordé fait en réalité référence à un chapitre développé par l'auteur. Pour des raisons évidentes de concision, ces éléments de définition ne pourront être développés dans la présente étude. Cf. *Ibid.* pp. 509-510.

à la Convention pour la province de Salta, est à ce titre particulièrement éloquent. La discussion consiste à appuyer le vote du septième alinéa de l'article 75 de la Constitution reconnaissant la *préexistence ethnique et culturelle des peuples indigènes argentins* et plusieurs droits spécifiques relatifs à leur protection⁸¹. Pour défendre la mesure, M. C. Figueroa met en avant la nécessité de renforcer la connaissance des *coutumes*, des *traditions*, des *croyances*, de *l'art* et de *l'organisation sociale* des communautés indigènes de manière à valoriser leurs idiosyncrasies respectives et à contribuer ainsi à une plus grande tolérance de la société envers ces communautés⁸². Par cette approche, M. C. Figueroa formule donc non seulement une proposition axiologique fondée sur le devoir, mais s'appuie aussi sur des considérations esthétiques visant à sensibiliser ses interlocuteurs de l'importance de préserver les spécificités culturelles et sociales des peuples indigènes présents sur le territoire argentin.

238. Ainsi, les procès d'entente axiologiques se caractérisent par des normes d'action objectives qui dictent des impératifs d'action et des exigences individuelles guidant certains comportements. Ces deux formes de règles de conduite tendent à la formation de propositions langagières visant un partage mutuel des valeurs chères aux participants de la discussion.

239. Mais cette téléologie de l'intercompréhension ne se conçoit pas à travers cette seule forme de procès. Une autre manière de la concevoir passe par la communication des désirs et des émotions.

B. LES PROCÈS D'ENTENTE AFFECTUELS, DÉSIRS ET ÉMOTIONS EN ÉMULATION

240. Au sens entendu par Weber, « agit de manière affectuelle celui qui cherche à satisfaire le besoin d'une vengeance actuelle, d'une jouissance actuelle, d'un dévouement actuel, d'une félicité contemplative actuelle, ou encore celui qui cherche à se débarrasser d'une excitation actuelle »⁸³.

241. Partant de cette définition, J. Habermas relève deux formes de procès d'entente affectuels susceptibles de se former au cours de la discussion. D'abord, les actions d'intercompréhension fondées sur des objectifs *affectifs*, peuvent viser la satisfaction de *désirs*, compris comme *besoins actuels* par la terminologie wébérienne. Par ailleurs, de telles activités peuvent aussi chercher à satisfaire des *affects*, identifiés comme *excitations actuelles* dans les pages d'*Économie et société*⁸⁴.

⁸¹ Cf. *Supra*. n°1066.

⁸² CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 11 août 1994, p. 4086.

⁸³ WEBER, Max. *Économie et société*/I... *Op. cit.* p. 56.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel*/I... *Op. cit.* p. 290.

242. Dans les prochains développements, seront donc étudiées ces deux idées pour éclairer la nature des arguments rationnels formés à partir de telles expressions.

1. *L'émulation des désirs vers la satisfaction des besoins actuels*

243. En 2013, Marcel Conche publie dans la *Revue philosophique de France et de l'étranger*, un article consacré au lien entre droit naturel et droit positif selon la philosophie épicurienne. Il y développe l'idée selon laquelle, certaines des maximes d'Épicure serviraient une conception du droit organisée autour de la régulation des désirs humains.

244. Dans sa *Lettre à Ménécée*, Épicure considère en effet la distinction entre désirs *naturels* et désirs *vains*⁸⁵. Les premiers sont soit *nécessaires*, et répondent aux besoins naturels de santé du corps et de l'âme, et de bonheur, soit *naturels seulement*, et consistent en la recherche raisonnable des plaisirs. Les seconds, au contraire, fixent des objectifs irréalisables dont l'impossible satisfaction rend leur poursuite vaine et dangereuse.

245. Cette approche renforce alors l'intuition wébérienne de l'existence de propositions langagières d'action visant à la satisfaction de certains désirs. Il convient désormais d'en étudier la portée.

a. Les désirs naturels, besoins raisonnables de tranquillité du corps et de l'esprit

246. Il n'est pas certain que par *besoin actuel*, Weber ait voulu faire référence au désir abstrait que constitue l'eudémonisme. Sans doute, une première approche des textes d'Épicure serait plus prompte à considérer l'hédonisme au seul rang de ce type de besoin. Mais il semble toutefois que la satisfaction de besoins naturels *nécessaires* passe aussi par certains besoins pratiques de santé du corps et de l'esprit. C'est donc pour cela, que les deux catégories seront ici examinées conjointement.

247. D'abord, concernant la recherche du bonheur, la philosophie épicurienne considère qu'« une théorie non erronée des désirs doit rapporter tout choix et toute aversion à la santé du corps et à l'ataraxie de l'âme, puisque c'est là la perfection même de la vie heureuse. Car nous faisons tout pour éviter la douleur physique et le trouble de l'âme »⁸⁶. Un tel comportement, implique en premier lieu la satisfaction de besoins considérés comme indispensables à la conduite de vie bonne, tels que les désirs de la nourriture,

⁸⁵ « Il faut se rendre compte que parmi nos désirs les uns sont naturels, les autres vains, et que, parmi les désirs naturels, les uns sont nécessaires et les autres naturels seulement. Parmi les désirs nécessaires, les uns sont nécessaires pour le bonheur, les autres pour la tranquillité du corps, les autres pour la vie même ». Cf. ÉPICURE. *Épicure - Lettres, maximes et autres textes*. Paris : Flammarion, 2011. p. 99.

⁸⁶ *Ibid.* pp. 99-100.

du vêtement, de l'abri, de la philosophie et de l'amitié⁸⁷. Concernant ensuite la satisfaction des plaisirs, santé du corps et ataraxie de l'âme peuvent être améliorées par d'autres désirs qui, bien que non nécessaires, peuvent contribuer à l'atteinte du bonheur. Ainsi, les plaisirs sexuels, les désirs esthétiques, ou ceux de l'ivresse, ne sont pas compris comme de vains désirs lorsque, satisfaits de manière raisonnable, ils participent à la félicité de l'être⁸⁸.

248. Dans le cadre des discussions constitutionnelles poursuivant une logique d'intercompréhension se retrouvent parfois certains arguments pragmatiques portés sur la satisfaction des désirs naturels. En Argentine par exemple, de telles justifications furent notamment mobilisés en 1949 à l'occasion de l'inclusion dans la Constitution de nouveaux droits sociaux sous l'impulsion du Président de la Nation Juan Domingo Perón. L'ambition du constituant était alors de faire figurer, à l'article 37 un ensemble de dispositions nouvelles visant à inscrire dans la Constitution les droits à l'éducation et à la culture, mais aussi les droits de la famille, des personnes âgées, et des travailleurs. À ce titre, le représentant de la majorité Rodolfo G. Valenzuela avait soutenu le vote de l'article en insistant sur l'aspect essentiel des droits sociaux pour concourir « *au perfectionnement de sa vie, à son bien-être, à la stabilité dans son travail [et] à la satisfaction des problèmes de son existence* »⁸⁹. Par cet argument, le représentant Valenzuela met ainsi en exergue certains besoins vitaux relatifs au bien-être ou aux conditions d'existence, et justifie donc, sur la base de ces désirs naturels, le vote d'une réforme destinée à favoriser leur réalisation.

b. Les désirs vains, œuvre insensée de l'inimitié philosophique

249. Lorsqu'il s'attache à faire la critique de la conception du Droit selon Épicure, Marcel Conche ne manque pas de distinguer les lois dictées par les désirs naturels, de celles commandées par les désirs vains. Aux premières, correspond un droit dont l'unique objet consiste à réguler l'accès des membres de la société à *tout ce qui est naturel* pour faciliter la recherche de bonheur et de plaisir raisonnable de chacun, de sorte que le désir d'avoir ce que possèdent les autres n'existe pas⁹⁰. Mais, une telle conduite de vie n'est toutefois possible que dans une société idéale où règne *l'amitié philosophique*⁹¹. Dans les sociétés complexes au contraire, la plupart des lois du *droit positif* ne visent pas à satisfaire les désirs naturels, mais les désirs vains. M. Conche précise en ce sens que, dans la philosophie d'Épicure, « *le droit positif*

⁸⁷ CONCHE, Marcel. Droit naturel et droit positif selon Épicure. *Revue philosophique de la France et de l'étranger*. 2013, Vol. 4, n° 138, p. 554.

⁸⁸ ÉPICURE. *Épicure – Lettres...* Op. cit. p. 101.

⁸⁹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 7a Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 8 mars 1949, p. 312.

⁹⁰ « *Le juste selon la nature est la contremarque de l'utilité que nous trouvons à ne pas nous faire de torts réciproques ni en subir* ». Cf. ÉPICURE. *Épicure – Lettres...* Op. cit. p. 111.

⁹¹ C'est là le sens donné au *jardin d'Épicure*, considéré comme le seul lieu réunissant les conditions suffisantes pour permettre la bonne santé et la tranquillité d'esprit de tous. Cf. CONCHE, Marcel. Op. cit. p. 550.

*comprend deux parties. L'on y trouve des lois et coutumes conformes au droit naturel, mais aussi toutes sortes de lois et règlements (touchant l'argent et les biens, la richesse, ou le pouvoir et les pouvoirs, ou les honneurs, bref tous les objets des "vains désirs") qui sont l'œuvre des insensés »*⁹².

250. L'idée de perte de sens évoquée par M. Conche est ici intéressante en ce qu'elle fait référence à l'abstraction du but poursuivi par les désirs vains, qui contraste avec les besoins naturels de plaisir et de bonheur. Manger à sa faim, dormir sous un abri, goûter à l'ivresse ou pouvoir se vêtir correctement, sont en effets des désirs concrets dont le niveau de rationalité est évalué en fonction de la réalisation de l'action destinée à les contenter. Par contre, l'accumulation des richesses, la recherche des honneurs, ou la soif de pouvoir constituent des désirs insatiables et irrationnels dont il est vain d'espérer l'assouvissement⁹³.

251. Lors de procès d'entente portant sur la satisfaction de besoins actuels, il n'est pas rare qu'un locuteur cherche à convaincre son auditoire de l'intérêt d'accéder à certains vains désirs. Compte tenu de la nature *insensée* d'un tel vœu, en comparaison avec les besoins naturels concrets, la plupart des arguments mobilisés en ce sens prennent la forme de déclarations stratégiques visant à dissimuler ou à minimiser les conséquences de l'intention d'action. Mais il existe cependant certaines hypothèses, où les désirs vains sont convoqués soit pour appuyer soit pour dénoncer l'intention de vote d'une disposition normative.

252. L'examen des discussions constitutionnelles concernant la révision de la Constitution française en vue de la ratification du traité de Lisbonne apporte en ce sens une illustration intéressante. Le 15 janvier 2008, au cours de la première session plénière de l'Assemblée nationale portant sur cette révision, les députés communistes Alain Bocquet et André Guérin avaient par exemple fustigé le vote de la loi constitutionnelle en fondant leurs arguments sur la critique du désir vain de la recherche d'argent. Le premier ne voyait dans cette initiative qu'une manière de renforcer la *suprématie de l'argent et de la Bourse* et une *fuite en avant dans l'Europe de l'argent roi*, tandis que le second dénonçait le gouvernement des *forces de l'argent*⁹⁴. Tous deux, on le voit, utilisent donc la même rhétorique pour tenter de décourager l'intention de réviser la Constitution autorisant la ratification du traité de Lisbonne. Leur argumentation

⁹² *Ibid.* p. 553.

⁹³ M. Conche prend ici l'exemple de paysans qui cultivent la terre et de commerçants qui disposent du pouvoir politique. Les paysans vivent de l'agriculture, d'une part pour satisfaire leurs besoins de nourriture, et d'autre part pour pouvoir disposer, à travers leurs récoltes, de la valeur d'échange nécessaire à la satisfaction d'autres besoins, comme ceux de se loger ou de s'habiller décentement. Ces derniers sont animés par un désirs naturel d'accès au bonheur. En revanche, dotés du pouvoir de gouverner, les commerçants peuvent nourrir de vains désirs de richesse, en décidant, par exemple, de taxer les productions agricoles pour augmenter leurs gains. *Cf. Ibid.* p. 555.

⁹⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIIe Législature - Session ordinaire 2007-2008 - 98e séance - 2e séance du mardi 15 janvier 2008 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Janvier 2008, Vol. 2, n° 4, pp. 201, 205.

échouera mais montre cependant que les désirs vains peuvent être instrumentalisés pour appuyer ou au contraire dissuader la prise en compte de certaines propositions d'action.

253. Ainsi, l'intercompréhension affectuelle s'entend d'abord comme la présentation de propositions d'action visant la satisfaction de besoins actuels entendus comme désirs vains ou naturels. À cette première forme d'affect, s'ajoutent encore les émotions qui motivent également la formation de prétentions langagières pragmatiques.

2. *L'émulation des émotions vers l'assouvissement des excitations actuelles*

254. Dans son ouvrage sur *Émotions et valeurs*, Christine Tappolet rappelle l'opposition traditionnelle de la doctrine concernant la compréhension de la relation entre morale et émotions. Une première position, d'ordre *homéostatique*, ou phénoménologique, consiste d'abord à considérer l'incompatibilité de ces deux concepts en refusant de comprendre la réaction émotionnelle à un événement comme le corollaire d'une valeur morale apprise au préalable. Une seconde perspective, adopte le point de vue exactement inverse en estimant que l'émotion suscitée par une stimulation extérieure se trouve déterminée par les jugements moraux et les croyances admises par le sujet. On parle alors de conception *cognitivo-conative*⁹⁵.

255. Loin de vouloir abonder dans le sens de l'une ou l'autre de ces analyses, l'auteure s'attache plutôt à démontrer les faiblesses de chaque approche pour finir par préférer la complémentarité des deux positions pour comprendre le processus émotionnel dans sa globalité. Dès lors, l'étude successive de ces conceptions, permettra de saisir l'ensemble des incidences émotionnelles capables d'influer sur le processus discursif, en particulier lors des échanges d'arguments normatifs.

a. **Les émotions homéostatiques, forme somatisée des excitations**

256. Pour le neurologue António R. Damásio, tout individu est doté dès la naissance de *mécanismes neuraux* permettant une réaction adaptée du corps à certaines stimulations extérieures⁹⁶. Ces *marqueurs somatiques* ont la particularité d'être innés chez les personnes dotées d'un *cerveau normal*⁹⁷. Ils agissent de manière homéostatique, en permettant l'expression d'une émotion particulière qui, dans le cas d'une

⁹⁵ TAPPOLET, Christine. *Émotions et valeurs*. Paris : Presses Universitaires de France, 2000. p. 192.

⁹⁶ DAMÁSIO, António R. *L'erreur de Descartes - La raison des émotions*. 2^e éd. Paris : Odile Jacob, 2001. p. 245.

⁹⁷ Sont exclus les sujets psychopathes ou sociopathes, caractérisés par une résistance pathologique aux stimulations émotionnelles, et incapables de réagir correctement à leur environnement.

interaction sociale, aura pour fonction l'augmentation des plaisirs et la diminution des peines du sujet assurant l'équilibre des fonctions biologiques de survie de l'organisme⁹⁸.

257. Ainsi, un jeune enfant comprendra par empathie la détresse de ses parents confrontés à un malheur. Il éprouvera de l'agacement à ne pas être nourri, ou de l'inconfort en attendant d'être changé. La manifestation de ses émotions permettra de communiquer certaines humeurs susceptibles d'être interprétées par son entourage afin d'apporter une réponse adaptée à sa sensation de déplaisir⁹⁹.

258. L'initiative du récent débat ouvert en France autour de la constitutionnalisation du droit à l'interruption volontaire de grossesse permet d'apporter une illustration intéressante de l'influence des émotions homéostatiques dans le débat constitutionnel. On rappellera ici quelques éléments de contexte. Le 24 juin 2022, l'arrêt *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* rendu par la Cour suprême des États-Unis levait l'interdiction faite aux États fédérés de réguler ou de prohiber l'avortement¹⁰⁰. De nombreuses lois entraient alors en vigueur ou étaient élaborées par les États les plus conservateurs afin de rétablir cette interdiction¹⁰¹. Face au scandale et à l'émotion générés par cette décision sur l'opinion publique de certains pays occidentaux, les sénateurs de la Nouvelle Union Populaire Écologique et Sociale emmenés par Mélanie Vogel puis les députés des groupes Renaissance et apparentés représentés par Aurore Bergé et Marie-Pierre Rixain déposaient deux propositions de *loi constitutionnelle visant à garantir le droit à l'interruption volontaire de grossesse*. Les deux textes, similaires dans leur rédaction, partagent la même ambition : inscrire ce droit dans la Constitution afin de mieux protéger la liberté des femmes de recourir à l'avortement en décourageant tout projet d'abrogation législative. Par ailleurs, tous deux reposent sur une même justification : l'émotion produite par la jurisprudence étatsunienne de juin 2022 et l'importance de prévenir en France, tout revirement analogue. Ainsi, les sénateurs justifiaient-ils la mesure en rappelant la *fragilité* du droit des femmes et des minorités sexuelles et de genre régulièrement remis en cause, non seulement aux États-Unis, mais aussi en Europe, avec d'importantes régressions ou

⁹⁸ DAMÁSIO, António R. *Ibid.* p. 247.

⁹⁹ CRAIG, A.D. (Bud). A new view of pain as a homeostatic emotion. *Trends in neurosciences*. 2003, Vol. 26, n° 6, p. 303.

¹⁰⁰ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Thomas E. Dobbs, State health officer of the Mississippi department of health, et al., Petitioners v. Jackson women's health organization, et al. n°19-1392*. Washington, D.C. : Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2022. p. 79.

¹⁰¹ Dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé pour constitutionnaliser l'avortement, Aurore Bergé et Marie-Pierre Rixain rapportent que treize États fédérés se trouvaient déjà dotés de lois permettant de prohiber l'interruption volontaire de grossesse dès l'annonce de la levée de l'interdiction par la Cour suprême des États-Unis. Cf. BERGÉ, Aurore et RIXAIN, Marie-Pierre. *Proposition de loi constitutionnelle visant à garantir le droit à l'interruption volontaire de grossesse, présentée par Mesdames et Messieurs Aurore Bergé, Marie-Pierre Rixain et les membres du groupe Renaissance et apparentés, députés*. Proposition de loi constitutionnelle n°340 rectifié. Paris : Assemblée nationale, 13 octobre 2022. p. 3.

tentatives de régression en Pologne (2020) et en Espagne (2014)¹⁰². Les députés quant à eux mirent en avant le *retour en arrière insupportable* pour les femmes étasuniennes et la nécessité de se prémunir contre une dérive similaire au moment où les dirigeants de certains États voisins considèrent l'avortement comme « *un crime contre la race* » (Italie), recommandent d'imposer aux femmes d'écouter les battements de cœur du fœtus avant d'avorter (Hongrie), ou demandent d'attester d'un viol ou d'un danger pour la femme souhaitant y recourir (Pologne)¹⁰³.

259. Ces arguments se fondent ainsi sur des émotions homéostatiques dans la mesure où ils interviennent dans un contexte déterminé pour surmonter la peur exprimée par certains députés de voir disparaître le droit fondamental de l'interruption volontaire de grossesse.

b. Les émotions cognitivo-conatives, forme socialisée des excitations

260. À la différence des émotions homéostatiques, produites de manière instinctive en réponse à des stimulations primaires, les émotions cognitivo-conatives correspondent à une réaction préalablement intériorisée par l'individu. Différents types de facteurs peuvent alors venir influencer le comportement du sujet. A. R. Damásio qualifie de *circonstances externes*, « *les entités, l'environnement physique et les événements avec lesquels les individus doivent interagir ; la gamme des actions envisageables ; les conséquences futures possibles de ces actions ; et les punitions ou les récompenses qui accompagnent les actions choisies, aussi bien immédiatement que dans un temps ultérieur* »¹⁰⁴. L'influence de tous ces éléments au cours de la vie contribuerait ainsi à façonner l'expérience individuelle du sujet pour le conduire à former une réponse émotionnelle complexe et adaptée à son environnement¹⁰⁵.

261. Dans les débats sur les normes, ces émotions cognitivo-conatives sont souvent consubstantielles aux traumatismes vécus collectivement par les partenaires de la discussion et donc capables d'influencer l'issue du débat. De nouveau, l'histoire récente de la dictature argentine permet de mettre en lumière certains arguments fondés sur ces émotions. Le discours du représentant à la Convention pour la province de Corrientes Ángel Francisco Pardo en apporte une bonne illustration. Fustigeant les réticences à l'adoption des traités internationaux de protection des libertés individuelles, Á. F. Pardo avait alors

¹⁰² VOGEL, Mélanie et al. *Proposition de loi constitutionnelle visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception présentée par Mmes Mélanie Vogel, et al. Sénatrices et sénateurs*. Proposition de loi constitutionnelle n°872. Paris : Sénat, 2022. p. 3.

¹⁰³ BERGÉ, Aurore et RIXAIN, Marie-Pierre. *Proposition de loi constitutionnelle visant à garantir le droit à l'interruption volontaire de grossesse... Op. cit.* p. 3.

¹⁰⁴ DAMÁSIO, António R. *L'erreur de Descartes... Op. cit.* p. 247.

¹⁰⁵ À titre d'exemple, il faut ici imaginer une personne ayant, dans sa jeunesse, fait la douloureuse expérience d'avoir été mordue par un chien qu'elle avait l'habitude de caresser. Sans doute, ce traumatisme conduira à une forme de réticence de celle-ci à faire preuve d'affection envers ce type d'animal. De même, un individu faisant preuve d'une grande empathie à l'égard d'un autre après la survenance d'un événement malheureux, pourra agir ainsi en espérant s'attirer certaines faveurs futures.

reproché aux conventionnels opposés à la mesure d'oublier les tortures et les traitements cruels, subis par les prisonniers victimes de la répression d'État, et de négliger les exécutions sommaires de responsables politiques au nom de la prétendue lutte contre les activités subversives et le terrorisme d'État¹⁰⁶.

262. Dans un contexte différent, l'argument pourrait être confondu avec une justification reposant sur l'expérience d'un représentant politique ayant été témoin des tristes événements associés au coup d'État argentin de 1976. Dans ce cas précis cependant, la présence d'une assemblée elle-même témoin privilégié des exactions commises durant la dictature rend ce discours assimilable à une argumentation fondée sur une émotion cognitivo-conative visant à emporter l'adhésion des auditeurs à partir du souvenir d'une expérience traumatique commune.

263. Avec cela, s'achève donc l'étude des procès d'entente affectuels orientés vers l'intercompréhension entre les sujets d'une discussion, et plus largement, l'analyse des propositions téléologiques d'organisation des normes constitutionnelles d'action.

264. Conclusion de section. Les discussions normatives pragmatiques reposent sur une double logique de formulation de propositions d'action et d'examen de validité des prétentions langagières.

265. Cette première section a ainsi permis d'analyser le spectre des arguments susceptibles d'être mobilisés au cours d'une discussion sur l'élaboration d'une norme. Une première forme de justification peut être identifiée à travers les propositions d'action poursuivant une finalité de succès, les partenaires de la discussion étant alors amenés à échanger des prétentions de nature instrumentale ou stratégique pour espérer la réalisation de certains objectifs pratiques. Une seconde catégorie nourrit par ailleurs les débats normatifs prenant la forme de procès d'entente motivés par une logique de partage mutuel de certaines valeurs ou affects entre les interlocuteurs.

266. Toutefois, une telle analyse ne permet pas encore d'expliquer comment la validité d'un argument avancé par un locuteur peut être appréhendée par l'auditeur qui reçoit l'information. Cet examen fera l'objet de la seconde partie de ce chapitre.

¹⁰⁶ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2907.

SECTION 2. L'EXAMEN DES PRÉTENTIONS LANGAGIÈRES, UNE EXIGENCE DE VALIDITÉ GAGE DE RATIONALITÉ

267. Qu'elle soit ordinaire ou portée sur les normes, toute discussion pragmatique consiste en un échange rationnel de propositions entre un locuteur et son auditeur dans le but de parvenir à un accord sur des moyens d'action. Une fois la proposition d'action formée par le locuteur, l'information est appréhendée par l'auditeur qui examine la prétention à la validité de l'énoncé. J. Habermas précise ainsi qu'une « *prétention à la validité équivaut à l'affirmation que les conditions pour la validité d'une expression sont remplies. Peu importe que la prétention à la validité élevée par le locuteur soit implicite ou explicite ; l'auditeur n'a que le choix de l'accepter, de la refuser ou de la suspendre provisoirement. Les réactions permises sont soit des prises de position par oui/non, soit des abstentions* »¹⁰⁷.

268. Dans le cadre d'un échange coordonné d'arguments rationnels, l'approche de J. Habermas consiste à considérer les conditions de validité en fonction des qualités sémiotiques des actes de langage. Depuis Charles Morris¹⁰⁸, la *sémiotique* se comprend selon trois dimensions d'ordre *sémantique*, *syntactique*, et *pragmatique*. Le domaine *sémantique* correspond à la relation des signes aux objets auxquels ils sont applicables, et celui de la *syntaxe* à la relation formelle des signes entre eux. La dimension *pragmatique* quant à elle, s'intéresse à la relation entre les signes et les interprètes¹⁰⁹. Au cours de la discussion, cette triple distinction oriente l'auditeur dans son examen de la validité des arguments émis par le locuteur¹¹⁰.

269. Mais un problème se pose cependant : la validité de la proposition langagière se trouve toujours ontologiquement déterminée en fonction d'une intention d'action, de sorte qu'un argument proposé ne sera pas perçu par l'auditeur avec la même légitimité s'il relève de la simple conviction du locuteur ou d'une forme objective de pensée. Pour comprendre ce phénomène, J. Habermas s'en remet à la célèbre théorie des trois mondes de Karl Popper. Ce dernier opère une distinction entre le *monde objectif* des états physiques des choses existantes, le *monde social* du sujet agissant en fonction de certaines normes

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 54.

¹⁰⁸ L'article original dans lequel l'auteur procède à la distinction des différents domaines de la sémiotique fut publié en 1938 dans la revue *International Encyclopedia of Unified Science*. Cf. MORRIS, Charles W. *Foundations of the theory of signs. International encyclopedia of unified science*. 1938, Vol. 1, n° 2, pp. 1-59.

¹⁰⁹ MORRIS, Charles W. *Fondements de la théorie des signes. Langages*. 1974, Vol. 35, p. 17. Ces dimensions, et particulièrement l'application qui en a été faite par J. Habermas, ont par ailleurs été longuement discutées par Pere Fabra. Cf. FABRA, Pere. *Habermas : lenguaje razón y verdad - Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*. Madrid : Marcial Pons, 2008. pp. 369-370.

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 55.

d'action, et le *monde subjectif* des pensées possibles¹¹¹. Dès lors, toute discussion visant la formation rationnelle d'une volonté commune implique de recourir à des arguments formulés en référence à *au moins un* de ces trois mondes.

270. Toutefois, comme le rappelle J. Habermas, « seul [le monde objectif], peut être compris comme corrélat de la totalité des énoncés vrais ; seul ce concept conserve la signification ontologique au sens strict d'un ensemble d'entités »¹¹². Rejoignant Weber¹¹³, il considère en ce sens que le passage du monde objectif au monde social, puis du monde social au monde subjectif, correspond à un rétrécissement progressif de la conscience du sujet agissant ne permettant pas de placer sur le même plan tous les types d'activités médiatisées par le langage¹¹⁴. Il devient alors possible d'opérer une classification des différentes formes d'arguments selon que ceux-ci se fondent sur une vision objective, sociale ou subjective du monde¹¹⁵.

271. Pour comprendre la portée des différents tests de validité applicables au cours d'une discussion, l'objet de cette seconde section sera donc d'analyser, suivant l'ordre de rationalité des arguments, l'ensemble des prétentions contenues dans les propositions langagières évoquées jusqu'à présent. Dans cette dynamique, un premier développement sera porté sur la validité des arguments établis à partir du monde objectif (I.), tandis qu'un second analysera les énoncés formés à partir du monde social et du monde subjectif (II.).

§ I. PRÉTENTIONS DE VÉRITÉ ET D'EFFICACITÉ DES ÉNONCÉS OBJECTIFS

272. Dans la pensée de J. Habermas, le *monde objectif* inspire les propositions téléologiques d'actions orientées vers le succès. Dans la section précédente, il a été démontré que les conditions du succès de l'activité sociale peuvent dépendre soit de la technique, soit de la stratégie adoptée par le sujet pour

¹¹¹ POPPER, Karl. *La connaissance objective*. Paris : Aubier, 1991. p. 247.

¹¹² HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 100.

¹¹³ Pour sa part, Weber parle de glissement de l'éthique de la responsabilité à l'éthique de la conviction, selon le degré d'intelligibilité des déterminants de l'action sociale. Cf. COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. Retour sur les rationalités chez Max Weber. *Op. cit.* p. 23.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 292.

¹¹⁵ À titre d'exemple, on peut imaginer la discussion entre le gérant d'un café et un client qui fume à l'intérieur de son établissement. Le premier formule la proposition suivante : « *vous ne pouvez pas fumer ici car la loi l'interdit* ». Le second rétorque : « *je peux fumer ici car cela me fait plaisir* ». Chacun des énoncés est ici valide, le premier car il existe effectivement une loi prohibant le fait de fumer à l'intérieur d'un espace public, le second car il est vrai que fumer peut procurer du plaisir à certains. Toutefois, le degré de rationalité varie d'une proposition à une autre. Dans le premier cas, la loi constitue un fait objectif connu de tous. Dans le second, le plaisir procuré par la sensation de fumer relève d'un fait subjectif. Il n'est absolument pas certain que le patron et les clients adhèrent à cette proposition.

parvenir à ses fins. Le locuteur cherche ainsi à justifier ses intentions par son expérience ou ses calculs, ou à convaincre son interlocuteur par des menaces, des promesses, ou des arguments impartiaux.

273. Confronté à ces propositions, l'auditeur réalise alors un test de validité en évaluant, selon les cas, la *vérité* des énoncés constatifs de la technique (A.), ou l'*efficacité* des énoncés stratégiques (B.)¹¹⁶.

A. L'APPRÉHENSION DES ÉNONCÉS CONSTATIFS, LA VÉRITÉ EN QUESTION

274. Figurent au rang des énoncés constatifs, l'ensemble des *pronostics* pour lesquels un locuteur forme une proposition langagière en se basant sur les résultats de données empiriques, déterminés à partir du calcul ou de l'expérience¹¹⁷. L'auditeur qui assimile l'information doit alors examiner le degré de vérité de l'acte de langage au regard de l'ensemble des caractéristiques sémiotiques de l'énoncé¹¹⁸.

275. L'objet de ce premier paragraphe sera donc d'appréhender, tant pour les pronostics fondés sur l'expérience (1.), que pour ceux du calcul et du raisonnement (2.), les critères permettant d'attester de la vérité de chaque proposition.

1. *Interprétation causale des pronostics de l'expérience*

276. En suivant Weber, un pronostic justifié par l'expérience du locuteur au cours de la discussion correspond à un *savoir nomologique* évaluable en fonction du lien de causalité existant entre le problème posé, le sujet, et la proposition d'action visant à le résoudre¹¹⁹. L'explication causale résultant de l'observation méthodique du lien existant entre la survenance d'un événement et la réaction produite pour le maîtriser, permettrait ainsi de dégager certaines règles générales de l'expérience applicables à chaque occurrence d'un même objectif d'action¹²⁰.

277. Ainsi, pour Weber, « une interprétation causale juste d'une activité concrète signifie que le déroulement extérieur et le motif sont reconnus comme se rapportant l'un à l'autre et compréhensibles

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 337.

¹¹⁷ Bernard Williams évoque en ce sens l'existence d'un savoir scientifique établi à partir de données empiriques procurant des orientations dans le monde des choses et des événements. Cf. WILLIAMS, Bernard. *L'éthique ou les limites de la philosophie*. Paris : Gallimard, 1990. pp. 150-152.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 333.

¹¹⁹ WATIER, Patrick. Les ressources de l'interprétation sociologique. *L'année sociologique*. 2007, Vol. 57, n° 1, p. 84.

¹²⁰ « L'explication causale signifie donc qu'on établit que, suivant une règle de probabilité évaluable d'une manière ou d'une autre ou bien, dans le cas idéal – plutôt rare – exprimable numériquement, à un événement indéterminé (interne ou externe) qu'on a observé que succèdera un autre événement déterminé (ou qu'il apparaîtra en même temps que lui) ». Cf. WEBER, Max. *Économie et société/1... Op. cit.* p. 38.

significativement dans leur ensemble »¹²¹. Ces deux exigences inspirent un contrôle de la vérité du pronostic selon d'une part, l'exigence d'adéquation causale visant à mettre en exergue le rapport de causalité entre déroulement extérieur et motif, et d'autre part, l'exigence de validité causale nécessaire à la compréhension de cette relation.

a. L'exigence d'adéquation, causes et conséquences unies par le lien de causalité

278. D'abord, doit être examiné le caractère *causalement adéquat* de l'argument invoqué par le locuteur pour formuler une proposition d'action. La vérité sémantique de l'énoncé réside ici dans la compréhension du lien de causalité établi entre la cause et la conséquence de l'action. Dans la locution « *je prends mon parapluie car le temps est orageux* », l'orage à venir constitue la cause de la proposition d'action visant à emporter mon parapluie. La phrase est considérée comme vraie par l'auditeur à la condition que ce dernier comprenne les raisons de la formulation de cet énoncé..

279. Le débat argentin sur l'inclusion dans la Constitution d'un article relatif à *l'égalité réelle d'opportunité* entre les hommes et les femmes apporte de ce point de vue une illustration intéressante. Afin d'encourager le vote d'une mesure visant à l'implémentation de mécanismes garants de l'égalité d'accès aux charges électives, plusieurs représentantes à la Convention telles que Marta N. Martino de Rubeo¹²², Cecilia N. Lipszyc¹²³, ou Beatriz I. Raijer¹²⁴, témoignèrent de leur propre condition pour justifier de l'intérêt de la disposition. La validité de leurs propositions peut alors être établie à travers le lien de causalité entre l'objet de la discussion et la qualité des autrices du discours : l'argument est ici considéré comme vrai dans la mesure où le sens de l'énoncé coïncide avec l'expérience vécue par les locutrices.

280. Cependant, Weber montre que, dans un tel cas, demeure une forme de scepticisme quant à la possibilité de déterminer la mesure la plus adaptée face à une pluralité de motifs également compréhensibles. En effet, bien que significative, toute action ne revêt pas le même degré de rationalité et n'est pas également *valable du point de vue causal*¹²⁵. Une analyse des motifs en relation au conflit posé

¹²¹ WEBER, Max. *Ibid.*

¹²² CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 32^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 17 août 1994, pp. 4386-4387.

¹²³ *Ibid.* p. 4404.

¹²⁴ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 33^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4456.

¹²⁵ « *Nous comprenons le mouvement du bûcheron [qui] accomplit son acte soit pour gagner sa vie, soit pour des raisons personnelles, soit pour des raisons de santé [...]. Mais une interprétation significative, si évidente soit-elle, ne veut pas encore [...] prétendre être une interprétation valable du point de vue causal* ». Cf. WEBER, Max. *Économie et société/I... Op. cit.* pp. 35-36.

permet certes d'évaluer le degré d'adéquation de la mesure proposée vis-à-vis du contexte, mais il demeure cependant difficile de déterminer avec précision lequel des différents motifs invoqués apparaît comme le plus causalement adéquat¹²⁶. Pour reprendre l'exemple déjà évoqué, dans le cas avéré de survenance probable d'un épisode pluvieux, l'expression « *je prends mon parapluie car le temps est orageux* » est également valable que l'expression « *je prends mon imperméable car le temps est orageux* ». Il n'est pas possible à ce stade d'expliquer lequel de ces deux énoncés est le plus adapté à la probabilité d'orage.

281. Pour cette raison, l'auditeur ne peut se résoudre à un simple examen sémantique de l'adéquation causale et doit dès lors porter une analyse pragmatique sur les conditions de sa validité.

b. L'exigence de validité, causes et conséquences justifiées par un rapport externe de rationalité

282. Dans le cas de la validité causale, l'auditeur ne cherche plus à comprendre la mise en adéquation entre une intention et les conséquences possibles de l'action, mais à évaluer les justifications apportées par le locuteur pour formuler un tel énoncé. Cette exigence, suppose de mettre en exergue l'existence d'un rapport externe de rationalité entre les moyens et les causes en ayant recours à l'observation empirique pour dégager des énoncés causalement valides¹²⁷. On évalue alors si la prétention à la réalisation d'une action spécifique par le sujet s'inscrit dans le cadre de normes familières¹²⁸. Ainsi, la proposition « *je prends mon parapluie car le temps est orageux* » est pragmatiquement vraie si celle-ci est formulée par une personne s'appêtant à effectuer une course en ville. En revanche, cette même proposition faite par un randonneur préparant une marche en montagne, est fautive, car l'on sait que l'usage d'un parapluie n'est pas adapté à la pratique de la randonnée¹²⁹.

283. Ce schéma se reproduit dans le cas des discussions constitutionnelles. On reprendra ici l'exemple du discours du général De Gaulle pour encourager l'adoption de la révision de la Constitution relative à

¹²⁶ « *Nous savons par expérience que dans de très nombreux cas, nous ne sommes pas en mesure d'apprécier, même approximativement [...], les diverses relations significatives qui s'affrontent dans le "conflit des motifs" bien qu'elles nous soient les unes et les autres également compréhensibles* ». Cf. WEBER, Max. *Ibid.* p. 36.

¹²⁷ GONTHIER, Frédéric. Weber et la notion de « compréhension ». *Cahiers internationaux de sociologie*. 2004, Vol. 116, n° 1, p. 51.

¹²⁸ Cette notion ne doit toutefois pas être confondue avec le concept de *coutume*, également développé par Weber en tant qu'*imitation irréfléchie et uniformisée par l'habitude* d'un comportement. Alors que les normes familières aident à comprendre la rationalité d'une action en finalité visant la satisfaction d'objectifs techniques, les coutumes servent de justification aux activités qui, bien que téléologiques, demeurent guidées par la tradition. Cf. PIRAS, Mauro. Les fondements sociaux de l'agir normatif chez Durkheim et Weber: le rôle du sacré. *Archives des sciences sociales des religions*. 2004, Vol. 127, n° 3, p. 158.

¹²⁹ J. Habermas voit dans cette forme d'arbitrage l'existence de « *règles dans un comportement reproductible sur lequel les autres peuvent moduler des positions* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 183.

l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. On sait déjà que l'un des axes le plus importants de son discours consistait à rappeler l'intérêt de la fonction du Président de la République et la nécessité de lui accorder des pouvoirs forts afin de *guider* le pays dans les situations de crises les plus graves¹³⁰. Or en formulant une telle observation, le chef de l'État ne fait rien d'autre que d'émettre une prétention à la validité en se fondant sur un rapport externe de rationalité. En prenant à témoin le peuple français de la stabilité des institutions de 1962, c'est-à-dire en lui offrant la possibilité d'évaluer la validité de son discours à partir de la généalogie de ses propres expériences empiriques, De Gaulle tente de former un lien de causalité entre la proposition langagière selon laquelle les institutions sont aujourd'hui plus stables et celle prétendant au renforcement de la figure présidentielle. Dans ce cas toutefois, la prétention à la validité ne sera pas vérifiée dans l'échange linguistique de propositions d'action, mais dans la sanction populaire du référendum¹³¹.

284. Cette première forme d'interprétation n'est cependant pas la seule à permettre de mesurer la validité des énoncés constatifs formulés au cours de la discussion. Une seconde méthode permet également de s'intéresser à la question du sens des pronostics fondés sur le raisonnement.

2. Interprétation significative des pronostics du calcul et du raisonnement

285. Toute proposition d'action fondée sur le calcul et le raisonnement correspond à la présentation d'une technique rendue accessible à l'auditeur pour justifier certains faits objectifs¹³².

286. Dès lors, la vérité significative d'un pronostic formé à partir de tels résultats peut être déterminée par la prise en compte de deux éléments. Le premier correspond à la validité du sens de l'expression et se mesure à la cohérence du procédé logique ayant conduit aux conclusions présentées. Le second est relatif à l'exigence d'adéquation significative entre les conclusions de l'analyse et l'intention d'action contenue dans l'énoncé.

¹³⁰ DE GAULLE, Charles. *Discours et messages/4. Op. cit.* p. 35. Dans un autre discours, De Gaulle précisait encore cette idée : « *une nation, disait-il, ne tient debout que si elle a un cerveau, une ossature et une colonne vertébrale. Le cerveau, c'est le chef de l'État et son gouvernement. L'ossature, c'est l'État. La colonne vertébrale, c'est l'armée* ». Cf. TIPSMARK BOUCHET, Anne. *La France de la Cinquième République*. Paris : Éditions Sciences Humaines, 2013. p. 23.

¹³¹ On pourra retrouver chez Olivier Rouquan une proposition d'analyse des résultats de ce scrutin. Cf. ROUQUAN, Olivier. La stratégie charismatique gaullienne. *Parlement[s], Revue d'histoire politique*. 2005, Vol. 2, n° 4, pp. 78-79.

¹³² J. Habermas parle encore de « *technique calculable pour l'observateur* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 184. Weber, quant à lui, évoque la notion de « *comportement significativement adéquat* », compris comme « *un comportement qui se développe avec une telle cohérence que la relation entre ses éléments est reconnue par nous comme constituant un ensemble significatif typique [...] suivant nos habitudes moyennes de penser et de sentir* ». WEBER, Max. *Économie et société/1... Op. cit.* p. 38.

a. L'exigence de validité, les normes courantes comme référentiel

287. Est valide significativement, « la solution d'une opération qui est juste d'après les normes courantes du calcul et du raisonnement »¹³³.

288. Au sens entendu par Weber, appartiennent d'abord aux *normes courantes du calcul* l'ensemble des propositions et des théorèmes permettant une interprétation rationnelle *univoque* d'une réalité objective. La validité d'une opération est ici moins fonction de l'observation empirique des phénomènes physiques que de l'application rigoureuse des méthodes de calcul. Entre notamment dans cette catégorie l'ensemble des pronostics élaborés à partir des règles de l'arithmétique ou de la géométrie.

289. Les *normes du raisonnement* quant à elles, sont inhérentes à la méthode permettant de démontrer la solution la plus adaptée pour résoudre un conflit. Les résultats produits par leur biais sont considérés comme d'autant plus valides qu'ils présentent un haut niveau de résistance à la réfutabilité¹³⁴. Leur exactitude dépend ainsi de la capacité à former des règles difficilement contestables¹³⁵ à partir de l'observation empirique de propriétés physiques ou de relations sociales¹³⁶.

290. De telles prétentions à la validité se retrouvent par exemple dans l'introduction du rapport de la Commission des lois constitutionnelles présenté par la députée Nathalie Kosciusko-Morizet concernant le projet de révision relatif à la Charte de l'environnement. Insistant sur la nécessité de prendre en compte des *menaces devenues planétaires*, le rapport rappelait l'importance de la protection juridique de l'environnement en évoquant certains faits objectifs, emblématiques des atteintes au milieu naturel, tels que *l'assèchement de la mer d'Aral, la pollution du lac Baïkal, ou les grandes marées noires de l'Exxon Valdez (1989), de l'Erika (1999) ou du Prestige (2002)*, et en prenant appui sur plusieurs rapports alertant sur les *problèmes globaux* liés au réchauffement climatique¹³⁷. En développant ses arguments en référence à un état de choses observables et à certains pronostics de la science, N. Kosciusko-Morizet

¹³³ WEBER, Max. *Ibid.*

¹³⁴ Le critère d'univocité employé par Weber devra ici être compris en fonction de l'époque à laquelle il rédige *Économie et société*. Il n'est en effet pas certain que l'auteur eut formé la même affirmation à la lecture des travaux de Popper, dont les premiers écrits sur le principe de réfutabilité ne verront le jour qu'une dizaine d'années plus tard. Pour les besoins de cette étude, la référence au caractère univoque des propositions sera donc recontextualisée en prenant en compte l'idée de haute résistance à la réfutabilité des normes courantes du calcul.

¹³⁵ POPPER, Karl. *La connaissance objective*. *Op. cit.* pp. 55 et suiv.

¹³⁶ Dans ses développements sur le raisonnement sociologique, Jean-Claude Passeron s'attache toutefois à démontrer que cette dernière est plus encline à réfutation. Cf. PASSERON, Jean-Claude. *Le raisonnement sociologique : un espace non-poppérien du raisonnement naturel*. 4^e éd. Paris : Albin Michel, 2006. pp. 376-383.

¹³⁷ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 992) relatif à la Charte de l'environnement, présenté par Mme Nathalie Kosciusko-Morizet, députée*. Rapport n°1595. Paris : Assemblée nationale, 12 mai 2004. pp. 9-10.

forme donc des énoncés constatifs dont la validité pourra être approuvée ou réfutée sur le fondement de normes du calcul et du raisonnement.

291. Ce type de proposition n'est toutefois rendu possible que dans la mesure où l'ensemble des personnes intéressées par l'élaboration de la Charte coïncident sur l'existence dans le monde de ces états de choses. Il arrive toutefois qu'une telle réalité puisse être contestée en raison d'un manque d'adéquation significative, et c'est ce qu'il convient de voir maintenant.

b. L'exigence d'adéquation significative, la rationalité commune en partage

292. Le sens donné à une expression n'est considéré comme vrai qu'à la condition de s'inscrire dans un référentiel rationnel commun. Il faut ici entendre que les avantages du calcul et du raisonnement trouvent leur limite dans l'acceptation générale d'une certaine forme de rationalité, partagée par tous les membres de la discussion. Un argument normatif fondé sur de tels préceptes ne présente une adéquation significative, qu'à la condition d'être appréhendé dans un sens que tous comprennent¹³⁸.

293. Ainsi, la validité de la proposition « $2 \times 2 = 4$ » n'est avérée que dans le respect des règles du calcul arithmétique¹³⁹. Cette proposition est vraie si et seulement si le sens sémantique du symbole « x » est accepté par tous comme étant significatif de l'expression « multiplier ». Une approche analogue peut être formée à l'égard des règles du raisonnement. Dans la critique formulée quant aux travaux de l'anthropologue Edward E. Evans-Pritchard sur le peuple africain Zandé, Peter Winch observe la différence de posture épistémologique entre le rationalisme occidental et les croyances des zandés. Il montre en ce sens que, bien que chaque société ait recours à la logique pour résoudre certains problèmes pratiques, les prémisses épistémologiques sur lesquelles chacune d'elle repose, rendent incompatible l'application du raisonnement de l'une pour surmonter les difficultés de l'autre, et inversement¹⁴⁰.

294. Du point de vue du droit, Boaventura de Sousa Santos observe que l'accord des partenaires d'une discussion normative sur la reconnaissance d'un système commun de significations constitue la prémisses

¹³⁸ Ce sont là les limites de la logique scientifique que n'a pas manqué de souligner Popper. Une proposition n'est réfutable que dans la mesure d'un calcul rationnel fondé sur des règles logiques. Elle est toutefois irréfutable si le calcul se forme directement sur des croyances. C'est d'ailleurs toute la portée du paradoxe abordé par Popper concernant les pseudo-sciences. Cf. POPPER, Karl. *Le réalisme et la science*. Paris : Hermann, 1990. pp. 207-208.

¹³⁹ WEBER, Max. *Économie et société/1... Op. cit.* p. 30.

¹⁴⁰ « Une poterie s'est brisée pendant la cuisson. Examinons la poterie et voyons si telle est bien la cause. Voilà la pensée logique et scientifique. La maladie est le fait de la sorcellerie. Un homme est malade. Consultons les oracles pour découvrir qui est le sorcier responsable. Voilà la pensée logique et non scientifique ». Cf. WINCH, Peter. *Understanding a primitive society*. Dans : WILSON, Bryan R., *Rationality*. 1^{re} éd. Oxford : Basil Blackwell, 1970, p. 275. p. 80.

indispensable à tout discours visant à évaluer la validité d'une proposition normative¹⁴¹, et il n'est donc pas impossible que la prétention à la vérité d'un énoncé se trouve contestée sur le fondement d'une compréhension différente de la signification des états de choses.

295. L'étude des discussions du constituant argentin sur la protection des droits des populations indigènes semble à ce sujet fort opportune. D'abord, il ressort de l'analyse du panel des représentants élus pour élaborer le nouveau texte constitutionnel qu'aucun siège n'est attribué spécifiquement aux membres de ces communautés. De ce fait, la majorité des représentants présents ne remet pas en question le présupposé implicite d'une compréhension commune des problèmes soufferts par les peuples indigènes sur le territoire argentin. Tous s'accordent sur la validité de l'interprétation du rapport entretenu entre les communautés et le reste de la Nation. On relèvera néanmoins le soutien apporté par certains représentants au sujet d'une disposition visant à renforcer la participation de ces communautés pour concourir à leur autodétermination. Ainsi par exemple, la représentante à la Convention María C. Vallejos avait-elle soutenu que la participation politique des communautés devait être protégée et renforcée par la Constitution de manière à contribuer au respect de l'autodétermination des peuples indigènes et à une construction sociale de la nation argentine respectueuse de toutes les ipsités¹⁴². Ce type de proposition est intéressant dans la mesure où une meilleure inclusion des revendications indigènes dans le débat politique pourrait désormais permettre de contester la prétention à la validité de certains énoncés normatifs en fonction de leur signification.

296. Ainsi, au cours d'une discussion, l'examen de la vérité des énoncés constatifs prend deux formes distinctes. La première consiste à interpréter les pronostics formés à partir de l'observation de la relation causale et du rapport externe de causalité liant les causes aux conséquences de l'action. La seconde correspond à l'analyse des pronostics élaborés à partir du calcul et du raisonnement pour comprendre la signification des opérations justifiant les propositions langagières.

297. Pour avoir une vue complète des examens de validité portés aux énoncés objectifs, il reste donc à connaître les modalités d'évaluation des prétentions impératives.

¹⁴¹ SOUSA SANTOS (de), Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina – Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Lima : Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010. p. 43.

¹⁴² CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4093.

B. LA FORCE DES ÉNONCÉS IMPÉRATIFS, L'EFFICACITÉ EN PERSPECTIVE

298. Un locuteur visant à la satisfaction stratégique de ses intérêts produit des énoncés *impératifs* pour convaincre son auditeur de contribuer à l'atteinte d'un état de choses souhaité dans le monde objectif. De telles prétentions ne peuvent être critiquées qu'en vertu du caractère réalisable de l'action envisagée. L'auditeur cherche alors à déterminer la validité de la proposition en évaluant *l'efficacité* des arguments au regard de la satisfaction possible de ses propres intérêts¹⁴³.

299. Dans le paragraphe qui va suivre, seront donc successivement analysées les formes de contrôle opérées par le participant à une discussion suivant que le locuteur formule soit des arguments impartiaux (1.), soit des menaces et des promesses (2.).

1. Efficacité performative des impératifs stratégiques impartiaux

300. En première section de ce chapitre, il a été dit que les arguments impartiaux correspondaient à des propositions visant soit à dissimuler certaines conséquences espérées de l'action, soit au contraire à en dissuader la réalisation. De ce point de vue, l'efficacité des énoncés impératifs formant ce type d'argument se mesure à l'aune des conséquences réelles produites sur l'auditeur. L'adhésion à un énoncé visant la dissimulation révèle ainsi aux yeux de tous, l'acceptation de la proposition formée par le locuteur. De même, un avertissement est perçu comme efficace s'il dissuade réellement la réalisation de l'intention d'action.

301. Aussi, l'objet de ce premier point sera de comprendre l'étendue des examens de validité auxquels sont soumises ces prétentions.

a. La stratégie d'impartialité, efficacité des équivalences comme alternative d'action

302. À première vue, et à la différence des autres arguments stratégiques, la nature perlocutoire des équivalents impartiaux rend toute évaluation objective impossible. Ces derniers ne sont en effet efficaces que s'ils confondent l'auditeur quant aux perspectives réelles de l'intention d'action formulée par le locuteur. Pour cette raison, J. Habermas précise que l'efficacité de cette forme d'énoncé ne se mesure pas en fonction de critères extérieurs d'appréciation, mais selon la capacité de l'argument à influencer la volonté des participants à la discussion¹⁴⁴. Dès lors, cette contrainte induit une double conséquence.

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 103.

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 333.

303. Sur le plan sémantique d'abord, l'efficacité de la prétention se mesure à la capacité du sujet à formuler un énoncé susceptible d'emporter l'adhésion de son auditoire. Cette exigence implique que les méthodes et objectifs proposés pour réaliser une action, jouissent de la crédibilité nécessaire pour ne pas risquer d'attirer la suspicion des autres participants à la discussion. Cette crédibilité est alors fonction de la personnalité du locuteur et de son public. Un argument impartial trop radical pour l'auditoire risquerait par exemple de ne pas emporter l'adhésion des autres membres du débat, et priverait le locuteur de la possibilité de satisfaire ses intérêts. À l'inverse, un argument trop consensuel au regard du comportement habituel du locuteur, susciterait la méfiance des interlocuteurs, courant ainsi le risque d'être rejeté¹⁴⁵.

304. Sur le plan pragmatique ensuite, la formulation de l'énoncé doit être telle qu'elle satisfasse, du moins en partie, les intérêts du locuteur. Le fait d'user d'un équivalent impartial pour se rapprocher du résultat espéré, ne doit pas détourner excessivement l'intention d'action de son objet initial. L'efficacité de la proposition n'est donc pas seulement jugée selon son caractère convaincant, mais elle dépend encore de sa capacité à satisfaire l'objectif réel sous-tendu par la locution.

305. En reprenant l'exemple de l'argument soulevé par Á. F. Pardo lors de la discussion relative à l'inclusion dans la Constitution argentine de certains traités de protection des droits de l'Homme, on pourra s'interroger sur la validité de l'équivalent impartial qu'il présentait pour encourager l'interdiction constitutionnelle du droit à l'avortement. L'un de ses arguments consistait à la formulation de l'énoncé suivant : « *la protection de la vie est un droit universellement reconnu qui bénéficie d'une protection constitutionnelle dans les plus avancés des systèmes juridiques de la planète [...] pour ces raisons, je propose d'inclure à l'alinéa 19 de l'article 67 le droit à la vie depuis la conception et jusqu'à la mort naturelle* »¹⁴⁶ [nous traduisons]. Du point de vue sémantique, la première partie de l'énoncé est perçue comme valide : elle forme un constat sur lequel s'accordent tous les partenaires de la discussion. Par ailleurs, l'énoncé est aussi susceptible d'être considéré comme pragmatiquement valide, y compris parmi ceux des interlocuteurs opposés à l'interdiction constitutionnelle de l'avortement, dans la mesure où la proposition sert en partie leur intérêt de voir les traités internationaux apporter une protection

¹⁴⁵ J. Elster illustre cette caractéristique ainsi : « *si les riches préconisent un allègement d'impôts pour tous les riches et seulement pour eux, l'argument impartial selon lequel une telle mesure finira par profiter à tous, même aux couches moins favorisées, n'est probablement pas un argument optimal. Par contre, un argument impartial en faveur d'une mesure moins radicale a plus de chances d'être accepté, comme un allègement d'impôts pour une part de la population aisée ainsi que pour une part des moins bien lotis. Un argument ne proposant d'allègement d'impôts qu'en faveur des plus pauvres aurait, lui aussi, de bonnes chances d'être retenu, mais il ne serait certainement pas optimal pour les nantis* ». Cf. ELSTER, Jon. L'usage stratégique de l'argumentation. *Op. cit.* p. 69.

¹⁴⁶ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* pp. 2910-2911.

constitutionnelle au droit à la vie. La contestation de la proposition devra donc être apportée sur un autre terrain.

b. La stratégie d'anticipation, efficacité des avertissements comme moyen de dissuasion

306. Contrairement aux équivalents impartiaux, les arguments stratégiques reposant sur des avertissements visent à alerter les membres de la discussion des conséquences anticipées de leur intention d'action. L'efficacité de la locution n'est pas mesurable selon le niveau de persuasion de l'énoncé mais plutôt en fonction des effets de dissuasion contenus dans les propositions constatatives¹⁴⁷.

307. Au niveau sémantique, un avertissement cherche à mettre en évidence l'existence d'une relation entre l'action envisagée et certaines conséquences peu visibles. La validité de l'alerte dépend ici de la capacité du sujet à rendre explicites les effets *a priori* méconnus de l'action, afin de dissuader ses promoteurs de la réaliser. Du point de vue formel, la proposition « *si tu achètes de la viande de bœuf, tu contribues au réchauffement climatique* », est sémantiquement fautive pour quiconque n'a pas connaissance du désastre de cette activité sur l'environnement. Par contre, la locution « *si tu achètes de la viande, tu contribues à l'élevage qui génère une grande quantité de méthane, or le méthane est en partie responsable du réchauffement climatique* » est vraie, car la relation entre l'intention d'action et ses conséquences implicites est rendue accessible à l'auditeur.

308. Par ailleurs, la validité pragmatique de cette forme d'argument repose sur la capacité du locuteur à faire comprendre à l'auditeur que l'énoncé formulé constitue une véritable mise en garde et non un simple bluff pour parvenir à ses fins¹⁴⁸. La vérité de l'avertissement réside alors dans la démonstration faite par le sujet de son défaut d'emprise sur les conséquences de l'activité. Selon cette perspective, la locution évoquée précédemment est vraie en ce que le réchauffement climatique provoqué par la consommation de viande ne dépend pas de la volonté du locuteur. Toutefois, une autre proposition du type « *si tu achètes du poisson, je n'achèterai pas de viande, car nous aurons déjà ce qu'il faut pour déjeuner* », est certes vraie sur le plan sémantique, mais ne remplit pas les conditions pragmatiques de vérité d'un avertissement, puisque celui qui forme l'énoncé est susceptible d'influencer les conséquences de l'action.

309. Au cours des débats constitutionnels relatifs à l'inclusion, à l'article 38 de la Constitution argentine, de dispositions portant sur la régulation, l'organisation et le fonctionnement des partis

¹⁴⁷ J. Elster fait mention des « règles normales de la communication visant la vérité ». Cf. ELSTER, Jon. L'usage stratégique de l'argumentation. *Op. cit.* p. 76.

¹⁴⁸ ELSTER, Jon. Argumenter et négocier dans deux Assemblées constituantes. *Op. cit.* p. 250.

politiques, le représentant à la convention Luis A. Caceres avait pu formuler certaines prétentions à la validité en adoptant une stratégie d'anticipation. « *Mal nous prendrait, disait-il, de nous rassurer en pensant disposer des instruments appropriés pour envisager les évolutions sociales que nous désirons pour ce pays, si nous ne les protégeons pas juridiquement et si nous ne sommes pas certains que ces instruments ne vont pas servir des intérêts [...] contraires aux intérêts suprêmes de la Nation* »¹⁴⁹ [nous traduisons]. Dans ce cas, la proposition d'action visant à renforcer l'encadrement et l'organisation constitutionnelle des partis politiques repose sur une mise en garde tenant au risque d'instrumentalisation de ces organisations. La validité de l'argument dépendra alors de deux considérations. L'auditeur évaluera d'abord le contenu sémantique de l'énoncé et se demandera si une corrélation peut être établie entre la faiblesse d'encadrement juridique des partis politiques et la défense d'intérêts contraires à l'État. De la satisfaction de cette première condition dépendra ensuite la possibilité de juger la validité pragmatique de l'argument. Il se questionnera alors si cet avertissement représente une raison suffisante pour justifier le renforcement constitutionnel des mesures d'encadrement des partis politiques, et ce n'est qu'en cas de validation de ce deuxième examen que seront réunies toutes les conditions de validité de la proposition.

310. Finalement, l'efficacité des justifications impératives reposant sur des arguments impartiaux se mesure à la force de persuasion des énoncés équivalents aux buts réellement poursuivis par le locuteur et à la capacité de dissuasion de ceux visant à décourager l'auditeur de son intention d'action.

311. Dans bien des cas, cette stratégie n'est pourtant pas suffisante et pousse les partenaires à la discussion à invoquer promesses et menaces pour parvenir à leurs fins. La validité des énoncés se mesure alors en fonction de la crédibilité des prétentions formulées.

2. *Crédibilité interprétative des impératifs stratégiques extrêmes*

312. Dans la première section de ce chapitre, il a été démontré que la satisfaction des actions stratégiques ne se limite pas seulement à l'usage d'arguments impartiaux. Dans certains cas désespérés le succès de la discussion dépendra du recours à des argumentations stratégiques extrêmes. L'efficacité des propositions d'action sera alors évaluée en fonction de la *crédibilité* des énoncés formulés, selon que ceux-ci visent à proférer une menace, ou à faire une promesse.

¹⁴⁹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 15ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 22 juillet 1994, p. 1835.

a. La stratégie du dernier recours, crédibilité de la menace comme force d'intimidation

313. Lorsqu'au cours d'une discussion, un locuteur entend satisfaire ses intérêts en proférant une menace à l'encontre d'un auditeur, il forme un énoncé contraignant visant à le dissuader ou à l'obliger à réaliser une action particulière.

314. Une telle locution prétend insister sur la situation fortement désavantageuse que représenterait une activité de l'auditeur allant dans le sens contraire de celle souhaitée par le locuteur. Du point de vue sémantique, l'énoncé d'une menace est donc persuasif lorsque l'auditeur considère moins satisfaisant d'engager l'action qu'il avait envisagée que de s'abstenir. L'échec de la dissuasion est ainsi rendu évident en cas d'exécution de la menace¹⁵⁰. A priori, les expressions « *si vous n'accédez pas à nos revendications, je me mettrai en grève* » et « *si vous n'accédez pas à nos revendications, l'ensemble de notre syndicat se mettra en grève*¹⁵¹ », prennent toutes deux la forme de menaces. La première est cependant peu persuasive pour l'employeur, puisque l'économie générale de son activité ne sera que peu affectée par l'accomplissement d'une action individuelle. La seconde en revanche est plus convaincante, l'entreprise étant sujette à un fort ralentissement de sa production en cas d'un arrêt massif du travail de ses salariés.

315. La crédibilité d'une menace dépend encore de certaines conditions pragmatiques de réalisation¹⁵². La validité de l'énoncé se mesure alors à la capacité réelle du locuteur d'influer le cours des événements. Dans le cas de l'exemple précédent, l'argument selon lequel l'ensemble d'un syndicat est susceptible de se mettre en grève a des chances d'être pris au sérieux s'il est prononcé par les représentants de ce syndicat. Par contre, sa crédibilité est moindre s'il est formulé par un salarié non représentatif de l'organisation.

316. Afin d'illustrer cette forme d'examen de l'efficacité des discours impératifs, on pourra repartir de l'exemple de l'instrumentalisation que le général De Gaulle a pu faire du recours au référendum. Lorsque le 18 octobre 1962 ou le 25 avril 1969, le chef de l'État prononce dans les allocutions télévisées précédant le scrutin, des propositions langagières de la forme « *si votre réponse est "non" [...] il est bien évident que ma tâche sera terminée* »¹⁵³ celui-ci formule, on l'a vu, des énoncés fondés sur des menaces. On cherchera maintenant à en examiner la validité.

¹⁵⁰ ELSTER, Jon. L'usage stratégique de l'argumentation. *Op. cit.* p. 75.

¹⁵¹ L'exemple est emprunté à J. Elster. Cf. ELSTER, Jon. Argumenter et négocier dans deux Assemblées constituantes. *Op. cit.* pp. 250-251.

¹⁵² *Ibid.* p. 206.

¹⁵³ DE GAULLE, Charles. *Discours et messages/4.* p. 36. On a déjà vu qu'une formule analogue avait aussi été employée par le Président de la République lors de son discours de 1969, De Gaulle affirmant alors que « *si je suis désavoué par une majorité d'entre vous [...] je cesserai aussitôt d'exercer mes fonctions* ». Cf. DE GAULLE, Charles. *Discours et messages/5...* *Op. cit.* pp. 405-406.

317. Concernant tout d'abord la validité sémantique de la proposition, l'auditeur entendra se demander si la menace est suffisamment sérieuse pour influencer son propre comportement. Peut-être ne sera-t-il pas affecté par ce discours, son opinion étant suffisamment tranchée pour ne pas être ébranlée. De son point de vue, l'énoncé ne sera donc pas sémantiquement valide dans la mesure où la menace n'aura pour lui, aucune signification. Mais peut-être aussi sera-t-il hésitant et pourra dans ce cas faire évoluer sa décision en raison de cette information.

318. Son raisonnement dans ce second cas, le poussera à évaluer la validité pragmatique de l'énoncé. Le Président De Gaulle est-il capable de mettre sa menace à exécution ? Dispose-t-il des moyens institutionnels pour le faire ? Et surtout : quelles conséquences cela pourrait-il avoir du point de vue des institutions ? De la réponse à ces questions dépendra la reconnaissance par l'auditeur de la crédibilité de la proposition. L'histoire montrera d'ailleurs que l'argument de 1962 conduira au succès de la stratégie du chef de l'État. Celui de 1969 en revanche, poussera De Gaulle à exécuter sa menace, marquant ainsi la défaite de sa proposition et la fin de sa présidence.

b. La stratégie de l'espérance, crédibilité de la promesse comme instrument de négociation

319. Lorsqu'il examine la validité d'une prétention fondée sur une promesse, l'auditeur évalue d'une part l'avantage qu'il pourrait tirer de voir l'action se réaliser, et d'autre part la capacité de l'auteur de l'énoncé à être effectivement en mesure de l'accomplir.

320. De la même manière qu'une menace valide dissuade l'auditeur de réaliser une action préjudiciable pour le locuteur, une promesse est considérée comme crédible si elle parvient à persuader l'auditeur de réaliser une action favorable tant pour les intérêts de celui qui la formule que pour ses propres intérêts. La validité de l'énoncé dépend ainsi de la capacité du sujet à offrir aux autres participants de la discussion une contrepartie assez avantageuse pour les inciter à réaliser l'activité attendue¹⁵⁴. Cette exigence suppose de former une locution suffisamment explicite pour ne laisser aucune ambiguïté sur le sens donné à la promesse¹⁵⁵. L'expression, « *je te promets que je viendrai te voir à l'étranger* » est, par exemple, d'autant plus crédible que l'auditeur entretient avec le locuteur, une relation suffisamment privilégiée pour espérer voir cette prétention se réaliser. Au contraire, le même énoncé formulé par un

¹⁵⁴ En suivant Adolf Reinach, le contenu sémantique de la promesse consiste à mettre en évidence « *un lien particulier entre deux personnes, en vertu duquel [...] la première personne peut exiger quelque chose et la seconde est contrainte de l'accomplir ou de l'accorder* ». Cf. REINACH, Adolf. *Les fondements a priori du droit civil*. Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 2004. p. 47.

¹⁵⁵ Sur ce point, Austin souligne ainsi que l'expression « *je serai là* », est trop ambiguë pour avoir la certitude qu'il s'agit bien d'une promesse : « *ici, nous avons des performatifs primaires, distincts des explicites ; et il se peut que rien dans les circonstances ne nous permette de décider si oui ou non l'énonciation est performative* ». Cf. AUSTIN, John Langshaw. *Quand dire c'est faire*. Op. cit. p. 63.

parfait inconnu manque de crédibilité puisque l'auditeur ne tire qu'un avantage relatif à la réalisation de l'action.

321. L'examen de la validité de l'acte de promettre se double par ailleurs d'une analyse de la capacité du locuteur à réaliser le *contenu de la chose promise*¹⁵⁶. L'auditeur évalue en ce sens si l'auteur de l'énoncé est réellement en mesure d'apporter les garanties nécessaires à l'accomplissement de l'activité. L'énoncé d'une promesse n'est donc pragmatiquement valide qu'à l'unique condition d'avoir la capacité matérielle de satisfaire cet engagement. Certes, lorsqu'elle est prononcée par un proche, la locution « *je te promets que je viendrai te voir à l'étranger* » apparaît valide sur le plan sémantique, mais il faut encore que le sujet soit capable de concrétiser son projet de voyage dans un autre pays. De ce fait, peuvent apparaître non valides aux yeux d'un auditeur, certaines promesses que le locuteur ne semble pas en mesure de satisfaire.

322. Cette forme stratégique d'interaction langagière prend, en Argentine, un tour spectaculaire dans la négociation du Pacte d'Olivos entre le Président de la Nation Carlos Menem et l'ex-président et leader du parti d'opposition, Raúl Alfonsín. Les échanges entre les deux responsables politiques n'ayant jamais été rendus publics, il n'est hélas pas possible d'analyser le contenu sémantique de leurs propositions langagières. Mais l'examen du contexte politique permet toutefois de comprendre les enjeux de l'échange. En juillet 1989, le Président Menem succède à R. Alfonsín et ne cache pas sa volonté de faire réviser la Constitution afin d'autoriser sa réélection consécutive. Conscients que ce projet ne pourrait aboutir sans provoquer de vives tensions politiques susceptibles de mettre en péril la stabilité des institutions de la jeune démocratie, les deux leaders se réunissent dans la résidence présidentielle de C. Menem à Olivos afin de négocier certaines des dispositions de la future réforme constitutionnelle. Le Président Menem obtiendra alors d'Alfonsín et de son parti, l'Union Civique Radicale, la possibilité d'une réélection en échange d'un ensemble de mesures visant à rééquilibrer les institutions par une limitation des pouvoirs présidentiels¹⁵⁷.

323. Ces deux engagements peuvent être appréhendés comme un échange mutuel de promesses dans la mesure où la réalisation de l'une dépend de l'accomplissement de l'autre et réciproquement. Le succès de cette interaction permet alors de comprendre que ces impératifs stratégiques auront été reconnus comme valides par les deux protagonistes, chacun d'eux considérant la crédibilité des engagements de l'autre aussi bien sur le plan sémantique du contenu des propositions, que du point de vue pragmatique de leur possibilité de réalisation.

¹⁵⁶ LAUGIER, Sandra. Performativité, normativité et droit. *Archives de Philosophie*. 2004, Vol. 67, n° 4, p. 609.

¹⁵⁷ NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Op. cit.* p. 220.

324. Ainsi, de l'examen de ce premier développement, il ressort que les prétentions à la validité contenues dans les énoncés du monde objectif peuvent s'appréhender à la fois selon des critères de vérité et d'efficacité. Aux premiers correspondent les énoncés constatifs visant la formation de pronostics à partir d'expériences vécues ou à travers le respect de certaines règles de calcul et de raisonnement. La validité des locutions se mesure alors selon le lien de causalité justifiant les arguments d'expérience ou au sens des calculs réalisés pour prouver la nécessité de l'activité. Aux seconds s'attachent plutôt des prétentions langagières de nature impératives appuyant des stratégies d'action impartiales ou extrêmes, la validité des arguments étant fonction de l'efficacité des justifications impartiales ou de la crédibilité des propositions désespérées.

325. Ces formes d'argumentation se distinguent toutefois des énoncés élaborés en référence aux mondes social et subjectif. Les prétentions formées dans un tel cas de figure sont alors soumises à d'autres tests de validité que le développement suivant se propose d'appréhender.

§ II. PRÉTENTIONS DE JUSTESSE ET DE VÉRACITÉ DES ÉNONCÉS SOCIAUX ET SUBJECTIFS

326. Hors du monde objectif des états de choses existantes, les individus forment des propositions langagières à partir des réalités du monde social et du monde subjectif. Le premier correspond à un univers construit par le sujet en référence à certaines règles de conduite reconnues par lui comme justes, et partagées communément par un certain nombre d'autres sujets obéissant aux mêmes règles de vie. Le second est celui des expériences vécues, auxquelles chaque individu a un accès privilégié, et susceptibles d'avoir été vécues de manière analogue par d'autres¹⁵⁸.

327. Au cours de la discussion, il arrive que deux acteurs échangent des prétentions d'action en relation à ces deux mondes. L'examen de la validité de ce type d'énoncé passe alors par une analyse de la *justesse* des normes d'action du monde social et de la *véracité* des expériences vécues dans le monde subjectif.

328. Dès lors, l'objet du développement qui va suivre sera de comprendre comment s'opèrent les tests de justesse (A.) et de véracité (B.) des arguments normatifs formés au cours de la discussion législative.

¹⁵⁸ POPPER, Karl. *La connaissance objective*. *Op.cit.* p. 247.

A. LE MONDE SOCIAL DES ÉNONCÉS RÉGULATIFS, LA JUSTESSE EN ÉVALUATION

329. D'après J. Habermas, le locuteur qui formule des énoncés régulatifs se réfère à *quelque chose dans le monde commun social*, « de manière à pouvoir instaurer une relation interpersonnelle reconnue comme légitime. La négation d'une telle expression signifie que [l'auditeur] conteste la justesse normative prétendue par [le locuteur] pour son action »¹⁵⁹. Plus loin, J. Habermas considère comme sous-classe des énoncés régulatifs les actions langagières communicatives, entendues comme « *prises de référence réflexives au procès de communication* ». La validité de ces dernières peut alors être contestée en fonction de la convenance à certains standards de valeur¹⁶⁰.

330. Dans la première section, ont été identifiées en tant qu'énoncés *régulatifs* et *communicatifs*, l'ensemble des normes d'action guidant la conduite d'un individu, et permettant de formuler des procès d'entente axiologiques. À partir de Weber, il avait été démontré que ces énoncés prenaient soit la forme de propositions impératives relatives aux directives religieuses ou à la grandeur d'une cause, soit celle d'exigences telles que le devoir ou la beauté¹⁶¹.

331. En suivant cette distinction, ce premier paragraphe se propose donc d'analyser successivement la forme des examens de justesse portés sur ces types de prétentions. Sera donc abordé dans un premier temps le cas de la justesse des énoncés régulatifs fondés sur un idéal de vie (1.), avant d'évoquer en deuxième partie la convenance aux standards de valeurs des locutions formées sur des exigences (2.).

1. Justesse régulatrice des idéaux de vie

332. Le concept d'impératif de conduite de vie abordé par Weber ne doit surtout pas être confondu avec celui d'impératif perlocutoire évoqué par J. Habermas. Pour ce dernier, sont impératifs l'ensemble des énoncés stratégiques prononcés en référence à des éléments du monde objectif pour influencer le comportement des participants à une discussion dans le sens d'une plus grande satisfaction des intérêts du locuteur. Pour Weber au contraire, les impératifs correspondent aux directives considérées comme justes par un individu pour orienter sa conduite idéale de vie. La validité des énoncés formés à partir de ce type de règle est examinée en confrontation avec les autres normes suivies par les acteurs du monde social.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 333.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 55.

¹⁶¹ WEBER, Max. *Économie et société/1... Op. cit.* p. 56.

333. Dans ce qui va suivre, sera donc reprise la distinction abordée en première section pour comprendre les formes de validité des propositions fondées soit sur la religion, soit sur certaines causes chères aux individus.

a. Le partage des croyances, facteur extramondain de justesse des directives religieuses

334. Pour le sociologue Pierre Demeulenaere, les normes religieuses portant sur la vérité « *indiquent les modalités (révélation, témoignages, sources divines, traditions, etc.) d'acceptation de la validité des croyances. Cette vérité d'ensemble a ensuite des répercussions directes sur les normes de répartition des capacités d'action (pratiques permises ou interdites)* »¹⁶². Cette observation aide à comprendre l'évaluation sémantique et pragmatique des énoncés formés en référence aux directives religieuses¹⁶³.

335. Pour être considérée comme sémantiquement juste, une locution invoquant des préceptes religieux doit d'abord mettre en exergue le caractère cosmologique ou extramondain des arguments employés. L'autorité des justifications apportées dépend ainsi de la capacité du sujet à rendre compte d'une obligation spirituelle supérieure qui détermine sa prétention d'action. Au cours de la discussion, ces *modalités d'acceptation de la validité des croyances*, permettent au locuteur d'ancrer dans le monde social le contenu de sa proposition.

336. L'auditeur qui comprend cela, peut contester la justesse pragmatique de l'énoncé selon deux formes de critiques. D'une part, il peut refuser de reconnaître la légitimité de la relation qui l'unit au locuteur dans l'acceptation d'une réalité intersubjective, régie selon des règles surnaturelles¹⁶⁴. Confronté à la locution « *ne fais pas cela car Dieu l'interdit* », l'auditeur réfute dans le monde social l'existence d'une entité supérieure capable de formuler de tels commandements. Toutefois, le sujet peut encore contester non pas la rationalité de la vision religieuse du monde évoquée par le locuteur, mais la justesse des orientations qui commandent sa *capacité d'action*. L'examen de validité ne porte plus alors sur la réalité de la croyance en tant que telle, mais sur la nature de la *répercussion* induite par cette croyance dans l'orientation des normes d'action¹⁶⁵.

¹⁶² DEMEULENAERE, Pierre. *Les normes sociales - Entre accords et désaccords*. Paris : Presses Universitaires de France, 2003. p. 35.

¹⁶³ Dans le cas de l'examen de la validité des énoncés fondés sur des directives religieuses, il n'est plus nécessaire de rappeler la distinction wébérienne entre conception supra-mondaine du divin et immanence du cosmos, dans la mesure où les actions langagières poursuivent, *in fine*, le même objectif.

¹⁶⁴ Au sens donnée par J. Habermas, « *la relation établie sur le plan interpersonnel [ne mérite pas] d'être reconnue comme un élément légitime du monde social* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 66.

¹⁶⁵ La justesse de l'énoncé « *ne fais pas cela car Dieu l'interdit* », de dépend plus de la conceptualisation du monde social partagé par les interlocuteurs, mais de l'interprétation du commandement induit par l'interprétation de la volonté divine. Cf. DEMEULENAERE, Pierre. *Les normes sociales... Op. cit.* p. 35.

337. Un peu plutôt haut dans cette thèse, on remarquait que les discours tenus par certains représentants argentins lors de la prestation de serment inaugurant les sessions plénières de la Convention constituante pouvaient être appréhendés comme des arguments fondés sur des directives religieuses. On expliquera ici la spécificité de l'examen de validité auquel auront été soumis ces énoncés. Lors de la cérémonie inaugurale de 1994, la prestation de serment est organisée par district, et chaque représentant dispose on le sait, de la possibilité de choisir parmi quatre formules¹⁶⁶. La plus grande majorité d'entre eux décidera de s'engager solennellement en jurant sur *Dieu, la Patrie, et les Saintes Évangiles*¹⁶⁷.

338. Pour espérer voir la réforme constitutionnelle parvenir à son terme, le Président provisoire de la Convention Alberto L. Rocamora est alors obligé de présupposer la validité des engagements pris par les représentants. En agissant de la sorte, il reconnaît d'abord la vérité du contenu sémantique de la proposition et accepte de considérer la possibilité d'existence d'une autorité spirituelle sur laquelle puissent prendre appui les conventionnels pour motiver leurs engagements. Mais l'acceptation de ce serment implique aussi de considérer la validité pragmatique de l'énoncé. Dans ce cas, la justesse de l'argument n'est approuvée par le Président de la Convention que dans la mesure où celui-ci admet que cet engagement puisse avoir une *répercussion* sur le bon déroulement du processus constituant. La reconnaissance de la validité de l'ensemble des serments prononcés par les conventionnels permettra ainsi d'entériner les travaux plénières de la Convention.

b. Le partage des convictions, déterminant idéologique de justesse des causes

339. L'examen de la justesse des énoncés formulés en fonction de la défense d'une cause passe par l'analyse par l'auditeur de la prétention de l'argument à exercer une violence politique concrète. Ce n'est qu'une fois réalisé ce premier test de validité que le participant à la discussion confronte la locution à la défense de ses propres causes pour en vérifier la compatibilité.

340. Pour Weber, une proposition d'action justifiée à partir d'une cause chère au sujet, n'acquiert de validité sémantique qu'à la condition de formuler une prétention objective et réifiante, accomplie « *dans la mesure la plus idéale possible, en accord avec les règles rationnelles de l'organisation moderne du pouvoir* »¹⁶⁸. Pour être prise au sérieux, la locution doit ici viser la transformation d'une revendication abstraite dérivée d'une idéologie, en norme concrète contribuant à sa réalisation¹⁶⁹. Prenant l'exemple de

¹⁶⁶ Cf. *Infra*. n°224.

¹⁶⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 1ª Reunión - Sesión Preparatoria. *Op. cit.* pp. 19-27.

¹⁶⁸ WEBER, Max. *Économie et société/2 - L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*. Vol. 2. Paris : Plon, 1995. p. 372.

¹⁶⁹ Yves Sintomer parle encore de processus d'objectivation et de réification de la violence politique. Cf. SINTOMER, Yves. *La démocratie impossible...* *Op. cit.* p. 124.

la peine de mort comme instrument de satisfaction de l'idée de justice, Weber explique : « *la justice moderne, fait passer le criminel de vie à trépas, non point par colère personnelle ou besoin de vengeance, au contraire : elle est personnellement désintéressée, elle agit selon des normes et des fins objectives, selon ses propres lois immanentes et rationnelles* ». Dans cet exemple, la proposition d'appliquer la peine de mort contre les criminels pour satisfaire un besoin de vengeance contient certes une prétention réifiante, mais cette justification manque d'objectivité. Seule l'atteinte à la norme permet alors de légitimer le plan d'action.

341. D'un point de vue pragmatique, l'examen de la justesse d'un argument formé en défense d'une cause dépend du degré d'adhésion de l'auditeur aux convictions portées par le locuteur. Selon Roman Jakobson, la réussite de l'action langagière dépend de la capacité du *destinateur* à établir un *code commun* avec le *destinataire* sur la base duquel pourront se former différents arguments¹⁷⁰. Le sujet qui participe à l'interaction confronte alors les normes qu'il considère lui-même comme justes avec celle défendues par son interlocuteur¹⁷¹. Pour reprendre l'illustration donnée par Weber, une discussion sur la pertinence d'une mesure prise en défense de la peine de mort ne vaut qu'à la condition que chacun des participants à la discussion partage l'idée que la peine de mort constitue un moyen légitime de rendre justice.

342. Un débat sur thème aura d'ailleurs été mené par le constituant français à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort. Lors de l'unique séance publique consacrée par l'Assemblée nationale à la discussion du projet de loi, le garde des Sceaux Pascal Clément avait, pour défendre la mesure, formulé l'argument suivant : « *La France veut porter ses valeurs dans le monde entier. C'est là sa mission, et c'est son honneur. C'est pourquoi elle est favorable à l'abolition universelle de la peine de mort* »¹⁷².

343. Là encore, la prétention à la validité de son énoncé repose sur deux éléments. En premier lieu, l'auditeur pourra considérer cette proposition comme juste s'il partage avec le locuteur la même compréhension du contenu sémantique de la proposition, c'est-à-dire s'il admet la prétention réifiante selon laquelle la France porte bien en elle une valeur voulant que soit interdite la peine capitale. Toutefois, la validité de la proposition ne sera pour lui véritablement admise qu'à la condition que la signification de

¹⁷⁰ « *Le destinateur envoie un message au destinataire. Pour être opérant, le message requiert d'abord un contexte auquel il renvoie ["réfèrent"], contexte saisissable par le destinataire [...]; ensuite, le message requiert un code, commun en tout ou au moins en partie au destinateur et au destinataire [...]; enfin le message requiert un contact [...] entre le destinateur et le destinataire, contact qui leur permet d'établir ou de maintenir la communication* ». Cf. JAKOBSON, Roman. *Essais de linguistique générale*. Paris : Éditions de minuit, 1963. pp. 213-214.

¹⁷¹ Tous deux constituent ainsi une *ressource normative* sur laquelle débattre quant à l'orientation d'action contenue dans la prétention. Cf. LEMIEUX, Vincent. Un modèle communicationnel de la politique. *Hermès, La revue*. 1995, Vol. 3, n° 17-18, p. 96.

¹⁷² ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIe Législature - Session ordinaire de 2006-2007 - 125e séance - 2e séance du mardi 30 janvier 2007 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Janvier 2007, Vol. 2, n° 10. pp. 752-753.

cet énoncé correspond avec son propre système de valeurs, et c'est seulement à l'issue de ce second examen pragmatique que l'argument du ministre pourra emporter son adhésion.

344. Ainsi, la justesse des énoncés fondés sur des conduites idéales de vie, varie selon que le sujet invoque des justifications issues de directives religieuses ou de certaines causes. Pour les premières, la validité des arguments se mesure à la capacité du locuteur à rendre compte de l'existence d'impératifs extramondains et à celle de l'auditeur d'accepter ce type d'assertion. Pour les secondes, la justesse dépend de l'objectivité et de la force réifiante de la prétention, ainsi que du degré d'adhésion à la cause défendue par les participants de la discussion.

345. Par ailleurs, au-delà de ce type de locution, d'autres tests de validité peuvent être formés à l'encontre d'énoncés régulateurs sous la forme d'une analyse de la convenance à certains standards de valeurs des prétentions contenues dans les exigences d'action.

2. *Convenance communicative des standards de valeurs*

346. À partir de J. Habermas, on comprend les actions langagières communicatives comme « des actes de parole qui se réfèrent, soit directement à des prétentions à la validité [...], soit à l'élaboration argumentative de prétentions à la validité »¹⁷³. Confronté à ce type de prétention, l'auditeur évalue la convenance des arguments à des standards de valeur fondés sur une diversité de critères axiologiques.

347. Afin de mieux comprendre l'étendue des tests de validité auxquels se retrouvent soumises les exigences, seront donc examinés ici la convenance à certains devoirs et aux standards de beauté.

a. Le partage des intentions, critère universel de convenance aux standards du devoir

348. À partir du *Traité de logique* d'Edmond Goblot, le devoir peut être compris comme « la pensée de l'être social poursuivant des fins qui dépassent l'individu »¹⁷⁴. Cette approche pragmatiste de la vérité implique dès lors une double incidence sur la validité des actes de langage formés selon le devoir.

349. D'une part, L. Fedi remarque que « le vrai porte la marque de l'impersonnel et de l'universel parce qu'il est ce qui se vérifie dans toutes les actions, quels qu'en soient les protagonistes, alors qu'un jugement faux peut s'appliquer accidentellement à un cas isolé »¹⁷⁵. De ce fait, l'injonction de s'arrêter à un feu rouge, la nuit, sur une route déserte, est considérée comme valide par ce que le fait de s'arrêter

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 334.

¹⁷⁴ GOBLOT, Edmond. *Traité de logique*. Paris : Armand Colin, 1918. p. 32.

¹⁷⁵ FEDI, Laurent. Le devoir comme application à soi... *Op. cit.* p. 47.

lorsque l'on rencontre un feu rouge est le comportement qu'il convient en général d'adopter en tous lieux et en toutes circonstances¹⁷⁶. Dès lors l'énoncé formulé par le locuteur au cours d'une discussion est sémantiquement valide s'il est prononcé de manière telle qu'il ne laisse aucun doute à l'auditeur quant à l'universalité de l'intention d'action.

350. Celui-ci examine la convenance pragmatique de la proposition à partir de sa propre conception de l'attitude à adopter au regard de la situation. Si, en arrivant devant le feu rouge, le passager du véhicule déclare « *il n'est pas nécessaire de nous arrêter car ce carrefour est désert* », il remet en cause l'universalité de l'intention d'action du conducteur qui était de marquer l'arrêt. La proposition selon laquelle il est du devoir de chacun de s'arrêter lorsque le feu est rouge n'est donc pas valide. En revanche, si le passager comprend le sens sémantique du signal figurant sur le feu tricolore de la même manière que le conducteur, il considère que stopper le véhicule correspond au comportement adéquat lorsque le feu est rouge.

351. L'inclusion dans la Constitution argentine de 1994 d'un article relatif au *droit à un environnement sain* permet d'apporter une illustration intéressante des examens de validité d'arguments fondés sur le devoir. Afin de défendre le vote de l'article sans toutefois renoncer à une certaine prudence dans la rédaction de ses dispositions, le représentant à la Convention Alberto A. Natale avait par exemple soutenu l'idée d'un « *consensus, dans la société universelle, selon lequel l'environnement doit être protégé* », bien qu'il faille « *garder à l'esprit que nous avons besoin d'industries, que nous avons besoin de sources de travail [...] pour le développement de la Nation argentine* »¹⁷⁷ [nous traduisons].

352. En formulant un tel énoncé, A. Natale reconnaît comme vraie la proposition selon laquelle existe un devoir universel de protection de l'environnement. Il coïncide ainsi avec les dispositions du texte normatif protégeant le droit à un environnement sain. Néanmoins, il estime aussi que l'accomplissement d'un tel devoir n'est pragmatiquement envisageable qu'à travers la recherche d'un équilibre permettant de concilier les impératifs écologiques avec les nécessités du développement économique argentin. Dès lors, la protection de l'environnement n'est considérée comme universellement valide que dans la mesure où ce devoir n'entre pas en contradiction avec l'obligation également universelle de pourvoir au développement de la société. Pour être valides dans le sens entendu par A. Natale, les dispositions constitutionnelles relatives à cette question devront donc appréhender ces deux exigences.

¹⁷⁶ La thèse de Pascal Solignac, sur *La justice comme sollicitude*, permet de comprendre que, dans un tel cas, l'individu estime le comportement adéquat non plus en fonction des règles *déterminantes* du jugement, mais à partir de la *conviction axiologique* de la conduite à adopter dans cette situation. Cf. SOLIGNAC, Pascal. *La justice comme sollicitude - De Ronald Dworkin à la question de l'éducation*. RENAUT, Alain (dir.). Thèse de doctorat, philosophie. Paris : Université Paris IV - Sorbonne, 2008. p. 76.

¹⁷⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 13^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 20 juillet 1994, p. 1620.

b. Le partage des sensibilités, préalable esthétique de convenance aux standards de la beauté

353. Pour P. Souriau, la critique esthétique rationnelle ne réside pas seulement dans le raisonnement pur mais également dans le raisonnement abstrait formé par « *l'expérience, les faits, nos goûts actuels et nos idées acquises* »¹⁷⁸. Confronté à cette double exigence, un locuteur cherchant à justifier son intention d'action en se référant à des critères de beauté doit ainsi prendre en compte deux éléments.

354. D'abord, l'objet auquel il se réfère doit être accessible à l'auditeur pour lui permettre de former un jugement. Pour convenir aux standards de valeurs des membres de la discussion, l'énoncé doit donc être formulé à partir d'éléments d'un monde social commun aux différents protagonistes. Ainsi, par exemple, la phrase « *la Sagrada Família est le plus bel ouvrage d'Antoni Gaudí* » n'est sémantiquement valide, aux yeux de l'auditeur, qu'à la condition que celui-ci ait connaissance non seulement de l'ouvrage en question, mais encore de l'ensemble de l'œuvre de l'architecte catalan.

355. Dans un deuxième temps, l'auditeur procède à l'examen pragmatique de la convenance de l'objet à ses propres standards de valeur. En se fondant sur les travaux de Paul. W. Taylor¹⁷⁹, J. Habermas remarque en ce sens que face à une telle problématique, l'interlocuteur a le choix entre deux opérations¹⁸⁰. La première consiste en une classification par *rang*. Pour vérifier si la Sagrada Família est réellement le plus bel ouvrage de Gaudí, le sujet compare la basilique à l'ensemble des édifices construits par l'architecte en fonction de certains critères objectifs d'analyse. Dans un tel cas, l'auditeur renonce à un examen de la convenance à des standards de valeurs pour préférer une analyse de la vérité de la proposition constative. L'autre opération correspond à une classification par *degré*. Cette fois, le sujet détermine la beauté de l'édifice en fonction de son propre idéal de bâtiment¹⁸¹. Or selon Taylor, « *il n'est pas possible de préciser exactement à quel degré les critères [de cet idéal] doivent être satisfaits [...]. Cela dépend des critères auxquels on fait référence [...], de la façon plus ou moins claire dont ces critères sont définis, de l'échelle sur laquelle la satisfaction de ces degrés peut être mesurée, et de la distance qui sépare l'idéal de la réalité* »¹⁸². La proposition initiale n'est alors valide que si les standards de valeurs de l'auditeur permettent d'aboutir à la même conclusion que celle proposée par le locuteur.

¹⁷⁸ SOURIAU, Paul. *La beauté rationnelle*. Op. cit. p. 98.

¹⁷⁹ L'auteur de *Normative discourse* s'intéresse à la notion de vérité des énoncés fondés sur ce qui est *bon*. La question du *beau* peut ici être traitée de façon analogue. Cf. TAYLOR, Paul W. *Normative discourse*. Upper Saddle River : Prentice Hall, 1961. pp. 7-8.

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1 ...* Op. cit. p. 55.

¹⁸¹ Déjà en 1904, Souriau faisait une distinction analogue en mettant en exergue l'existence d'une confusion entre le beau en tant que *perfection* et le beau *selon les goûts*. Cf. SOURIAU, Paul. *La beauté rationnelle*. Op. cit. p. 154.

¹⁸² TAYLOR, Paul W. *Normative discourse*. Op. cit. p. 8.

356. Lors du débat constitutionnel sur la protection des droits des communautés indigènes en Argentine, on sait que la représentante María C. Vallejos avait encouragé la mise en œuvre de mesures favorables à la participation politique des membres de ces communautés, en particulier concernant les questions relevant de leurs intérêts propres. Afin d'argumenter un peu mieux en faveur de la disposition constitutionnelle, la représentante avait en outre formulé une proposition fondée sur des critères esthétiques en proposant de substituer « à l'histoire officielle qui figure l'indien comme primitif, sauvage, statique [et] anhistorique » l'interprétation moderne d'une diversité d'identités ethno-culturelles disposant de leurs propres conceptions du monde, leurs propres langues, leurs propres expressions artistiques et artisanales, et leurs propres rapports à la terre¹⁸³. À travers cette comparaison, M. C. Vallejos rejette la prétention à la validité de la première proposition et cherche au contraire en emportant l'adhésion de ses auditeurs concernant son second énoncé. Pour considérer ce dernier comme valide, les auditeurs devront non seulement admettre avec la représentante l'existence factuelle d'une pluralité d'identités ethno-culturelles sur le territoire argentin, mais ils seront aussi tenus d'opérer une classification par degré pour reconnaître que la définition moderne donnée des communautés indigènes est préférable à l'approche réifiante de la première proposition.

357. Ainsi, les prétentions à la validité des arguments formés dans le monde social peuvent être comprises selon deux types de locutions. Les premières rassemblent les énoncés régulatifs dont la justesse peut être évaluée selon la concordance entre les croyances ou les convictions du locuteur et celles de l'auditeur. Correspondent aux secondes, les énoncés communicatifs jugés en fonction de la convenance à certains standards de valeurs tels que le devoir ou la beauté.

358. Enfin, un ultime test de validité concerne les propositions pragmatiques d'action fondées à partir d'éléments du monde subjectif dans lequel évolue le locuteur. Il convient dès lors d'en examiner la portée.

B. LE MONDE SUBJECTIF DES ÉNONCÉS EXPRESSIFS, LA VÉRACITÉ EN DISCUSSION

359. De la même manière que pour les énoncés régulatifs, J. Habermas définit les actions langagières expressives comme des propositions où « le locuteur se réfère à quelque chose dans son monde subjectif, et il s'y réfère de manière à pouvoir dévoiler devant un public une expérience vécue à laquelle il a un accès privilégié. La négation d'une telle expression signifie que [l'auditeur] révoque en doute la prétention élevée par [le locuteur] à la véracité de l'autoreprésentation »¹⁸⁴. La discussion, dans un tel cas, est de

¹⁸³ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4093.

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 333.

nature thérapeutique, l'auditeur cherchant à comprendre l'expérience vécue par le locuteur pour vérifier la véracité, ou véracité, de la prétention d'action contenue dans l'énoncé.

360. Dans la première section, les *actions dramaturgiques* visant à impressionner le public pour provoquer une réaction de l'auditoire ont été appréhendées selon deux formes d'expressions gouvernées : soit par les désirs, vains ou naturels, soit par les émotions, homéostatiques ou cognitivo-conatives. À partir des recherches d'Erving Goffman sur *l'autoreprésentation dans le quotidien*, on comprend que ces comportements guident deux types d'activités dramaturgiques. Sont d'abord qualifiées de *cyniques*, les expressions fondées sur le désir où l'acteur n'éprouve pas une réelle nécessité de convaincre son public, dans la mesure où ses besoins actuels sont déjà connus. Sont par contre qualifiées de *sincères*, les manifestations émotionnelles transmises par l'acteur convaincu de sa propre expression¹⁸⁵.

361. Ainsi, en reprenant cette distinction, ce second paragraphe se propose d'aborder la manière dont l'auditeur peut réaliser ses tests de validité sur cette dernière catégorie de prétentions d'actions.

1. Véracité mimétique des expressions cyniques

362. Les *productions manipulatrices de fausses expressions*, selon la terminologie employée par J. Habermas, ne doivent pas être confondues avec les activités stratégiques orientées vers le succès. Ici, « *l'auto-mise en scène doit pouvoir être comprise comme une expression comportant une prétention à la véracité subjective. Elle cesse de relever de la description d'un agir dramaturgique seulement dès lors que le public ne la juge plus que d'après des critères du succès* »¹⁸⁶. Citant certains auteurs de l'école de Palo Alto¹⁸⁷, Dominique Picard remarque que, sous sa forme *cynique*, l'agir dramaturgique de Goffman partage avec la théorie du désir mimétique de René Girard l'idée que, par le développement de relations interpersonnelles établies grâce à la communication, les individus mèneraient une *quête de reconnaissance pour parvenir à la conscience d'eux-mêmes*¹⁸⁸.

363. À partir de ce rapprochement, il est alors possible de comprendre la validité des énoncés relevant du cynisme dramaturgique non pas en fonction de la finalité de l'action, mais plutôt selon le partage réciproque de l'intention formulée par le locuteur.

¹⁸⁵ Cette distinction avait déjà été repérée par J. Habermas dans ses développements sur l'agir dramaturgique. Elle s'appuie sur *La mise en scène de la vie quotidienne*, principal ouvrage du sociologue Erving Goffman, paru dans sa version initiale en langue anglaise, en 1959. Cf. GOFFMAN, Erving. *The presentation of self in everyday life*. New York : Doubleday Anchor Books, 1959. pp. 17-18.

¹⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 110.

¹⁸⁷ PICARD, Dominique. Quête identitaire et conflits interpersonnels. *Connexions*. 2008, Vol. 1, n° 89, p. 75.

¹⁸⁸ WATZLAWICK, Paul, BEAVIN, Janet H. et JACKSON, Don D. *Une logique de la communication*. Paris : Seuil, 1972. p. 84.

a. La dramaturgie réciproque des désirs naturels, marqueur de véracité mimétique des besoins concrets

364. Dans sa tentative de mise en relation de l'anthropologie mimétique de René Girard avec la compréhension expérimentale de Claude Lefort, Harald Wydra considère que les *structures mimétiques du politique* sont caractérisées par des expressions de réciprocité entre plusieurs sujets désirants. Cette réciprocité est qualifiée de positive lorsque le désir mimétique se manifeste sous la forme d'une coopération, d'une relation de confiance ou même d'une relation amoureuse. Elle est considérée comme négative lorsqu'elle éveille chez les sujets, rivalités et pulsions de violence¹⁸⁹.

365. De ce point de vue, la véracité des énoncés cyniques caractérisant l'expression des désirs naturels de bonheur ou de plaisir, se mesure aux réactions que ces prétentions produisent chez l'auditeur. Seule la manifestation réciproque d'un même désir par un comportement concurrent ou coopératif, peut ici permettre d'attester de la véracité de l'expression. Pour bien comprendre la portée d'un tel énoncé, il est par exemple possible d'imaginer le cas de deux enfants devant une seule part de gâteau. L'un des deux formule le désir de manger ce dernier morceau. Le second peut alors adopter trois attitudes. Soit il éprouve un désir similaire et se rue vers le gâteau pour éliminer les chances de son concurrent de pouvoir manger la part. Soit il propose de partager la portion pour permettre à chacun de satisfaire son envie. Soit enfin, il manifeste son désintérêt vis-à-vis de cette prétention¹⁹⁰. Dans les deux premiers cas, par son comportement rival ou coopératif, le second enfant considère la véracité de l'expression du premier en formulant un désir du même ordre. La troisième attitude est quant à elle différente en ce que l'auditeur ne ressent pas de besoin similaire, et il est donc impossible de mesurer la véracité de l'expression¹⁹¹.

366. En France, la volonté d'insérer à l'article 29 de la *Déclaration des droits de l'Homme* du premier projet de Constitution de 1946 un *droit au repos et aux loisirs* inspire chez certains constituants la formulation de propositions fondées sur des désirs naturels. Pour défendre le vote de l'article, le rapporteur particulier de la Commission de la Constitution pour la Déclaration des droits, Gilbert Zaksas, avait par exemple insisté sur le fait que « *pour assurer l'émancipation véritable du peuple, il fallait [...] garantir à chacun des conditions de travail convenables, le droit au repos, aux loisirs [et] un salaire fournissant des ressources suffisantes pour faire vivre chaque travailleur et sa famille d'une vie digne* »¹⁹² [nous

¹⁸⁹ WYDRA, Harald. Les structures mimétiques du politique (René Girard et Claude Lefort). *Cités*. 2013, Vol. 1, n° 53, p. 72.

¹⁹⁰ Une quatrième possibilité pourrait encore consister à refouler son désir initial et à céder la part de gâteau par courtoisie. Toutefois, ce dernier cas ne caractérise pas véritablement le désir mimétique de consommer le morceau, mais plutôt un désir supérieur de reconnaissance sociale d'un comportement altruiste.

¹⁹¹ Le fait que *in fine*, le premier enfant mange la part de gâteau ne permet pas de déduire la véracité de l'expression mais seulement la vérité de l'énoncé constatif : « *la part de gâteau a été mangée* ».

¹⁹² ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante – 1re Séance du Jeudi 7 mars 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de

traduisons]. La validité de cet énoncé réside alors dans la capacité des partenaires de la discussion à éprouver un désir analogue en manifestant leur volonté de coopérer au vote de la disposition afin de contribuer à la satisfaction non seulement de leurs propres désirs, mais aussi de celui des sujets dont ils revendiquent la représentation. Le désir mimétique incarné dans cette manifestation de volonté devra alors permettre de confirmer la véracité de la proposition.

b. La dramaturgie réciproque des désirs vains, témoin de véracité mimétique des besoins abstraits

367. De la même manière que pour les désirs naturels, la véracité des expressions cyniques traduisant la poursuite de désirs vains s'évalue en fonction de la réciprocité des réactions, rivales ou coopératives, des partenaires d'une discussion. Ce phénomène s'observe notamment dans les *lutttes de pouvoir* régulées par les institutions des sociétés démocratiques.

368. Dans ses *Essais sur le politique*, Claude Lefort considère en effet que le passage de la société d'ancien régime aux sociétés républicaines contemporaines marque le déplacement d'un pouvoir *incorporé dans le corps du roi* à un pouvoir *désincorporé dans le corps social du peuple*¹⁹³. Ce processus de désincorporation produit un *lieu vide du pouvoir* propice à l'institutionnalisation de luttes périodiques visant à son appropriation¹⁹⁴. Le pouvoir politique devient alors un objet de convoitises alimentant un désir cynique d'exercice et de contrôle¹⁹⁵ susceptible de se manifester soit par des rivalités violentes soit par des actions de coopération.

369. C'est d'ailleurs sur la contestation de ce désir cynique que se fonde la proposition langagière du représentant à la Convention Tomás E. R. Castillo Odena visant à motiver son rejet de la possibilité de réélection du Président de la Nation. Invité à prendre la parole pour informer l'assemblée de la position de son parti vis-à-vis de cette question, le représentant libéral de la province de Corrientes avait alors qualifié de *nocive préoccupation* « le désir de maintenir le leadership et la position dominante que l'on

l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. Mars 1946, n° 21, p. 606.

¹⁹³ WYDRA, Harald. Les structures mimétiques du politique... *Op. cit.* p. 70.

¹⁹⁴ Dans les démocraties modernes, le pouvoir apparaît pour Claude Lefort comme un lieu vide, ce qui signifie « qu'il n'appartient à personne ; que ceux qui l'exercent ne le détiennent pas, mieux, ne l'incarnent pas ; que cet exercice requiert une compétition périodiquement renouvelée, que l'autorité qui en a la charge se fait et se refait en conséquence de la manifestation de la volonté populaire ». Cf. LEFORT, Claude. *Essais sur le politique - XIXe-XXe siècles*. Paris : Seuil, 1986. p. 265.

¹⁹⁵ BRAUD, Philippe. *L'émotion en politique*. Paris : Presses de Sciences Po, 1996. pp. 7-8.

attribue à la Présidence »¹⁹⁶. Par cette observation, il dénonçait ainsi la prétention à la validité d'une proposition fondée selon lui sur le vain désir d'accumulation du pouvoir¹⁹⁷.

370. Ainsi, la véracité mimétique des expressions cyniques s'appréhende à travers la réciprocité des désirs naturels et des désirs vains. Au sujet des premiers tout d'abord, la réciprocité se perçoit à travers la volonté rivale ou coopérative de l'auditeur, cherchant à satisfaire un besoin de bonheur ou de plaisirs analogue à celui du locuteur. Concernant les seconds ensuite, la validité de la prétention d'action repose sur la même logique, à la différence près que le désir poursuivi n'est plus naturel mais orienté vers des objectifs non finis tels que la richesse ou le pouvoir.

371. À cette forme d'énoncé expressif du monde subjectif, s'ajoute encore les expressions sincères, dont la véracité s'évalue par empathie émotionnelle.

2. *Véracité empathique des expressions sincères*

372. Dans le premier tome d'*Économie et société*, Weber considère que « *l'évidence propre à la compréhension peut avoir ou bien un caractère rationnel [...] ou bien le caractère de ce que l'on peut revivre par empathie, c'est à dire de nature émotionnelle* ». Plus loin, il ajoute qu'est « *évident par empathie dans une activité ce qui est revécu pleinement quant à ses relations affectives vécues* »¹⁹⁸.

373. Cette approche permet de comprendre qu'au cours d'une discussion, la véracité des énoncés fondés sur des expressions sincères ne peut être attestée par un auditeur qu'à l'unique condition que ce dernier partage les mêmes émotions que celles éprouvées par le locuteur. Dès lors, en reprenant la distinction opérée par C. Tappolet dans *Émotions et valeurs*¹⁹⁹, ce dernier point cherchera à comprendre les conditions de validité des énoncés émotionnels de nature homéostatique et cognitivo-conative.

¹⁹⁶ Cet argument sera par ailleurs complété par une volonté de mise en garde des autres membres de la Convention visant à rappeler les conséquences historiques que le désir vain de renforcement du pouvoir présidentiel a déjà pu produire sur la stabilité des institutions de la Nation argentine. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 18^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 27 juillet 1994, p. 2292.

¹⁹⁷ Avec Luc Boltanski, on remarquera en outre qu'en politique, ce désir de pouvoir ne se manifeste pas seulement dans la volonté de réélection, mais bien tout au long de la vie sociale. Cf. BOLTANSKI, Luc. *La souffrance à distance - Morale humanitaire, médias et politique*. Paris : Métailié, 1993. p. 248.

¹⁹⁸ WEBER, Max. *Économie et société/1*... *Op. cit.* pp. 29-30.

¹⁹⁹ TAPPOLET, Christine. *Émotions et valeurs*. *Op. cit.* p. 192.

a. La dramaturgie sincère des émotions homéostatiques, exigence de véracité empathique des affects spontanés

374. Dans la septième proposition concernant les *affects* de ses développements sur *L'Éthique*, Baruch Spinoza appelle *conatus* la nature de l'effort produit par un individu pour se *préserver dans son être*²⁰⁰. À partir de cette maxime, l'émotivité homéostatique est perçue comme l'expression sincère d'un sentiment d'inconfort visant à produire une réaction sociale pour préserver les fonctions vitales de l'organisme. Dès lors, l'auditeur qui comprend la signification de l'énoncé formulé par le locuteur est capable d'appréhender le sens de l'effort qu'il réalise pour annihiler sa sensation de mal-être.

375. Ainsi, en prenant appui sur le *système JP* (J pour *jonction*, P pour *position*) développé par Albert Assaraf dans *Quand dire c'est lier*²⁰¹, la véracité des prétentions formées à partir d'émotions homéostatiques se mesure selon la nature de la relation empathique qui lie les différentes parties à la discussion. Le degré de compréhension de l'émotion varie alors selon l'écart de position existant entre les sujets et la qualité du lien qui les unit. L'émotion de colère partagée par un groupe au cours d'un mouvement social contre un projet politique peut par exemple être perçue de plusieurs manières par les dirigeants²⁰². En suivant les différentes catégories d'appréciation du *conatus* proposées par A. Assaraf²⁰³, ces derniers ont le choix entre rompre le dialogue social et imposer la mesure par la force (*abolition du lien*), écouter les revendications mais n'y prêter aucune attention (*cimentage du lien*), procéder à une prise en compte à la marge des sollicitudes (*épargne du lien*), ou repenser fondamentalement voire abandonner la réforme (création d'un *nouveau lien*). Parmi ces réactions, seules les deux dernières sont considérées

²⁰⁰ « L'effort par lequel toute chose s'efforce de préserver dans son être n'est rien en dehors de l'essence actuelle de cette chose ». Cf. SPINOZA, Baruch. *Éthique*. Paris : Éditions de l'éclat, 2005. p. 206.

²⁰¹ En 1993, le linguiste Albert Assaraf publie dans *Les nouveaux actes sémiotiques*, un article dans lequel il expose le *système JP*, conçu comme un modèle visant à comprendre les relations interpersonnelles comme guidées par deux forces. D'un côté, les forces de *jonction* correspondent à la nature du lien qui unit ou désunit les sujets entre eux (axe intérieur/extérieur). D'un autre, les forces de *position* traitent du rapport hiérarchique entre les sujets (axe haut/bas). L'étude des forces à l'œuvre dans une relation permet alors d'en analyser la nature. Cf. ASSARAF, Albert. Quand dire c'est lier - Pour une théorie des « ligarèmes ». *Nouveaux Actes Sémiotiques*. 1993, p. 8-29.

²⁰² Ce phénomène a par exemple été décrit par Bleuwenn Lechaux concernant la mobilisation, en 2003, des intermittents du spectacle, opposés à un durcissement des conditions d'accès au régime de l'intermittence. Cf. LECHAUX, Bleuwenn. La mobilisation des intermittents du spectacle. Dans : TRAÏNI, Christophe, *Émotions... Mobilisation !* Paris : Sciences Po, Les Presses, 2009, p. 74.

²⁰³ Dans un autre article publié presque vingt-cinq ans plus tard, A. Assaraf approfondit l'idée selon laquelle existent quatre phases du lien qui unit les sujets et varie selon la force de réciprocité du *conatus*. Il appelle « *cimenter le lien* », la phase où l'auditeur préfère nier le *conatus* du locuteur pour préserver sa position. La phase « *épargner le lien* » correspond quant à elle à un effort de compréhension de l'auditeur des émotions transmises par le locuteur, sans pour autant remettre en cause sa position. Une troisième phase peut consister à « *abolir le lien* » et entend détruire toute forme de relation entre les sujets. Finalement, la dernière phase vise à « *créer le lien* ». Dans ce dernier cas, l'auditeur éprouve une empathie telle qu'il remet en cause jusqu'à sa position en cherchant à *tout recommencer dès les fondements*. Cf. ASSARAF, Albert. Toutes les émotions en deux forces. Damasio et le « système JP ». *Psychiatrie - Sciences humaines - Neurosciences*. 2017, Vol. 15, n° 1, pp. 42-43.

comme empathiques et témoignent de la reconnaissance par les gouvernants de la sincérité des revendications portées par le groupe social.

376. Certains des arguments utilisés dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle de *protection de la Nation* pourraient sans doute permettre d'illustrer la forme des prétentions à la validité contenues dans les propositions langagières formées à partir d'émotions homéostatiques. Ainsi, pour introduire leur exposé, le Premier ministre Manuel Valls et la garde des Sceaux Christiane Taubira faisaient par exemple le choix de rappeler l'insupportable bilan des personnes blessées et décédées à la suite des attentats de Paris et de Saint-Denis²⁰⁴. À première vue, un tel énoncé prend la forme d'une proposition constatative fondée sur l'observation empirique d'un état de choses. Pourtant ici, dans le contexte bien particulier de l'émotion nationale suscitée par des actes terroristes survenus à peine quelques semaines auparavant, les ministres sont animés par une intention différente visant à attirer l'empathie des députés afin de les prédisposer au vote de la réforme. Leurs intentions seront d'autant plus prises au sérieux que les membres de l'Assemblée nationale considéreront la véracité de l'énoncé en partageant la même émotion collective devant le souvenir de ces attentats.

b. La dramaturgie sincère des émotions cognitivo-conatives, vecteur de véracité empathique des affects calculés

377. En conclusion de son ouvrage sur les *Émotions du pouvoir*, Christian Le Bart considère trois exigences de validité des propositions langagières formées à partir d'émotions cognitivo-conatives²⁰⁵.

378. Pour être perçue comme sincère, une telle émotion doit en premier lieu être exemplaire ou personnelle. Selon la nature officielle ou quotidienne de la discussion politique, la véracité de l'énoncé empathique dépend soit de son adéquation avec une émotion collective, on parle alors de sentiment exemplaire, soit de sa corrélation avec une émotion privée exprimée par le locuteur.

379. Ce second cas appelle toutefois à examiner un deuxième critère de validité inhérent à l'authenticité de l'expression adoptée par le sujet. Ici, la véracité de la prétention d'action est évaluée en fonction de la réalité du sentiment éprouvé. Dans ces conditions, une proposition formulée à partir d'une émotion feinte par son auteur pour attirer la compassion est par conséquent écartée et critiquée pour son manque d'authenticité.

²⁰⁴ VALLS, Manuel et TAUBIRA, Christiane. *Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, présenté au nom de M. François Hollande, Président de la République, par M. Manuel Valls, Premier ministre, et par Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la justice*. Projet de loi constitutionnelle n°3381. Paris : Assemblée nationale, 2015. p. 3.

²⁰⁵ LE BART, Christian. *Les émotions du pouvoir - Larmes, rire, colères des politiques*. Paris : Armand Colin, 2018. pp. 231-236.

380. Enfin, le dernier critère de validité dégagé par C. Le Bart est lié à un impératif d'autorégulation imposant le respect par le locuteur de certaines *normes de sang-froid* pour être en mesure de convaincre de la rationalité des arguments invoqués au cours de la discussion. Bien qu'il se réfère à une expression sincère, l'énoncé doit être contenu. Le locuteur doit montrer une certaine maîtrise de ses émotions pour espérer être persuasif. Un sentiment de colère aura par exemple d'autant plus de chances d'être partagé qu'il ne se traduit pas par des propositions exagérées.

381. Dans un point précédent, on remarquait que les traumatismes passés de l'histoire politique argentine avaient pu inspirer la formulation de propositions langagières fondées sur des émotions cognitivo-conatives au cours des débats de la Convention constituante. On aimerait ici repartir d'un exemple d'énoncé de ce type afin d'étudier les prétentions à la validité sur lesquelles le locuteur cherche à appuyer sa proposition. Un débat intéressant concerne en ce sens la rédaction du nouvel article 36 de la Constitution concernant la défense de l'ordre constitutionnel et du système démocratique. Pour soutenir la mesure, le représentant à la Convention A. M. Bassani avait choisi de signifier aux membres de l'assemblée son inquiétude en rappelant quelques-unes des conséquences que les derniers coups d'État militaires avaient pu avoir sur l'ordre juridique, allant de l'intention de développer des projets contre le Peuple et la Nation, jusqu'à la systématisation du terrorisme d'État en passant par l'expansion sans contrainte de nationalismes *messianiques* et *extrêmes*²⁰⁶.

382. Par cette rhétorique, A. M. Bassani entendait donc convaincre les membres de la Convention en mobilisant une émotion cognitivo-conative dont la validité se détermine à l'aune des critères d'authenticité, de sincérité et de rationalité de l'argumentation. Concernant le premier, les auditeurs pourront considérer cet argument comme valide à la condition de reconnaître l'exemplarité de l'énoncé, c'est-à-dire en acceptant la possibilité que l'émotion éprouvée par le locuteur puisse relever d'une émotion collective. Au sujet du second, les partenaires de la discussion devront être persuadés de la sincérité de cette émotion au regard des éléments de contexte historique dont ils auront eux-mêmes reconnu la validité. Enfin, les interlocuteurs admettront la véracité de cette émotion s'ils estiment qu'A. M. Bassani apparaît suffisamment sincère dans son allocution.

383. Conclusion de section. L'objet de cette seconde section portait sur l'analyse des prétentions à la validité contenues dans les propositions langagières visant la satisfaction d'objectifs téléologiques d'action guidés par des logiques de succès et d'intercompréhension.

²⁰⁶ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 12^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria. *Diario de sesiones*. Santa Fé, 19 juillet 1994, p. 1507

384. Dans un premier développement, ont été abordées les prétentions à la vérité et à l'efficacité des énoncés du monde objectif, compris par J. Habermas comme celui des états de choses composant la réalité empiriquement observable et analysable. Les tests de validité auxquels étaient soumis ces locutions prenaient alors la forme d'un examen des discours constatifs et impératifs caractérisant les propositions d'action instrumentales et stratégiques.

385. Le second développement a quant à lui permis d'aborder deux autres catégories de prétentions. Les premières, issues du monde social, avaient trait aux énoncés régulatifs formés en relation à des idéaux et vie et des standards de valeur mesurables selon des critères de justesse et de convenance à certaines normes d'action. Les autres, relatives au monde subjectif, étaient soumises à un examen de la véracité mimétique ou empathique des expressions dramaturgiques jouées par les acteurs.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

386. Ce premier chapitre entendait comprendre la portée des discussions pragmatiques comme moyen de formation de normes pratiques visant à la satisfaction d'intérêts selon une dynamique de finalité. Cette perspective téléologique de l'activité normative incitait alors à saisir l'ensemble des propositions d'action guidant la structuration des arguments en finalité pour appréhender ensuite les conditions de validité régulant chaque prétention.

387. En ce sens, la première section consistait à distinguer parmi les propositions pragmatiques d'action, celles portées par une logique de succès, de celles inspirées par un objectif d'intercompréhension. Aux premières correspondaient les propositions de nature instrumentales et stratégiques fondées sur des justifications techniques d'expérience et de raisonnement, ainsi que sur des arguments impartiaux ou extrêmes permettant d'inciter ou de dissuader la réalisation d'actions par les participants de la discussion. Les secondes, quant à elles, étaient relatives aux propositions axiologiques et affectuelles cherchant à emporter l'adhésion à certaines convictions ou certains affects.

388. Dans un second temps, ces développements liminaires ont permis d'aborder l'étendue des tests de validité auxquels sont systématiquement soumises les propositions langagières au cours de la discussion. Lorsqu'ils débattent, locuteur et auditeur formulent à tour de rôle certaines prétentions que chacun d'eux évalue selon des critères de vérité, d'efficacité, de justesse ou de véracité. Tout d'abord, les examens de vérité et de véracité des énoncés sont réalisés lorsque le locuteur se réfère à des éléments du monde objectivement observables par l'auditeur. Justesse et véracité des locutions sont par ailleurs analysées quand le sujet formule des arguments à partir du monde social dans lequel il évolue, ou selon son propre monde subjectif.

389. Cependant, ces différentes considérations ne valent que pour les processus de décisions relatifs à la mise en place de normes pragmatiques d'action. Ils n'épuisent pas l'ensemble des discussions ayant cours au sein de l'espace public. Pour cette raison précise, il convient dès lors, de prolonger cette analyse en s'intéressant aux structures communicationnelles qui régissent les questions éthiques de vie en société.

CHAPITRE 2.

LES NORMES CLINIQUES, PRODUIT DES DISCUSSIONS ÉTHIQUES

390. Les *Philosophical Papers* de Charles Taylor constituent pour J. Habermas une excellente opportunité de dépasser l'horizon limité des discussions pragmatiques pour porter au niveau éthique la formation communicationnelle de la volonté. Le prolifique auteur canadien y développe notamment l'idée selon laquelle chacun se laisserait guider par deux types de préférences pour orienter sa conduite de vie : les *préférences faibles*, qui influencent les choix simples visant à déterminer le moyen le plus adéquat pour atteindre un but, et les *préférences fortes* éclairant les *décisions axiologiques graves* qui forment les projets de vie individuels¹.

391. Au sein d'une discussion pratique, ce deuxième niveau de préférence est relatif aux questions *éthico-existentielles* qui permettent la compréhension de sa propre histoire de vie et inspirent la formulation de conseils cliniques nécessaires à la réussite de l'existence. Ces recommandations prennent ainsi racine dans la description des traditions ayant œuvré à la construction de l'identité du sujet, pour formuler par la suite les prescriptions inhérentes à l'idéal de vie souhaité².

392. D'abord avec B. Williams³, puis de nouveau avec Ronald Beiner⁴, J. Habermas remarque que les réflexions individuelles relatives à l'éthique de vie peuvent être transposables au niveau politique d'une éthique de la société dans son ensemble⁵. Dès lors, « *les questions éthico-politiques, se posent du point de vue des membres [d'une] communauté qui, à propos de certaines questions vitales, souhaitent savoir*

¹ TAYLOR, Charles. *Philosophical papers - Human agency and language*. Vol. 1. Cambridge : Cambridge University Press, 1985. p. 16.

² Dans son *Éthique de la discussion*, J. Habermas évoque dans le même sens « *la composante descriptive de la genèse biographique du moi, et la composante normative de son idéal* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Op. cit. p. 98. Cette distinction est par ailleurs reprise de la même manière dans *Droit et démocratie*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 180.

³ B. Williams préconise l'autoréflexion éthique : de même qu'un individu peut se penser sur sa propre vie, une communauté peut mener une autoréflexion éthico-politique visant à comprendre l'identité du groupe et ses aspirations futures. Cf. WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of Philosophy*. 3^e éd. Abingdon : Routledge, 2006. p. 171.

⁴ BEINER, Ronald. *Political judgment*. Chicago : University of Chicago Press, 1983. p. 146.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Op. cit. p. 114.

quelle forme de vie ils partagent et en fonction de quels idéaux ils devraient projeter leur vie commune »⁶. Cette forme d'interrogation conduit alors les participants à la discussion à interagir pour contribuer à la compréhension herméneutique de leur identité collective et de l'ambition portée par la communauté⁷.

393. Rapportées aux discussions normatives, Michael J. Perry estime que les interrogations herméneutiques d'une société prennent corps dans les débats constitutionnels⁸. Sans omettre de formuler de fortes réserves relatives à cette posture⁹, J. Habermas comprend ainsi que

La discussion éthico-politique des citoyens à propos de leur identité collective trouve sa forme concentrée dans un exercice du droit constitutionnel orienté vers les valeurs, qui se réapproprie sur le mode herméneutique le sens originare de la Constitution, en l'actualisant de façon créatrice en fonction des défis historiques variables¹⁰.

394. Reste encore à appréhender la nature de l'herméneutique normative à laquelle se livre le constituant pour saisir les caractéristiques des discussions éthico-politiques orientées vers la production de normes. Alasdair MacIntyre apporte en ce sens plusieurs éléments de réponse¹¹. Dans *Quelle justice ?*

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 179.

⁷ Dans les pages de *Reason in the age of science*, Hans-Georg Gadamer présente l'herméneutique comme un outil essentiel de la philosophie pratique. Concernant les questions éthiques, cette méthode est particulièrement efficace en ce qu'elle permet de comprendre les traditions pour favoriser le *bon mode de vie* de chacun. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Reason in the age of science*. Cambridge : MIT Press, 1982. p. 97. Dans *Vérité et méthode*, il insiste par ailleurs sur les avantages de la dialectique platonicienne comme moyen d'éveil d'une conscience herméneutique acquise non pas dans la certitude méthodique, mais par le biais d'une communauté d'expérience fondée dans la discussion. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Vérité et méthode... Op. cit.* p. 385.

⁸ PERRY, Michael J. *Morality, politics and Law*. Oxford : Oxford University Press, 1988. p. 152. Cette position est encore partagée par Y. Sintomer qui affirme, dans les pages de *La démocratie impossible*, que les constitutions des pays démocratiques « permettent aux citoyens d'un pays déterminé de décider collectivement ("éthiquement") des formes de vie qu'ils entendent favoriser ». Cf. SINTOMER, Yves. *La démocratie impossible... Op. cit.* p. 257.

⁹ Sur ce point précis, J. Habermas met immédiatement en garde le lecteur de *Droit et démocratie* quant à la grave confusion faite par M. J. Perry concernant la distinction essentielle entre principes et valeurs juridiques. Pour Perry, là où les uns ont une portée déontologique universelle, les autres ne valent que de manière relative en tant que « morale sociale substantielle d'une forme de vie déterminée ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 281. Or chez J. Habermas, les discussions éthico-politiques ne peuvent, en aucune façon, prétendre à un caractère absolu. Elles visent plutôt à la formulation téléologique de valeurs communes à une société particulière. Cf. TERRÉ, Dominique. *Les questions morales du droit*. Paris : Presses Universitaires de France, 2007. p. 161.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 281.

¹¹ La plus grande prudence devra ici être observée entre la posture rationaliste de J. Habermas et l'approche thomiste d'A. MacIntyre. Pour A. MacIntyre en effet, « la raison est calculatrice. Elle peut établir des vérités de fait et des relations mathématiques, mais rien de plus. Dans le domaine de la pratique, elle ne peut parler que des moyens. À propos des fins, elle doit se taire » [traduction de C. Bouchindhomme]. Cf. MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue - A study of moral theory*. 3^e éd. Notre-Dame : University of Notre Dame Press, 2007. p. 54. J. Habermas au contraire, considère dans l'esprit de Kant que toute question pratique est susceptible de vérité et marque ainsi un antagonisme profond avec la pensée d'A. MacIntyre. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Morale et communication... Op. cit.* pp. 63-64. Cette différence de posture a largement été commentée par Max Horkheimer dans son *Éclipse de la raison*. Cf. HORKHEIMER, Max. *L'éclipse de la raison*. Paris : Payot, 1974. pp. 15-26.

Quelle rationalité ?, il rejette les positions cartésiennes et hégéliennes d'une appréciation immuable et arbitraire de la tradition¹², pour considérer que tout processus de compréhension herméneutique obéit à trois stades successifs. Dans un premier temps, la rationalité de la tradition n'est pas encore remise en question. Celle-ci éclaire, sans d'autres ressources qu'elle-même, les différents problèmes existentiels auxquels ceux qui en dépendent se trouvent confrontés. Le deuxième stade est atteint lorsque la tradition initiale n'est plus en mesure d'apporter les réponses nécessaires à la résolution du conflit. Les vérités qu'elle contient commencent à être relativisées. L'ultime moment correspond enfin à la découverte de traditions étrangères ou à la réinterprétation de la tradition existante afin d'apporter une réponse plus adaptée aux nouvelles problématiques de vie. Il advient à la suite d'une *crise épistémologique* que la tradition originelle n'a pas su résorber¹³.

395. Ces différents stades caractérisent en réalité deux mouvements discursifs, distincts et successifs, permettant une recherche *par cohérence* de la vérité, où n'est vrai que « *ce qui, dans le contexte de notre tradition, se prête à corriger les erreurs* »¹⁴. Le premier mouvement est donc endogène et correspond à la tentative de résolution des conflits éthico-politiques à partir des ressources propres à la tradition

¹² Contre Descartes, A. MacIntyre rejoint Gadamer pour écarter toute possibilité d'analyse méthodique des traditions à partir de vérités *absolues* et *inattaquables*, puisque chacune d'elles prend en réalité pour point de départ une *réalité contingente*. Cf. MÜLLER, Denis. *Convocation et provocation de l'éthique - Dialogues philosophiques et théologiques*. Vol. 6. Zurich : LIT, 2014. p. 76. De même, il rejette l'intuition hégélienne des traditions communément orientées vers un même *état final rationnel*. Au contraire, « *chaque tradition [...] poursuivra son chemin historique spécifique, et tout ce à quoi nous nous trouverons confrontés au bout du compte sera un ensemble d'histoires indépendantes et rivales* ». Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* Paris : Presses Universitaires de France, 1993. pp. 387-388. C'est aussi en ce sens que Paul Ricœur considère l'herméneutique de la conscience historique comme fusion entre horizons où « *le passé nous est révélé par la projection d'un horizon historique à la fois détaché de l'horizon du présent et repris, réassumé en lui* ». Cf. RICŒUR, Paul. *Temps et récit - Le temps raconté*. Vol. 3. Paris : Seuil, 1985. p. 320.

¹³ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* *Op. cit.* p. 382. Pour J. Habermas, ce modèle apparaît contestable pour trois raisons. D'abord, la description d'A. MacIntyre apparaît trop sélective. Le passage d'une tradition à l'autre ne peut se faire selon lui que par le biais d'une *dévalorisation catégoriale en général*, c'est-à-dire par une remise en cause de l'ensemble des valeurs caractéristiques d'une tradition. Ensuite, A. MacIntyre se heurte à une importante contradiction performative car, sauf à *s'empêtrer dans le relativisme*, il lui est impossible d'affirmer que toute tradition livrée à une réflexion éthico-politique obéit à ces trois stades, tout en ne fondant ses observations que sur l'analyse du seul modèle de l'évolution du christianisme. Enfin, le concept d'apprentissage par conversion ne semble pas consistant dans la mesure où, selon J. Habermas, rien ne garantit que les individus puissent trouver ailleurs une solution adéquate aux problèmes rencontrés dans leur propre tradition. Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 187. On aura plus tard l'occasion de revenir sur ces critiques (Cf. *Supra*. n°602) mais on voudrait ici insister sur la possibilité de réhabiliter l'approche de MacIntyre du point de vue de la théorie de la discussion en repartant des présupposés de la rationalité communicationnelle. Puisqu'une telle compréhension de la raison se rapporte à la reconnaissance réciproque d'un monde objectif chaque fois contingent, rien ne s'oppose à ce que les partenaires d'une discussion cherchent à s'entendre sur le fondement d'une mosaïque de références traditionnelles pour orienter leurs conduites de vie. Il devient alors possible de considérer qu'au sein d'un même système juridique, des normes éthiques puissent s'inscrire dans plusieurs contextes de tradition, mais aussi que la contradiction performative mise en lumière par J. Habermas puisse être levée en ne remettant pas en cause l'univers entier de la tradition, mais seulement certains aspects des propositions langagières relatives à celle-ci. Le *concept d'apprentissage* lui-même semble plus prometteur lorsqu'il répond à une démarche volontariste de dépassement de crises épistémologiques portant sur des aspects précis d'une tradition déterminée.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 187.

existante. Le second est exogène et relève d'un processus *d'apprentissage* permettant un dépassement des crises épistémologiques par réinterprétation des textes et des pratiques ou appropriation de solutions privilégiées par d'autres traditions.

396. Ainsi, à partir de cette distinction, ce deuxième chapitre se propose d'examiner comment le processus de compréhension herméneutique à l'œuvre au sein des discussions éthiques, concourt à la formation normative de la volonté politique. La première section sera ainsi orientée vers l'application de *l'herméneutique de l'autocompréhension* comme moyen de questionnement de l'identité collective. La seconde entendra saisir les enjeux de *l'herméneutique de l'intercompréhension* pour dépasser les crises épistémologiques par la formulation de nouveaux projets communautaires de vie.

SECTION 1. DE LA STABILITÉ À LA CRISE, LES LIMITES HERMÉNEUTIQUES DE L'AUTOCOMPRÉENSION

397. Dans le chapitre précédent, l'étude des discussions pragmatiques avait permis de mettre en évidence le fait que les propositions langagières invoquées par les sujets n'étaient pas systématiquement guidées par la raison, la volonté des acteurs n'obéissant pas en priorité à des impératifs de rationalité mais à des exigences d'efficacité téléologique de l'action. Il en va toutefois différemment pour les questions éthico-politiques concernant la vie bonne. Dans ce cas en effet, l'expression de la volonté politique vise à définir les aspirations au *mode de vie authentique* de la communauté. Une telle configuration suppose alors une détermination réciproque de la raison et de la volonté où chaque interlocuteur formule des énoncés en considération de son propre univers de vie¹⁵.

398. La notion de *monde vécu* devient ainsi centrale pour comprendre la nature des interactions entre les participants à la discussion¹⁶. J. Habermas y voit un « *lieu transcendantal où se rencontrent locuteur et auditeur ; où ils peuvent réciproquement prétendre que leurs énoncés coïncident avec le monde (le*

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 182-183.

¹⁶ Dans sa philosophie analytique de l'histoire, Arthur Coleman Danto évoquait la possibilité d'une acquisition de la connaissance historique fondée sur l'analyse d'une diversité de récits narratifs. Cf. DANTO, Arthur C. *Analytical philosophy of history*. Cambridge : Cambridge University Press, 1965. p. 233. J. Habermas reprend à son compte cette méthode pour justifier le recours au monde vécu comme moyen de compréhension des arguments éthiques invoqués au cours des discussions politiques. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2: Pour une critique de la raison fonctionnaliste*. Vol. 2. Paris : Fayard, 1987. p. 150.

monde objectif, social et subjectif); et où ils peuvent critiquer et confirmer ces prétentions à la validité, régler leurs différends et viser un accord »¹⁷.

399. Avec A. MacIntyre, il semble alors évident que les propositions langagières formulées en considération des caractéristiques du monde vécu s'inspirent de textes et de discours qui fondent les croyances, les institutions, et des pratiques qui nourrissent les expériences personnelles et accompagnent les individus dans la construction de leur identité et la formulation de leurs aspirations¹⁸. Textes et coutumes constitutionnels trouvent alors toute leur place parmi ces récits en ayant précisément pour vocation de fonder les croyances, institutions et pratiques juridiques inhérentes à la vie en société. Ce constat inspire le développement de cette première section qui entendra explorer les multiples aspects du monde vécu afin de saisir la portée des remises en cause susceptibles d'affecter sa compréhension¹⁹.

400. Dans cette dynamique, seront d'abord étudiées les différentes composantes garantissant la stabilité du monde vécu (I.) avant d'examiner l'étendue des remises en questions susceptibles d'ébranler les vérités établies par la tradition (II.).

§ I. LA STABILITÉ RELATIVE DES COMPOSANTES DU MONDE VÉCU

401. Pour J. Habermas, la notion de monde vécu n'est pas comprise dans le même sens selon que l'on se place dans la perspective de l'auditeur ou dans celle du locuteur. Pour le premier, le monde vécu est de nature contextuelle, il représente l'ensemble des champs d'action offerts au sujet en fonction de l'horizon limité de ses expériences de vie. Pour le second, le monde vécu revêt une dimension cognitive relevant à la fois de la tradition culturelle, des groupes sociaux et des rapports de réciprocité qu'entretient l'acteur

¹⁷ *Ibid.* p. 139. Pour Frédéric Vandenberghe, avant la grande entreprise de sa *Théorie de l'agir communicationnel*, J. Habermas semble déjà s'intéresser à ce concept. Cf. VANDENBERGHE, Frédéric. *Une histoire critique de la sociologie allemande/2...* Op. cit. p. 250. Il préfère alors recourir à la notion de système socio-culturel, qu'il développera dans les pages de *Raison et légitimité*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*. Paris : Payot, 1978. pp. 11-16. Par la suite, les travaux d'Alfred Schutz et de Thomas Luckmann sur les structures du monde vécu contribuent à nourrir l'association faite par J. Habermas entre discussions éthiques et monde vécu. Les deux auteurs appréhendent en effet ce concept comme relevant du domaine de la réalité compris par expérience et de manière non problématique (sans remise en question), par tout acteur doté de capacités cognitives normales. Cf. SCHUTZ, Alfred et LUCKMANN, Thomas. *The structures of the life-world*. Londres : Heinemann, 1974. pp. 3-4.

¹⁸ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* Op. cit. p. 380.

¹⁹ Compte tenu de la nature comparée de ce travail de recherche, les exemples convoqués ici seront exclusivement tirés des systèmes constitutionnels français et argentins. Ces deux ordres juridiques reposant pour l'essentiel sur des traditions de droit écrit, il ne sera pas fait mention de l'autorité des discours, caractéristique du droit coutumier.

avec les autres sujets de la communauté²⁰. Il constitue en ce sens, un *arrière-plan d'intercompréhension intersubjectivement partagé* sur lequel s'appuie le locuteur pour le partage de ses convictions²¹.

402. De ce fait, il semble opportun de rapprocher la Constitution d'une forme d'*arrière-plan normatif* instituant un cadre juridique commun destiné à réguler les actions des membres de la société²². La conception du monde vécu en tant que *croyances, institutions et pratiques*, n'est alors pas si éloignée d'une approche formaliste de la Constitution comme *base réelle* d'un système juridique structuré par « *les pratiques, les institutions, les coutumes et attitudes culturelles ainsi que les croyances essentielles qui définissent la société* »²³, ou encore comme « *prétention à régir globalement et unitairement, par une loi supérieure à toutes les autres normes, le pouvoir politique dans sa formation et ses modes d'exercice* »²⁴.

403. Pour comprendre l'étendue de l'arrière-plan normatif que forme la Constitution dans les débats éthico-politiques de la communauté, il convient donc d'examiner la structure du monde vécu constitutionnel. On cherchera ainsi à appréhender d'une part la portée des croyances qui fondent le tissu de valeurs juridiques communes, et d'autre part la nature des institutions et des pratiques qui garantissent la légitimité systémique de la norme fondamentale.

A. LES COMPOSANTES STRUCTURELLES, SOCLE JURIDIQUE D'UNE CULTURE CONSTITUTIONNELLE COMMUNE

404. La notion de *croyance*, chère à A. MacIntyre pour caractériser la première des trois composantes de la tradition, fait écho chez J. Habermas au concept de *culture* considéré de la même manière comme la première des trois composantes du monde vécu. Or pour Paul W. Kahn, l'étude des *cultures constitutionnelles* permet précisément de mettre en exergue « *les croyances fondamentales qui donnent*

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 151.

²¹ VANDENBERGHE, Frédéric. *Une histoire critique de la sociologie allemande/2... Op. cit.* p. 255. À la suite de J. Habermas, cette définition a pu notamment être approfondie par Natalie Zaccai-Reyners dans le troisième tome de son *Monde de la vie*. Cf. ZACCAÏ-REYNER, Nathalie. *Le monde de la vie/3. Après le tournant sémiotique*. Vol. 3. Paris : Cerf, 1996. pp. 81-109.

²² Paul W. Kahn remarque en ce sens que le Droit se conçoit comme une « *structure de significations d'arrière-plan qui sont toujours déjà en place et qui rendent possible les schémas normatifs à propos desquels nous discutons* » [nous traduisons]. Cf. KAHN, Paul W. *The cultural study of law : reconstructing legal scholarship*. Chicago : University of Chicago Press, 2000. p. 92.

²³ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona : Gedisa, 1997. p. 54.

²⁴ GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1991. p. 37. La traduction est proposée par Olivier Beaud. Cf. BEAUD, Olivier. L'histoire du concept de Constitution en France, de la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État. *Jus Politicum*. 2009, n° 3, p. 1. D. Grimm revient par ailleurs longuement sur cette définition dans les pages de *Constitutionalism : past, present, and future*. Cf. GRIMM, Dieter. *Constitutionalism : past, present, and futur*. Oxford : Oxford University Press, 2016. p. 131-136.

sa consistance spécifique à la réalité juridique et politique dans laquelle se trouve un individu ou une communauté »²⁵.

405. Toutefois, la stabilité de ces croyances n'est pas garantie. Elle dépend de la capacité des individus à assurer la reproduction culturelle en garantissant la *continuité* de la tradition et la *cohérence* du savoir²⁶. Sur le plan juridique, cela suppose en premier lieu l'insertion dans la Constitution de certains principes fondamentaux protégeant la stabilité de l'ouvrage constitutionnel.

1. Les garanties de cohérence du savoir juridique

406. On peut emprunter à Christian Atias une approximation de la notion de savoir juridique. Celui-ci serait « le reflet du droit qu'il porte et dont il garde la mémoire [de manière à] le figer, l'appauvrir ou, au contraire, accompagner ses mouvements et l'enrichir »²⁷. Le savoir juridique consisterait ainsi en un phénomène de sédimentation permettant d'éviter toute forme d'abstraction dans le processus d'élaboration de la norme²⁸.

407. Cette manière de comprendre la formation du droit est partagée par de nombreux juristes. Pour Jacques Chevallier, l'héritage institutionnel est consubstantiel à l'ouvrage constitutionnel et survit même aux *dynamiques révolutionnaires* ayant pourtant pour prétention de construire une organisation socio-politique fondamentalement nouvelle²⁹. De manière encore plus explicite, Carlos Nino propose une analogie du concept de sédimentation normative en ayant recours à l'imaginaire des constructions de cathédrales³⁰ pour montrer que les évolutions constitutionnelles successives ne peuvent en aucune

²⁵ C'est du moins la lecture qu'en fait Guillaume Tusseau dans son analyse de *La formation d'une culture constitutionnelle*. Cf. TUSSEAU, Guillaume. Le présidentielisme de la cinquième République - La part de l'autosuggestion dans la culture constitutionnelle. Dans : DUHAMEL, Olivier, FOUCAULT, Martial, FULLA, Mathieu, et al., *La Ve République démystifiée*. Paris : Presses de Sciences Po, 2019, p. 28. Pour appuyer son développement, G. Tusseau remarque en outre que P. Kahn appréhende le droit constitutionnel comme un *système symbolique* destiné à *structurer l'imagination politique* à travers l'interprétation des croyances, des pratiques, des symboles, des institutions, etc., qui composent le passé, organisent le présent, et anticipent l'avenir. Cf. KAHN, Paul W. Comparative constitutionalism in a new key. *Michigan Law Review*. 2003, Vol. 101, n° 8, p. 2677.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. *Op. cit.* p. 155.

²⁷ ATIAS, Christian. *Questions et réponses en droit*. Paris : Presses Universitaires de France, 2009. p. 38.

²⁸ *Ibid.* p. 235.

²⁹ CHEVALLIER, Jacques. Pour une sociologie du droit constitutionnel. Dans : BÉCHILLON (de), Denys, CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, MILLARD, Éric, et al., *L'architecture du droit: Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris : Economica, 2006, p. 286.

³⁰ De même qu'une cathédrale représente un ouvrage complexe dont il est peu probable que les plans de construction imaginés par les architectes chargés de l'élaboration des clochers correspondent exactement à ceux pensés par les architectes initiaux, l'ouvrage constitutionnel originaire se trouve peu à peu modifié par les constituants successifs sans pour autant que l'ensemble de la structure ne soit remis en question. Cf. NINO, Carlos Santiago. La constitución como convención. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 1990, n° 6, pp. 205-206.

manière se départir de l'acte constituant originel, sous peine de d'ébranler la stabilité du système juridique lui-même³¹.

408. De ce point de vue, Nino concède à A. MacIntyre, Michael Sandel et C. Taylor, l'idée selon laquelle la Constitution joue le rôle de medium dans l'intégration normative des traditions de la communauté³². Celles-ci sont donc assimilées comme des *préconditions*³³ essentielles du système juridique et servent de justifications substantielles ou procédurales aux révisions constitutionnelles successives.

a. Les préconditions substantielles, cadre général des valeurs du système juridique

409. Par précondition substantielle, on entend avec Rodolfo Moreno Cruz, un ensemble de *fait moraux* auxquels une société prétend répondre à travers l'instauration de certaines valeurs juridiques d'ordre constitutionnel capables d'anticiper de possibles problèmes éthiques susceptibles de se poser au sein de la société pour le futur³⁴. Ils définissent un cadre général de conduites à partir duquel peuvent dériver d'autres valeurs régissant la vie de la communauté³⁵.

410. Un exemple éloquent de telles valeurs réside dans les discussions de la Convention constituante argentine de 1994 relative à l'instauration dans la Constitution de la notion de droit à l'environnement³⁶. Le nouvel article 41 de la Constitution se décompose ainsi en quatre alinéas. Le premier pose tout d'abord le *droit à un environnement sain* comme principe général et inconditionnel. Il génère comme corollaire

³¹ Si elle est utile, cette analogie doit toutefois être adaptée avec précaution au contexte de ce travail de recherche. Dans le même article, Nino rejette en effet de manière explicite la thèse développée par A. MacIntyre dans *After Virtue* selon laquelle la construction juridique s'opère par narrations successives favorisant une compréhension mutuelle des pratiques sociales visant une définition commune du bien. Cf. MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue... Op. cit.* p. 269. Pour Nino au contraire, si cette opération constitue en effet une œuvre collective, elle demeure incontrôlable et échappe de ce fait à toute forme de rationalisation. Cf. NINO, Carlos Santiago. *La constitución como convención. Op. cit.* p. 209. Dans le cadre de ce travail, l'hypothèse de départ suit l'intuition d'A. MacIntyre au détriment de celle de Nino.

³² *Ibid.* p. 195.

³³ La notion est empruntée à Stephen Holmes. Cf. HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. Dans : ELSTER, Jon, *Constitutionalism and democracy - Studies in rationality and social change*. Cambridge : Cambridge University Press, 1988, pp. 195-240.

³⁴ MORENO CRUZ, Rodolfo. ¿Qué nombra la moral?: el modelo deliberativo de Carlos Santiago Nino como alternativa a la disputa metaética entre la moral sustantiva y la procedimental. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*. 2009, n° 10, pp. 131-132. Rodolfo Moreno Cruz défend une approche holiste de la traditionnelle opposition entre éthique substantielle et éthique procédurale. Cf. MORESCO, José Juan. *La constitución: modelo para armar*. Madrid : Marcial Pons, 2009. p. 71. À travers la posture de la démocratie délibérative de Carlos Nino, il voit dans la délibération la possibilité d'atténuer la tension entre forme et substance en considérant non pas l'antagonisme mais la réciprocité ontologique existant entre les deux modèles.

³⁵ Nino parle en ce sens de fait moraux fondés sur des *circunstancias contra-factuales* visant à anticiper certains comportements éthico-politiques de la société. Cf. NINO, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. Madrid : Centro de estudios constitucionales, 1989. pp. 69-70.

³⁶ NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Op. cit.* pp. 223-224.

une obligation indifférenciée de préservation. En outre il insère une obligation spécifique de réparation en cas de dommage environnemental. Les trois autres alinéas consistent en une série de prescriptions visant à la mise en application du principe général³⁷.

411. On comprend ici qu'en considérant l'environnement comme un nouveau droit constitutionnel, le constituant argentin de 1994 entend donner une valeur supérieure à une préoccupation sociétale majeure, en laissant toutefois une large marge de manœuvre aux législateurs, fédéral et provinciaux, quant à l'application des mesures de conservation nécessaires à sa mise en application³⁸.

b. Les préconditions procédurales, structure de fonctionnement du système juridique

412. À la différence des préconditions substantielles, les préconditions procédurales rassemblent les valeurs structurelles générales permettant l'organisation du système de droits³⁹. On s'éloigne alors de la nécessité d'une transcription juridique des faits moraux pour considérer uniquement les garanties institutionnelles de stabilisation de la norme constitutionnelle⁴⁰. Selon David Estlund, les lois dérivées de telles valeurs acquièrent leur légitimité et leur autorité à travers le respect de normes de procédures considérées comme les seules à même de produire une décision correcte⁴¹.

413. Ici encore, le débat autour de l'incorporation dans la Constitution argentine d'un nouvel article relatif aux droits politiques doit être compris comme une volonté d'inclusion et de renforcement des préconditions procédurales du système juridique⁴². Au premier alinéa, l'article considère le plein exercice

³⁷ « Tous les habitants ont droit à un environnement sain, équilibré, favorable au développement humain et à des activités productives adaptées aux nécessités présentes sans compromettre celles des générations futures ; et ont le devoir de le préserver. Le dommage environnemental générera en priorité une obligation de réparation, selon les dispositions prévues par la loi. Les autorités veilleront à la protection de ce droit, à l'utilisation raisonnée des ressources naturelles, à la préservation du patrimoine naturel et culturel et de la diversité biologique, ainsi qu'à l'information et à l'éducation environnementale. Il appartient à la Nation d'édicter les normes qui garantissent les financements minimums de protection, et aux provinces, celles nécessaires pour les compléter, sans pour autant altérer les finances locales. Est interdite toute entrée, à l'intérieur du territoire national, de déchets dangereux, avérés ou potentiels, et de produits radioactifs » [nous traduisons]. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 14^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 21 juillet 1994, p. 1800.

³⁸ Les autres dispositions contenues dans la norme n'ont de portée que subsidiaire. Elles viennent renforcer la valeur juridique de l'article en lui fournissant une base d'applicabilité. Cette différence d'intensité des dispositions du texte a d'ailleurs été remarquée par Nino qui distingue entre intégration globalisante et fragmentaire des faits moraux. Cf. NINO, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. *Op. cit.* p. 70.

³⁹ MORENO CRUZ, Rodolfo. ¿Qué nombra la moral?... *Op. cit.* pp. 131-132.

⁴⁰ INVERNIZZI ACCETI, Carlo. La normativité démocratique, entre vérité et procédures - Pour une critique de la justification « épistémique » du principe de majorité de David Estlund. *Raisons politiques*. 2014, Vol. 3, n° 55, p. 85.

⁴¹ ESTLUND, David M. *Democratic authority - A philosophical framework*. Princeton : Princeton University Press, 2008. p. 8.

⁴² L'article 37 discuté par la Convention constituante de 1994 visait à graver dans le marbre de la Constitution certains principes déjà présents dans la législation argentine depuis 1992. Cf. NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Op. cit.* p. 222.

des droits politiques comme une valeur, elle-même dérivée du principe de souveraineté populaire, qui justifie la consécration du suffrage *universel, égal, secret et obligatoire*. La mise en œuvre de cette disposition devra être précisée par la loi. La seconde partie de l'article précise ensuite la notion de droits politiques. Le plein exercice de cette liberté exige en effet la reconnaissance constitutionnelle de l'égalité d'accès des hommes et des femmes aux mandats politiques ainsi que la mise en place de mesures positives visant à garantir l'effectivité de cette exigence⁴³.

414. De façon similaire aux préconditions substantielles, on remarque donc que les débats de la Convention constituante entendent renforcer le principe de souveraineté populaire en élevant au rang de valeur constitutionnelle le droit au plein exercice de ses libertés politiques. Cette norme demeure toutefois une précondition en ce qu'elle ne formule aucune prescription spécifique et se cantonne à fournir certaines orientations générales d'action relevant du domaine des discussions pragmatiques de l'argumentation législative.

415. Ainsi, à travers l'analyse de ces deux formes de préconditions, on comprend que les valeurs substantielles et procédurales régulièrement intégrées au texte constitutionnel concourent à la cohérence du savoir juridique et au renforcement de la structure du monde vécu en faisant coïncider la norme fondamentale avec les traditions de la communauté de vie. Toutefois jusqu'ici, rien n'explique comment cette cohérence, acquise à force de discussions éthico-politiques au cours des processus de révision, peut acquérir une forme de stabilité pour l'avenir. D'autres valeurs, garantes cette fois-ci de la continuité de la tradition, doivent donc venir assurer cette pérennité.

2. *Les garanties de continuité de la tradition*

416. Dans les pages de *La puissance de l'État*, Olivier Beaud s'intéresse à *La doctrine de la limitation matérielle de la révision*. Il rappelle en ce sens la distinction entre *limites autonomes* et *limites hétéronomes* qui encadrent les réformes constitutionnelles. Les premières « *sont imposées par l'ordre juridique interne à la Constitution* ». Les secondes, au contraire, « *sont imposées par un ordre juridique extérieur à la Constitution, qui est l'ordre juridique international* »⁴⁴.

⁴³ « Cette Constitution garantit le plein exercice des droits politiques, en considération du principe de souveraineté populaire et des lois promulguées en conséquence. Le suffrage est universel, égal, secret et obligatoire. L'égalité réelle d'opportunités entre les hommes et les femmes pour l'accès aux charges électorales et à celles des partis politiques, sera garantie par des mesures positives de régulation des partis politiques et du régime électoral » [nous traduisons]. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 32^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4364.

⁴⁴ BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Paris : Presses Universitaires de France, 1994. pp. 336-337. La paternité de la distinction entre limites autonomes et limites hétéronomes au pouvoir de révision constitutionnelle revient cependant à Marie-Françoise Rigaux qui, en 1984, évoque pour la première fois cette opposition dans sa thèse sur *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Cf. RIGAUX, Marie-

417. Cette double définition intéresse particulièrement ce deuxième point de développement dans la mesure où elle permet de mettre en exergue les valeurs garantes de la continuité de la tradition juridique, que ce soit de manière interne, par l'instauration de limites autonomes au processus de révision, ou de manière externe par l'acceptation de certaines contraintes auparavant étrangères au système de droit⁴⁵.

a. Les limites autonomes, mécanisme réflexif d'anticipation des atteintes à la Constitution

418. Marie-Françoise Rigaux donne la définition suivante des *limites matérielles autonomes* du pouvoir constituant :

On qualifie d'autonome la limite matérielle « réflexive », c'est-à-dire celle dont le champ normatif de départ (la source) est aussi le champ normatif d'arrivée. L'opération se déroule dans un seul système de production normative : l'ordre juridique étatique. Celui-ci élabore donc des limites matérielles à l'aide de ses propres sources juridiques. Elles sont destinées directement à certains des éléments appartenant à son ensemble de normes⁴⁶.

419. Cette première base de définition sert par ailleurs à O. Beaud pour opérer une nouvelle distinction au sein même des limites autonomes entre d'une part, les limitations *ratione materiae*, des limites matérielles absolues ayant vocation à perdurer, et d'autre part les limitations *ratione temporis* visant à contraindre le constituant seulement pour une durée déterminée⁴⁷.

420. Une illustration de limitation temporelle au pouvoir de révision constitutionnelle réside par exemple dans l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution de 1958. La procédure de révision est ici exclue dès lors qu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire⁴⁸. Cette disposition vise ainsi à réaffirmer, à la suite

Françoise. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. VISSCHER (de), Paul (dir.). Thèse de doctorat, droit. Louvain : Université Catholique de Louvain, 1984. p. 34. Le débat relatif à la question des limites de la marge de manœuvre du pouvoir constituant est toutefois beaucoup plus ancien. O. Beaud fait remonter au moins à la Charte française de 1830 les discussions sur la *mutabilité* et l'*immutabilité* de la Charte. Un article fut notamment consacré à cette question par Joseph Barthélémy, en 1909, dans la *Revue de droit public*. Cf. BARTHÉLÉMY, Joseph. La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la monarchie de Juillet. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. 1909, Vol. 26, pp. 5-47.

⁴⁵ L'analyse qui va suivre ne s'attardera cependant pas sur la controverse doctrinale, notamment nourrie par Georges Vedel concernant l'impossibilité d'imposer des limites réelles à la révision constitutionnelle. Cf. VEDEL, Georges. Schengen et Maastricht. *Revue française de droit administratif*. 1992, n° 2, p. 179. Cette opinion, largement défendue par la doctrine positiviste, n'a que peu d'incidence du point de vue de la théorie du langage.

⁴⁶ RIGAUX, Marie-Françoise. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Op. cit. p. 279.

⁴⁷ BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Op. cit. p. 337.

⁴⁸ Le quatrième alinéa de l'article 89 de la Constitution française de 1958 dispose en effet qu'« aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ».

de la Constitution de 1946⁴⁹, l'impossibilité pour le Gouvernement de procéder à toute forme de révision constitutionnelle en cas notamment d'occupation du territoire par des forces étrangères⁵⁰.

421. Par ailleurs, le quatrième alinéa de l'article pose une limite absolue interdisant au constituant de remettre en question la *forme républicaine du Gouvernement*. Ces dispositions trouvent leur origine dans l'héritage plus lointain de la stabilisation de la troisième République à travers l'article 2 de la loi constitutionnelle du 14 août 1884 visant à écarter définitivement un possible retour de la monarchie⁵¹.

422. L'examen de ces deux alinéas montre ainsi que, dans un cas comme dans l'autre, le constituant prend en compte l'histoire culturelle de sa communauté de vie pour consacrer de nouvelles valeurs constitutionnelles permettant d'encadrer ses propres capacités d'action. Ces dispositions sont en outre caractéristiques des limites autonomes de l'acte constituant, dans la mesure où elles reposent sur un processus endogène d'autolimitation fondé sur une autopoïèse constitutionnelle.

b. Les limites hétéronomes, stratégie extérieure de préservation de la Constitution

423. De la même manière que pour les limites autonomes, M.-F. Rigaux considère comme *hétéronome* toute limite matérielle qui définit une relation d'*application* d'un système normatif sur le système juridique étatique : « *l'opération se déroule entre deux systèmes de production normative distincts, ce qui détermine la nature "hétéronome" de la limite qui fait l'objet de la relation. Le champ normatif de départ qui institue la limite n'est pas le même que celui à qui elle est destinée* »⁵².

424. Les références faites par certaines Constitutions aux normes internationales constituent souvent une illustration intéressante de limites matérielles hétéronomes⁵³. Un exemple caractéristique réside notamment dans la Constitution argentine qui, lors de la révision de 1994, incorporait à son bloc de

⁴⁹ O. Beaud montre ici que l'article 94 de la Constitution de 1946 et l'article 89 al. 4 de celle de 1958 furent tous deux institués en considération du traumatisme de la révision constitutionnelle du 10 juillet 1940 votée sous l'occupation allemande. Cf. BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Op. cit. p. 337.

⁵⁰ BASTID, Paul. Les principes généraux de la nouvelle constitution française. *Revue internationale de droit comparé*. 1959, Vol. 11, n° 2, p. 340.

⁵¹ VIALA, Alexandre. Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste. *Civitas Europa*. 2014, Vol. 1, n° 32, p. 89.

⁵² RIGAUX, Marie-Françoise. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Op. cit. p. 279.

⁵³ Là encore, il ne sera pas fait mention du large débat opposant la doctrine quant à l'articulation de ces limites avec le texte constitutionnel lui-même. Un aperçu de cette discussion est donné par Eva Bruce dans un article publié en 2005, dans la *Revue française de Droit constitutionnel*. Cf. BRUCE, Eva. Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité? *Revue française de droit constitutionnel*. 2005, Vol. 3, n° 63, p. 540. En réalité, ces limites connaissent des interprétations différentes selon les systèmes juridiques. Toujours est-il qu'elles ont régulièrement une incidence, même indirecte sur l'élaboration des normes constitutionnelles.

constitutionalité dix traités internationaux de protection des droits de l'Homme⁵⁴. Le constituant affirmait ainsi pour la première fois la valeur constitutionnelle⁵⁵ de ces derniers ainsi que leur complémentarité et leur compatibilité avec les droits fondamentaux déjà reconnus⁵⁶.

425. Or c'est précisément autour de cette notion de *compatibilité* que se manifeste pleinement la limite hétéronome à l'action du constituant. Ce dernier voit désormais son champ d'action limité par l'obligation qui lui est faite de respecter les stipulations des traités. Sauf à dénoncer les traités eux-mêmes, il doit donc contraindre l'expression de sa volonté pour faire coïncider les révisions constitutionnelles potentielles avec l'ensemble des normes déjà admises⁵⁷.

426. Avec cette analyse se clos ainsi l'examen successif des valeurs garantes de la cohérence et de la continuité du savoir juridique. On attribue aux premières un fonction pré-conditionnelle permettant d'établir le cadre juridique général des aspirations politiques de la communauté, tant du point de vue des valeurs substantielles relatives aux préoccupations éthiques communes, que du point de vue procédural inhérent à la structuration du système de droits lui-même. Les valeurs spécifiques à la continuité de la tradition juridique entendent pour leur part offrir des garanties à la pérennité du système. Elles prennent la forme de limites autonomes lorsque le constituant consent à autolimiter ses activités, ou de limites hétéronomes lorsque sa marge d'action se trouve régulée par des normes extérieures à son propre système normatif.

427. Pour autant, si ces différents types de valeurs renseignent sur la structure juridique générale du monde vécu, elles ne donnent aucune information sur l'articulation entre les différentes composantes de ces univers de vie partagée. Il faut donc chercher ailleurs les règles relatives à l'organisation des pratiques et des institutions.

⁵⁴ Ces dispositions figurent à l'article 75 al. 22 de la Constitution argentine. Elles incluent notamment les déclarations Universelle et Américaine de protection des Droits de l'Homme, des libertés économiques et sociales, des mesures de condamnation des génocides, de protection contre les discriminations raciales et sexuelles, contre la torture, et pour la protection de l'enfance. Cf. ALVAREZ, Alejandro E., BERTONI, Eduardo A. et BOO, Miguel. Droit argentin. Dans : CASSESE, Antonio et DELMAS-MARTY, Mireille, *Juridictions nationales et crimes internationaux*. Paris : Presses Universitaires de France, 2002, p. 305.

⁵⁵ Dans un long développement, Alejandro Torres Lépori ne manque pas de souligner l'étendue du débat qui anime les constitutionnalistes argentins, au même titre que leurs homologues européens, sur la question de la hiérarchie des traités internationaux intégrés au texte constitutionnel. Cf. TORRES LÉPORI, Alejandro. Los tratados internacionales en la Constitución argentina. *Lecciones y ensayos*. 1997, n° 67-68, pp. 292-298.

⁵⁶ L'ultime partie de l'article 75 al. 2 dispose en effet que « [ces traités] tels qu'ils ont été ratifiés, ont valeur constitutionnelle, ne dérogent à aucun article de la première partie de cette Constitution, et doivent être entendus comme complémentaires des droits et des garanties déjà reconnus par elle. Ils ne pourront être dénoncés que par le pouvoir exécutif national, après approbation des deux-tiers de la totalité des membres de chaque Chambre » [nous traduisons].

⁵⁷ Cette difficulté a notamment été soulignée par Juan Carlos Cassagne dans un article consacré à l'intégration des traités internationaux dans la Constitution argentine. Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. 2010, n° 40, p. 210.

B. LES COMPOSANTES SYSTÉMIQUES, OUTILS DYNAMIQUES DE RECONNAISSANCE DE LA TRADITION

428. Outre la reproduction culturelle spécifique à la tradition particulière de la communauté, les deux autres dimensions du monde vécu correspondent chez J. Habermas à *l'intégration sociale* et à la *socialisation des participants*.

429. Par *intégration sociale*, on comprend un ensemble d'institutions capables de *coordonner les actions* des individus et des groupes composant le corps social⁵⁸. La *socialisation des participants* est quant à elle entendue comme l'étendue des droits et des pratiques dont disposent les sujets de la société pour influencer l'expression de la volonté politique⁵⁹.

430. Aussi, les deux points de développement qui vont suivre entendent analyser les mécanismes institutionnels d'intégration sociale (1.) et les garanties constitutionnelles offertes aux groupes et aux individus (2.) pour renforcer le processus de socialisation.

1. Les garanties de solidarité des groupes sociaux de la communauté

431. La *solidarité* apparaît à J. Habermas comme le critère le mieux à même de mesurer le degré d'intégration sociale du monde vécu. Ce moyen d'évaluation présente l'avantage de permettre à la fois l'examen de la *stabilisation des identités de groupes* et la *coordination des actions* entre les différents membres de la société⁶⁰.

432. La notion de *stabilisation des identités* renvoie à la capacité des institutions à harmoniser la cohabitation entre les divers groupes politiques, sociaux et institutionnels qui composent l'espace public. Celle de *coordination des actions* est relative aux moyens de contrôle mis à la disposition de ces groupes pour conserver leur identité lorsqu'ils interagissent les uns avec les autres.

⁵⁸ « *L'intégration sociale du monde vécu donne l'assurance que de nouvelles situations émergeant dans la dimension de l'espace social sont rattachées aux conditions du monde existantes* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 155. Si par exemple, la démocratie qui constitue l'arrière-plan culturel du monde vécu est élevée au rang de valeur constitutionnelle, alors le *suffrage universel* peut être reconnu au titre des institutions favorisant *l'intégration sociale* de l'ensemble des sujets de la communauté de vie.

⁵⁹ « *La socialisation des participants d'un monde vécu donne l'assurance que de nouvelles situations surgissant dans la dimension du temps historique sont rattachées aux conditions du monde existantes* ». Cf. *Ibid.* Par exemple, si l'on considère l'existence de communautés indigènes comme une valeur juridique d'ordre constitutionnel, alors certains *droits civils et politiques* peuvent être reconnus à ces communautés pour contribuer à la *socialisation* des participants.

⁶⁰ *Ibid.*

433. La solidarité entre les membres de la société se voit ainsi renforcée dès lors que sont discutées les garanties constitutionnelles apportées aux institutions nécessaires à l'intégration sociale. Ce premier point de développement se propose donc d'en étudier les différents aspects.

a. L'organisation des institutions, moyen efficace de domestication des luttes de pouvoir

434. La proposition que donne Werner Becker pour saisir le concept de démocratie est intéressante en ce qu'elle permet de rendre compte de la nature des tensions susceptibles d'exister entre les groupes sociaux. La démocratie, explique Becker, « signifie qu'une partie du peuple domine l'autre pendant une durée déterminée »⁶¹.

435. À partir de cette définition, J. Habermas invite le lecteur de *Droit et démocratie* à appréhender la démocratie comme une forme de *domestication* normative de la *lutte pour le pouvoir*. La stabilité démocratique s'y trouve garantie à la fois par la menace du recours à la violence par la majorité en cas de non-respect des règles par la minorité⁶², et par la reconnaissance d'un moyen d'alternance politique pour assurer la paix sociale en donnant l'opportunité aux minorités de devenir majorité à travers l'exercice du suffrage⁶³.

436. Une lecture juridique de cette domestication des luttes permet de reconnaître dans l'institutionnalisation constitutionnelle des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, une volonté d'organisation normative des rapports de pouvoir entre majorité et opposition⁶⁴. La révision constitutionnelle de 2008 visant la *modernisation des institutions de la V^e République* est sur ce point particulièrement illustrative de l'intention du constituant d'apporter de nouvelles garanties à la stabilité des jeux de pouvoir au sein des institutions⁶⁵. Nombre d'intervenants aux journées d'études de 2010

⁶¹ BECKER, Werner. *Die Freiheit, die wir meinen. Entscheidung für die liberale Demokratie*. Munich : Piper, 1982. p. 77. La traduction est tirée de *Droit et démocratie*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 317.

⁶² Avec Christophe de Aranjó, on remarque que cette position se rapproche de la perspective hobbesienne adoptée par Weber et Ricœur. Cf. ARANJO (de), Christophe. Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne. *Revue française de droit constitutionnel*. 2008, Vol. 2, n° 74, p. 243. Pour Weber en effet, la domination administrative d'un groupement politique sur un territoire est rendue possible à travers l'exercice de la violence. Cf. WEBER, Max. *Économie et société/1*. Op. cit. p. 97. Dans *La critique et la conviction*, Ricœur va aussi dans le même sens en considérant la violence comme le fondement de toute construction politique. Cf. RICŒUR, Paul. *La critique et la conviction. Entretien avec François Azouvi et Marc de Launay*. Paris : Calmann-Lévy, 1995. pp. 149-152.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 316.

⁶⁴ Dans le sens entendu par J. Habermas, l'observation empirique des pratiques des acteurs ne constitue pas une raison suffisante pour respecter les règles du jeu démocratique. En réalité, seule une domestication authentiquement normative de la lutte pour le pouvoir est à même d'assurer la stabilité des différentes institutions. Cf. *Ibid.* p. 320.

⁶⁵ L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle affirme d'ailleurs explicitement que « le texte s'articule autour de trois orientations qui se confortent mutuellement : un pouvoir exécutif mieux contrôlé, un Parlement

consacrées aux *nouveaux équilibres* entre *Pouvoir exécutif et Parlement* ont d'ailleurs pu apporter plusieurs illustrations à ce sujet. On pourra ici rappeler les propos de Sophie Hutier qui voyait dans la rénovation du droit d'amendement « *une revalorisation de la fonction parlementaire avec la reconnaissance constitutionnelle des groupes d'opposition et des groupes minoritaires* »⁶⁶, ou encore ceux de Charlotte Arnaud estimant que le nouvel article 50-1 relatif aux déclarations gouvernementales rendait théoriquement possible toute « *demande de déclaration à l'initiative de l'opposition sur un sujet brûlant* »⁶⁷. Dans un cas comme dans l'autre, on remarque donc que la révision de 2008 concourt à une meilleure solidarité entre les différents groupes politiques au sein des assemblées.

b. La coordination des actions, enjeu décisif de stabilisation des groupes politiques

437. Dans une société démocratique, la coordination des actions entre les groupes de pouvoir dominants et ceux de l'opposition n'est possible qu'à travers l'institution de mécanismes de contrôle offrant les garanties nécessaires à la stabilité politique et à l'intégration sociale des différentes composantes du monde vécu⁶⁸. Pour J. Habermas, il semble alors impératif de considérer un *entrecroisement asymétrique* des pouvoirs étatiques où juge et législateur disposent d'un moyen de contrôle de l'action gouvernementale en excluant toute possibilité d'inversion des rapports. Si l'analyse des systèmes juridiques contemporains permet sans doute de relativiser cette prescription⁶⁹, il n'en demeure pas moins exact que deux formes de garanties institutionnelles peuvent être apportées à la coordination des actions entre groupes rivaux de la communauté.

profondément renforcé et des droits nouveaux pour les citoyens ». Cf. FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, présenté au nom de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, par M. François Fillon, Premier ministre, et par Mme. Rachida Dati, la garde des Sceaux, ministre de la justice*. Projet de loi constitutionnelle n°820. Paris : Assemblée nationale, 2008. p. 3.

⁶⁶ HUTIER, Sophie. Les commissions parlementaires dans la procédure législative: un retour en arrière mesuré. Dans : MAGNON, Xavier, GHEVONTIAN, Richard et STÉFANINI, Marthe, *Pouvoir exécutif et Parlement: de nouveaux équilibres? L'impact de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur le rééquilibrage des institutions. Journées d'études décentralisées, organisées dans le cadre de l'AFDC le 13 décembre 2010 à l'Université de Perpignan et le 16 décembre 2010 à l'Université Paul-Cézanne*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 380.

⁶⁷ ARNAUD, Charlotte. I- Premier bilan sur l'efficacité des articles 50-1 et 35 de la Constitution. Dans : MAGNON, Xavier, GHEVONTIAN, Richard et STÉFANINI, Marthe, *Ibid.* p. 166.

⁶⁸ Philip Norton montre en ce sens que les institutions ont pour fonction essentielle de faire écho aux arguments contradictoires portés par les groupes politiques d'opposition. Cf. NORTON, Philip. La nature du contrôle parlementaire. *Pouvoirs*. 2010, Vol. 3, n° 134, p. 14.

⁶⁹ On remarque notamment que les Constitutions des systèmes à tendance présidentieliste, intègrent en général des mécanismes permettant au pouvoir exécutif de contraindre l'activité parlementaire. Dans la Constitution française de 1958, l'exemple de l'article 49 al. 3, déjà cité plus haut, constitue une bonne illustration de contre-pouvoir gouvernemental.

438. Les premières sont autonomes et correspondent aux garanties dont disposent les pouvoirs eux-mêmes pour exercer une forme d'autocontrôle des uns sur les autres. La généralisation constitutionnelle des questions au Gouvernement par la révision de 2008⁷⁰ renforce par exemple la possibilité donnée au Parlement de contrôler l'activité du pouvoir exécutif dans sa gestion des affaires quotidiennes⁷¹.

439. Par ailleurs, on appelle hétéronomes les garanties de coordination impliquant un contrôle extérieur de l'action des pouvoirs politiques. Celles-ci résident essentiellement dans les mécanismes juridictionnels permettant un examen indépendant des activités législatives et gouvernementales. Leur utilité devient particulièrement évidente lorsque les institutions et les pratiques elles-mêmes sont discutées par le pouvoir majoritaire et font courir le risque d'une altération des conditions du discours préjudiciable pour les groupes politiques d'opposition⁷². La révision de 1974 relative à l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel illustre bien le type de garantie hétéronome susceptible d'être apportée par le constituant pour renforcer la coordination des actions. En ouvrant la possibilité à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir l'institution, la révision de 1974 offre une possibilité concrète aux parlementaires pour solliciter l'examen de conformité de textes de loi avant leur promulgation. Elle laisse ainsi une marge de manœuvre suffisante à l'opposition pour veiller au respect de la Constitution⁷³.

440. Ainsi, l'examen successif des garanties de stabilité des groupes sociaux et de coordination de leurs actions communes permet de démontrer que l'intégration sociale des participants à la discussion prend corps dans les rapports de pouvoir institutionnalisés par la Constitution. Afin d'assurer la solidarité de l'ensemble des composantes du monde vécu, le constituant détermine les modalités d'interaction et de contrôle mutuel entre chacun des pouvoirs. Il veille ainsi au respect des règles du jeu démocratique entre les groupes sociaux majoritaires et ceux de l'opposition. Toutefois, cette démonstration n'explique pas encore comment les individus intègrent et animent les institutions garantes de l'équilibre des pouvoirs.

⁷⁰ FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République...Op. cit.* p. 9.

⁷¹ AMELLER, Michel. *Les questions, instrument du contrôle parlementaire*. BURDEAU, Georges (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Institut d'Études Politiques de Paris, 1964. p. 9. La thèse de Sonia Ben Younes sur *Le contrôle parlementaire de l'action du Gouvernement* pourra également éclairer ce sujet. Le paragraphe qu'elle consacre sur *Le droit de questionnement* constitue en effet une large analyse du renforcement progressif de cette modalité de contrôle. Cf. BEN YOUNES, Sonia. *Le contrôle parlementaire de l'action du Gouvernement*. GHEVONTIAN, Richard, CACQUERAY (de), Sophie (dir.). Thèse de doctorat, droit. Aix-en-Provence : Aix-Marseille Université, 2016. pp. 185-210.

⁷² NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 1989, n° 4, p. 87. Dans le même sens, F. Michelman justifie le recours à un mécanisme hétéronome de coordination des actions comme un moyen de *tenir en vie l'engagement populaire générateur du droit*. Cf. MICHELMAN, Frank I. *Law's Republic*. *The Yale Law Journal*. 1988, Vol. 97, n° 8, p. 1525.

⁷³ Olivier Costa et Éric Kerrouche notent en effet que depuis 1974, 95% des décisions de conformité rendues par le Conseil constitutionnel répondent à une demande formulée par des élus de l'opposition. Cf. COSTA, Olivier et KERROUCHE, Éric. *Qui sont les députés français? Enquête sur des élites inconnues*. Paris : Presses de Sciences Po, 2007. p. 144.

Reste donc à connaître la nature des pratiques favorisant la *socialisation* de ces individus au sein de l'espace public politique.

2. *Les garanties de participation des membres de la société*

441. Chez J. Habermas, «les procédures démocratiques de l'État de droit ont la tâche d'institutionnaliser les formes de communication nécessaires à une formation rationnelle de la volonté»⁷⁴. Dès lors, la socialisation des participants du monde vécu passe par l'acquisition, par les membres de la communauté, de capacités généralisées d'agir pour faire coïncider leurs histoires vécues individuelles avec les formes de vie collectives⁷⁵. La Constitution confère alors à chaque individu les droits de communication et de participation nécessaires à l'expression démocratique de leur volonté⁷⁶.

442. L'analyse de ces deux formes de capacités d'action suppose donc d'examiner en premier lieu les garanties d'expression des styles individuels de conduite de vie avant de s'attarder dans un deuxième temps sur les garanties d'action offertes aux membres de la communauté pour façonner les formes de vie collectives.

a. Les libertés d'expression, instrument politique de communication des opinions

443. En 2006, est organisé à Dresde le cinquante-sixième congrès de l'*International Communication Association*. J. Habermas y fait une intervention remarquée sur le sens donné à son modèle délibératif de démocratie. Il précise à cette occasion qu'au sein de l'espace public, la liberté d'expression se conçoit comme la « *courroie de transmission entre la société civile et les processus institutionnalisés de délibération et de décision de l'État* »⁷⁷. Elle est encore « *le cadre qui [permet] la constitution d'opinions publiques influentes à partir de la dynamique effrénée des flux de communication "sauvages"* »⁷⁸. Charles Girard souligne toutefois qu'une définition précise de cette notion n'est pas chose aisée. Lui s'en

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public. *Lignes*. 1989, Vol. 3, n° 7, p. 49.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. *Op. cit.* p. 155.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 288.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. La démocratie a-t-elle encore une dimension épistémique? Recherche empirique et théorie normative (1). *Participations*. 2012, Vol. 3, n° 4, p. 214.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. La démocratie a-t-elle encore une dimension épistémique? Recherche empirique et théorie normative (2). *Participations*. 2013, Vol. 1, n° 5, p. 159.

remet au *Tractatus* de Spinoza⁷⁹ pour considérer que la liberté d'expression se rapporte à la fois à la *pensée* et à l'*action*⁸⁰.

444. En partant des travaux de Mill⁸¹ et Kant⁸², il montre d'abord que la liberté d'expression est à la fois une condition et une conséquence de la liberté de penser. Le sujet qui évolue au sein de la communauté de vie fait usage de sa liberté d'expression pour rendre compte de ses propres pensées. De ce fait, il contribue à la transmission d'une information qui alimente elle-même les réflexions des autres sujets. Cette liberté générique se décline de diverses manières dans les textes constitutionnels⁸³. Ainsi, l'article 4 de la Constitution française de 1958 relatif à la pluralité des opinions politiques, ou le cinquième alinéa de celle de 1946⁸⁴ sur l'interdiction des discriminations à l'embauche en raison de ses opinions ou de ses croyances, doivent être appréhendés comme des normes visant à protéger la liberté d'expression. De même, dans la Constitution argentine de 1994, l'article 68 sur la protection des opinions émises par les membres du Congrès dans l'exercice de leur mandat, ou l'article 14 consacrant le droit de d'enseigner ou de professer un culte constituent autant de manières d'intégrer la liberté d'expression dans la norme fondamentale.

⁷⁹ Dans un chapitre tout entier consacré au sens de la liberté d'expression dans une *libre République*, Spinoza estime que « nul ne peut agir contre le décret du Souverain sans mettre en péril le droit de celui-ci ; mais chacun au contraire peut penser et juger sans la moindre restriction – et par conséquent aussi parler, pourvu qu'il se contente simplement de parler et d'enseigner ». Cf. SPINOZA, Baruch. *Œuvres (III) - Tractatus theologico-politicus, Traité théologico-politique*. 2^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2005. p. 639. Cette affirmation inspire à C. Girard une double définition de la liberté d'expression : la première, au sens de la pensée, où tout usage de la parole doit être autorisé dès lors qu'il se fonde *sur la seule Raison*; et la seconde, au sens de l'action, où est permise toute activité expressive ne portant pas atteinte à la Loi.

⁸⁰ GIRARD, Charles. La liberté d'expression: état des questions. *Raisons politiques*. 2016, Vol. 3, n° 63, p. 17.

⁸¹ MILL, John Stuart. *De la liberté*. Zurich : Éditions du Grand Midi, 1987. p. 55.

⁸² KANT, Emmanuel. Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée? Dans : *Œuvres complètes*. Paris : Arvensa, 2020, p. 1951.

⁸³ Roberto Gargarella a pu montrer en ce sens que la liberté d'expression constitue en réalité une liberté globale comprise comme le nerf démocratique de la Constitution, et de laquelle dérive toute une série de droits et de libertés qui la protègent et la renforcent. Cf. GARGARELLA, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia*. Buenos Aires : Siglo XXI editores, 2006. p. 24. On retrouve d'ailleurs une idée similaire chez Danièle Lochack qui considère que certains principes constitutionnels servent à une *gestion pragmatique des différences*. Bien qu'ils ne reposent sur aucun projet clairement formulé, ils favorisent l'adaptation du droit aux mutations successives de la société. Cf. LOCHACK, Danièle. *Le droit et les paradoxes de l'universalité*. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p. 141. En convoquant Jean Baubérot, on pense par exemple au principe de laïcité qui contribua en France au vote de *lois laïcisatrices* en matière de mœurs, tels que la contraception (1967) ou l'interruption volontaire de grossesse (1975). Cf. BAUBÉROT, Jean. Laïcité et République, une tension féconde. Dans : BELOT, Robert, *Tous républicains ! Origine et modernité des valeurs républicaines*. Paris : Armand Colin, 2011, pp. 171-172.

⁸⁴ Il n'est pas question ici de discuter la portée des droits et des principes inscrits dans les Constitutions. On connaît par exemple la controverse doctrinale relative à la valeur juridique des dix-huit alinéas du préambule de la Constitution de 1946. Cf. POIRMEUR, Yves. La réception du préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine. La construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs. Dans : KOUBI, Geneviève, *Le préambule de la Constitution de 1946: antinomies juridiques et contradictions politiques*. Paris : Presses Universitaires de France, 1996, pp. 115-116. Les illustrations apportées ici servent seulement à rendre compte de la diversité des normes rattachées à la liberté d'expression.

445. Mais la liberté d'expression relève aussi de l'action qui s'incarne soit dans la réalisation performative des actes de langage⁸⁵, soit dans un sens plus général, à travers l'ensemble des mouvements corporels et des opérations réalisés par un sujet qui intervient dans le monde⁸⁶. Là encore, de nombreuses garanties constitutionnelles viennent protéger ces différentes manifestations de liberté d'expression. On pensera par exemple au droit de grève, inséré dans le préambule de la Constitution de 1946 ou à la liberté de la presse, consacrée par l'article 14 de la Constitution argentine. Dans chacun des deux pays, les constituants entendent ainsi renforcer la valeur juridique de certaines actions jugées particulièrement nécessaires à la vie démocratique de la communauté.

b. Les libertés d'action, outil fondamental de mutation de la volonté

446. Dans ses *Réflexions sur le concept de participation politique* publiées en 2019 aux *Archives de Philosophie*, J. Habermas précise qu'au même titre que les libertés de communication, la participation politique des citoyens constitue une condition fondamentale de la démocratie⁸⁷. À la suite de Morris Janowitz, il préconise l'instauration normative de moyens d'action favorisant une *participation civique moyenne*, à mi-chemin entre l'indifférence généralisée et le manque total d'apathie politique⁸⁸. La sphère publique doit donc être organisée de manière à permettre aux citoyens *majeurs, autonomes et responsables*, de transformer leurs volontés personnelles en volontés politiques rationnelles à travers l'instauration de leviers institutionnels capables d'*objectiver la validité juridique des faits sociaux*⁸⁹.

447. Plusieurs illustrations peuvent être citées pour observer les garanties objectives de participation politique. L'élection du président de la République au suffrage universel direct instituée par la révision

⁸⁵ En suivant C. Girard on pourra se saisir de l'exemple donné par Mill : « on peut dénoncer publiquement les marchands de blé comme des affameurs des pauvres sans être inquiété, sauf si l'on se trouve "dans un rassemblement de furieux attroupés devant la porte d'un marchand de blé" ». Cf. GIRARD, Charles. La liberté d'expression: état des questions. Op. cit. p. 19.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1*. Op. cit. p. 113. J. Habermas fait ici référence aux travaux menés par A. C. Danto sur le rapport entre connaissance et action. Dans sa *Philosophie analytique de l'action*, le critique d'art américain consacre en effet l'ensemble du premier chapitre à une compréhension de l'étendue des formes symboliques de l'action. Cf. DANTO, Arthur C. *Analytical philosophy of action*. Cambridge : Cambridge University Press, 1973. pp. 1-27.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. Réflexions sur le concept de participation politique. *Archives de Philosophie*. 2019, Vol. 1, n° 82, p. 18.

⁸⁸ Pour préciser cette idée, J. Habermas fait sienne l'échelle de la participation politique proposée par David Riesman : « Nous avons défini comme (1) "engagées" les personnes combinant un lien affectif et sincère avec des compétences, et comme "apathiques" toutes les autres. Ainsi, nous avons réuni chez les apathiques ceux : (2) dont le fort lien affectif allié à une absence de compétence traduisait une relation "indignée" à la politique ; ceux (3) ayant des compétences élevées mais aucun lien affectif, que nous avons appelés "ceux qui prennent les paris, mais ne jouent pas" ; enfin ceux (4) qui n'ont ni lien affectif ni compétences, que nous avons appelés les "indifférents" » [traduction de Christian Bouchindhomme]. Cf. RIESMAN, David et GLAZER, Nathan. *Criteria for Political Apathy*. Dans : GOULDNER, Alvin W., *Studies in leadership : leadership and democratic action*. New York : Russel & Russel, 1965, p. 537.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. Réflexions sur le concept de participation politique. Op. cit. p. 29.

constitutionnelle du 6 novembre 1962 élargit par exemple le spectre des outils mis à disposition des électeurs pour influencer les décisions prises au sein de la communauté⁹⁰. De même, l'instauration en 2008 de la *question prioritaire de constitutionnalité* peut être perçue comme un moyen objectif de sanction renforçant la vigilance citoyenne concernant la conformité des lois avec la Constitution⁹¹.

448. Ainsi, l'examen des moyens juridiques d'expression et d'action assurant la reconnaissance des individus au sein de la communauté de vie visait à appréhender l'étendue des garanties normatives susceptibles d'être intégrées au texte constitutionnel pour permettre la socialisation des sujets de droit. Plus largement, cette intégration trouve sa justification dans l'interpénétration entre les différentes sphères du monde vécu qui rend nécessaire la participation politique des membres de la société pour favoriser un bon fonctionnement des institutions dans le respect des valeurs générales fixées par la Constitution.

449. Toutefois, cette interprétation fonctionnaliste ne constitue pas une fin en soi. L'objet de cette étude préliminaire, la décomposition méthodique des valeurs, institutions et pratiques incluses dans la norme fondamentale, prétend en réalité fournir une grille de lecture pertinente pour saisir la portée des discussions éthico-politiques qui affectent régulièrement l'équilibre constitutionnel des formes de vie traditionnelles. La remise en cause des prétentions à la validité contenues dans les énoncés normatifs sera donc l'objet du développement à venir.

§ II. L'ÉBRANLEMENT PROGRESSIF DES VÉRITÉS DE LA TRADITION

450. De la même manière que la tradition de vie atteint son deuxième stade de développement lorsque « *divers types d'insuffisances [de la tradition initiale] ont été reconnus, mais sans que l'on ait trouvé de solution* »⁹², on comprend que la tradition juridique établie par la Constitution puisse être remise en cause par la pratique quotidienne sans pour autant que ne soit apportée de solution juridique immédiate et définitive. Pour F. Vandenberghe, on passe alors « *d'une vision du monde réifiée à une vision du monde réflexive et pleinement décentrée* »⁹³ qui devient perceptible lorsque les textes, les croyances et les pratiques qui fondent le récit traditionnel de la communauté de vie, commencent à recevoir des

⁹⁰ La rétrospective constitutionnelle proposée par Gille Bachelier permet ici de montrer que l'élection du président de la République au suffrage universel n'avait jusqu'alors été expérimenté qu'à l'unique occasion de l'élection de Louis Napoléon Bonaparte, seul Président de la deuxième République. Cf. BACHELIER, Gilles. *La Constitution et les élections présidentielles. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2012, Vol. 1, n° 34, p. 7.

⁹¹ DUPIC, Emmanuel et BRIAND, Luc. *La Question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*. Paris : Presses Universitaires de France, 2013. pp. 27-50.

⁹² MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* *Op. cit.* p. 382.

⁹³ VANDENBERGHE, Frédéric. *Une histoire critique de la sociologie allemande/2... Op. cit.* p. 261.

interprétations divergentes, voire incompatibles, qui engendrent de nouvelles questions impliquant une réponse inédite pour surpasser les ressources limitées de la tradition primitive⁹⁴.

451. À la suite de ce raisonnement, on considère que le deuxième stade d'évolution de la tradition juridique est atteint dès lors que commence à être discutée la validité des énoncés structurant chacune des trois composantes du monde vécu constitutionnel. Compte tenu de l'interrelation de ces différents éléments, J. Habermas privilégie une compréhension holistique de la critique des croyances, des institutions et des pratiques qui régissent le monde vécu. De ce fait, les valeurs juridiques se voient ébranlées par les discussions relatives à la légitimité des institutions ou des pratiques, les institutions vacillent quand les valeurs et les pratiques viennent à être questionnées, et les pratiques elles-mêmes se trouvent affectées par les débats autour des valeurs et des institutions.

452. Dans le développement qui va suivre, seront donc examinées successivement la remise en cause de la rationalité des croyances consacrées par les valeurs constitutionnelles (A.), et les interrogations inhérentes à l'interactivité entre les sujets de la communauté (B.).

A. L'ÉBRANLEMENT DES CROYANCES, UNE ALTÉRATION DU SENS DES VALEURS CONSTITUTIONNELLES

453. Lorsqu'il en vient à s'intéresser aux possibilités de remise en cause de la rationalité des croyances, J. Habermas précise que la continuité de la tradition et la cohérence du savoir sont évaluées en fonction de la *rationalité du savoir admis comme valide*⁹⁵. Cette rationalité se trouve altérée par une crise de légitimité des institutions et des pratiques qui se manifeste à travers des prises de décisions irrationnelles et une désorganisation de la vie courante⁹⁶.

454. L'objet de ce premier paragraphe consistera donc à examiner l'étendue de la *perte de sens* qui affecte la cohérence (1.) et la continuité (2.) des valeurs juridiques contenues dans la Constitution.

1. La remise en cause de la cohérence des savoirs juridiques

455. Afin d'éviter toute confusion quant à la nature des critiques susceptibles d'être portées contre les valeurs constitutionnelles, il n'est pas inutile de rappeler le lien de causalité mis en exergue par J. Habermas entre la reproduction culturelle et les deux autres composantes du monde vécu :

⁹⁴ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* Op. cit. p. 381.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 155.

⁹⁶ MARMASSE, Gilles. Les phénomènes de crise dans Raison et légitimité de Jürgen Habermas. *Archives de Philosophie*. 2019, Vol. 1, n° 82, p. 130.

Si la culture offre assez de savoir valide pour que soient satisfaits les besoins de compréhension mutuelle existant dans un monde vécu, les apports de la reproduction culturelle au maintien des *deux autres composantes* consistent, d'une part, en *légitimations* apportées aux institutions existantes et, d'autre part, en *modèles de comportement formateurs* pour acquérir des facultés généralisées d'agir⁹⁷.

456. La réciproque d'un tel raisonnement consiste donc à penser que la culture n'offre pas assez de savoir valide lorsque les institutions ne sont plus perçues comme légitimes, ou que les facultés d'agir font défaut. De ce point de vue, toute discussion éthico-politique relative au fonctionnement des institutions ou à l'organisation des pratiques tend à interroger la légitimité des valeurs constitutionnelles qui déterminent la tradition juridique de la communauté.

a. Le retrait de légitimation, expression du manque de confiance dans le rôle des institutions

457. La première forme de remise en cause des savoirs juridiques réside dans ce que J. Habermas qualifie de *retrait de légitimation*. Dans une telle perspective, les croyances traditionnelles se trouvent perturbées par une interprétation concurrente du rôle joué par certaines institutions pour garantir le respect des valeurs fondamentales de la communauté de vie⁹⁸.

458. Un exemple intéressant de retrait de légitimation réside sans doute dans les discussions qui précèdent la création d'un Conseil de la Magistrature argentin en 1994⁹⁹. L'un des points d'orgue de la révision constitutionnelle de 1994 consiste en effet à s'inspirer de certains modèles continentaux pour former les bases d'une institution séparée du pouvoir exécutif, capable de veiller à l'indépendance effective du pouvoir judiciaire.

459. Dans un article entièrement consacré à la question et publié trois ans avant la réforme de 1994, Roberto Bergalli faisait remonter aux années 1930 les critiques relatives à la probité des juges argentins. Le 10 septembre 1930, quatre jours après le coup d'État militaire de José Félix Uriburu, se brise pour la première fois le *mythe de l'indépendance de la justice*. Dépassant ses propres compétences, la Cour

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 156.

⁹⁸ *Ibid.* p. 157.

⁹⁹ C'est d'ailleurs autour de cette question que culmine l'un des plus importants débats de la doctrine juridique argentine contemporaine. Cf. GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. *Desarrollo Económico*. 1997, Vol. 36, n° 144, p. 972. Par ailleurs, à travers de multiples exemples, R. Gargarella remarque que cette question dépasse les frontières argentines puisque des discussions analogues ont pu se tenir, et se tiennent encore, dans de nombreux États latino-américains tels que le Pérou, la Bolivie, le Chili, l'Uruguay, ou le Venezuela.

suprême reconnaît la légitimité du Gouvernement putschiste en faisant fi des exigences constitutionnelles entourant la nomination des juges. Par cette résolution, la Cour crée le premier précédent qui inspire par la suite, bien que sous des formes différentes, les coups d'État successifs de 1955, 1966 et 1976¹⁰⁰.

460. Par ailleurs, l'indépendance de la Justice se trouve également critiquée durant les quelques intervalles démocratiques qui prospèrent durant le XX^{ème} siècle argentin. R. Gargarella montre en ce sens que les retours à la démocratie sont systématiquement accompagnés de nouvelles nominations des juges de la Cour suprême afin de garantir une majorité favorable aux pouvoirs politiques en place¹⁰¹.

461. Dans ce contexte, émergent au début des années 1990 de nombreuses revendications visant l'instauration de nouvelles garanties de l'indépendance des juges. Comme l'observe Laura Roth, la discussion ne se cantonne plus seulement aux cercles des juristes et des politologues, mais touche l'opinion publique argentine en général qui dénonce massivement un manque de confiance dans l'institution judiciaire¹⁰². Une telle réaction, qui se radicalise dans la réclamation d'une instauration de nouveaux organes institutionnels susceptibles de garantir l'autonomie du pouvoir judiciaire, illustre ainsi un ébranlement des croyances de l'opinion dans le principe d'indépendance de la justice.

462. Dès lors, il apparaît évident que la proposition de création d'un Conseil de la Magistrature ne constitue pas une innovation institutionnelle en soi. Elle est au contraire le résultat d'une remise en cause d'une tradition juridique limitant *de facto* le principe d'indépendance de la justice, pourtant indissociable de la gouvernance démocratique de la société argentine.

b. La crise des orientations et de l'éducation, manifestation de la défiance envers les pratiques politiques

463. Chez J. Habermas, il apparaît clairement que la *perte de sens* dans les croyances juridiques se manifeste aussi à travers les *crises des orientations et de l'éducation*. La remise en cause des mécanismes

¹⁰⁰ BERGALLI, Roberto. La quiebra de los mitos. Independencia judicial y selección de los jueces. *Nueva Sociedad*. 1991, n° 112, p. 162.

¹⁰¹ GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina... *Op. cit.* p. 972. Gabriel Negretto et Mark Ungar observent par exemple que le retour à la démocratie en 1947 ne prive pas le nouveau Président Juan Perón de révoquer quatre des cinq membres de la Cour suprême afin d'installer des juges favorables à sa propre politique. Cf. NEGRETTO, Gabriel et UNGAR, Mark. Independencia del poder judicial y Estado de Derecho en América Latina: los casos de Argentina y Venezuela. *Política y gobierno*. 1997, Vol. 4, n° 1, pp. 99-100.

¹⁰² Dans un article consacré à la création et au développement du Conseil de la Magistrature entre 1994 et 2006, Laura Roth cite notamment une enquête de 1992 selon laquelle environ 80% de la population argentine éprouvait, à l'époque, une méfiance certaine vis-à-vis du pouvoir judiciaire. Bien que la question soit discutée de longue date par les juristes, il semble que l'influence de l'opinion ait joué un rôle majeur dans la décision du Constituant de 1994 de créer le Conseil de la Magistrature. Cf. ROTH, Laura C. Acerca de la independencia judicial en Argentina: la creación del consejo de la Magistratura y su desempeño entre 1994 y 2006. *Desarrollo Económico*. 2007, Vol. 47, n° 186, p. 285.

traditionnels de socialisation incite alors à de nouvelles interprétations des valeurs inhérentes à la participation politique des membres de la communauté¹⁰³.

464. En Argentine, ce genre de crise a pu être mis en évidence lors des discussions éthico-politiques préalables à l'instauration des mécanismes de consultation populaire par la Constitution de 1994. Pour Daniel Sabsay, les interrogations relatives à la consécration constitutionnelle de nouveaux moyens de participation populaire émergent une dizaine d'années avant les débats de la Convention constituante¹⁰⁴. En 1984, un an après la chute de la dictature, le Président Raúl Alfonsín organise une consultation populaire fédérale afin de connaître l'opinion de la population concernant la ratification d'un traité fixant les limites internationales entre l'Argentine et le Chili¹⁰⁵. Malgré le caractère facultatif de la consultation, plus de 70% du corps électoral choisit de se déplacer pour s'exprimer sur le sujet.

465. Néanmoins, la légalité du scrutin est l'objet d'une forte controverse qui permet de mettre à jour une importante contradiction du texte constitutionnel¹⁰⁶. D'un côté, en vertu des dispositions de l'article 22 de la Constitution empêchant un exercice direct du pouvoir par le Peuple¹⁰⁷, une partie de la doctrine considère comme illégale l'organisation d'une telle consultation. D'un autre, certains font valoir qu'en raison du caractère facultatif du scrutin, une telle initiative ne s'oppose pas à l'article 33 autorisant toute action n'allant pas à l'encontre du principe de souveraineté du peuple et de la forme républicaine du Gouvernement¹⁰⁸.

466. Bien que cette forme de consultation ne fut jamais répétée avant la révision de 1994, cette dernière servit de justification à un élargissement des mécanismes de participation politique visant un plus grand respect du principe de souveraineté populaire¹⁰⁹. Les débats constitutionnels relatifs à la socialisation des

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 157.

¹⁰⁴ SABSAY, Daniel A. La participación ciudadana en la toma de decisiones en el derecho público argentino. Dans : LISSIDINI, Alicia, WELP, Yanina et ZOVATTO, Daniel, *Democracia directa en Latinoamérica*. Buenos Aires : Prometeo Libros, 2008, p. 196.

¹⁰⁵ Le *Traité de Paix et Amitié*, signé entre les Gouvernements argentin et chilien, visait à mettre fin au conflit du canal de Beagle ayant conduit les deux puissances au bord de la guerre en 1978. Cf. LISSIDINI, Alicia. *Democracia directa en Latinoamérica : Entre la delegación y la participación*. Buenos Aires : Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2011. p. 56.

¹⁰⁶ Dans un article publié en 2018, María Cecilia Míguez revient longuement sur l'étendue des débats et des arguments ayant divisé la doctrine sur cette question. Cf. MÍGUEZ, María Cecilia. El Canal Beagle y consulta popular en 1984. Relaciones internacionales y política interna argentina. *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*. 2018, Vol. 18, n° 2, pp. 89-96.

¹⁰⁷ Dans la version en vigueur en 1984, le premier alinéa de l'article 22 de la Constitution argentine disposait en effet que « le Peuple ne délibère ni ne gouverne, sauf par le moyen de ses représentants et des autorités créées par cette Constitution » [nous traduisons].

¹⁰⁸ Dans la version en vigueur de 1984, l'unique alinéa de l'article 33 précisait que « les déclarations, droits et garanties énumérés par le Constitution ne s'opposent pas aux autres droits et garanties non énumérés, à la seule condition que ces derniers respectent le principe de souveraineté du peuple et la forme républicaine du Gouvernement » [nous traduisons].

¹⁰⁹ R. Gargarella parle d'un *effort de consistance* visant à renforcer la *capacité d'intervention* et le *contrôle politique citoyen*, en suivant la même logique que celle des réformes entreprises par les Gouvernements radicaux

sujets s'enrichissent donc de la réinterprétation herméneutique de certaines valeurs fondamentales contenues dans la Constitution.

467. Toutefois, cette remise en cause de la rationalité des croyances ne se limite pas seulement aux questions de cohérence du savoir. D'autres discussions peuvent aussi porter sur une critique des valeurs assurant la continuité de la tradition juridique.

2. *La remise en cause de la continuité de la tradition*

468. De même que la *cohérence des savoirs juridiques* se trouve remise en cause lorsque sont discutés les capacités institutionnelles *d'intégration sociale* et de *socialisation*, la continuité de la tradition est affectée dès lors que sont critiquées les limites *absolues* et *relatives* qui contribuent à la pérennité du texte constitutionnel.

a. La critique des limites relatives, revendication d'une mutation légale du carcan constitutionnel

469. La remise en cause des limites préservant la continuité de la tradition juridique est un thème récurrent des campagnes électorales françaises, notamment au moment des élections présidentielles¹¹⁰. Un exemple intéressant tient notamment dans la promesse de rétablissement de la peine de mort, thématique centrale de la campagne du Front national en 2012¹¹¹.

470. Depuis la loi constitutionnelle du 23 février 2007, l'article 66-1 de la Constitution dispose explicitement que « *nul ne peut être condamné à mort* »¹¹². Par ailleurs, on sait par la lecture de l'article 54 qu'un engagement international comportant une clause contraire à la Constitution, ne peut être ratifié ou approuvé qu'après révision de la Constitution. Or comme le rappelle Frédéric Tiberghien, la France est liée à la fois par le protocole n°6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de

du XIX^{ème} siècle. Cf. GARGARELLA, Roberto. *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina*. Dans : GARAVITO, César Rodríguez, *El derecho en América Latina - Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires : Siglo XXI editores, 2011, p. 100. Dans les faits toutefois, D. Sabsay observe que le recours à ces nouveaux mécanismes de participation demeure très limité. Cf. SABSAY, Daniel A. *La participación ciudadana en la toma de decisiones en el derecho público argentino*. *Op. cit.* p. 197.

¹¹⁰ On pense en particulier à la question européenne qui a une incidence certaine sur le texte constitutionnel. En 2017, le thème de la dénonciation ou de la renégociation des différents traités relatifs aux institutions européennes avait d'ailleurs constitué l'une des thématiques les plus abordées au cours de la campagne. Cf. ROUBAN, Luc. *Le paradoxe du macronisme*. Paris : Presses de Sciences Po, 2018. p. 79.

¹¹¹ MÉNY, Yves. *Imparfaites démocraties*. Paris : Presses de Sciences Po, 2019. p. 241.

¹¹² ASTRUC, Philippe et GHÉRADI, Éric. *L'abolition de la peine capitale en France*. Paris : Armand Colin, 2011. p. 155.

l'homme et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui obligent les États signataires à faire de l'abolition de la peine de mort, une obligation juridique¹¹³.

471. Dès lors, rétablir la peine capitale en France suppose de surmonter un double obstacle. Le premier concerne l'ordre juridique interne. Les partisans de la peine de mort devront au préalable mener une discussion éthico-politique visant à l'abrogation ou à la modification de l'article 66-1 de la Constitution. Le second est relatif aux ordres juridiques européens. Légiférer en faveur de la peine de mort obligera le législateur soit à dénoncer, soit à renégocier les engagements internationaux prohibant son usage.

472. Surmonter ce second écueil impliquerait alors une remise en cause des limites qui entourent le texte constitutionnel. S'il est admis qu'en droit français, les traités internationaux n'ont pas de valeur supérieure à la Constitution, il n'en demeure pas moins que cette dernière doit être révisée en cas d'incompatibilité entre chacune des deux normes¹¹⁴. Ainsi, soit les engagements relatifs à la peine de mort sont dénoncés, et le constituant n'est plus tenu de veiller à la coordination des deux systèmes juridiques, soit ces derniers sont modifiés et la Constitution doit être à son tour révisée pour être compatible avec les nouvelles stipulations internationales¹¹⁵.

473. Dans un cas comme dans l'autre, on remarque que les textes internationaux limitent l'action du constituant. Discuter de leur légitimité, c'est donc critiquer certaines des garanties relatives à la continuité de l'ordre juridique national.

b. La critique des limites absolues, aspiration à une rupture utile de l'ordre juridique

474. Dans un point de développement précédent¹¹⁶, on remarquait que le cinquième alinéa de l'article 89 de la Constitution de 1958 fixe une limite absolue au pouvoir de révision en empêchant toute atteinte à la forme républicaine du Gouvernement. Il avait par ailleurs été précisé que cette disposition était elle-même dérivée d'une loi constitutionnelle de 1884 qui prévoyait déjà une restriction analogue¹¹⁷.

¹¹³ TIBERGHIEU, Frédéric. Les deux ordres juridiques européens, remparts contre les populismes? *Après-demain*. 2017, Vol. 3, n° 43, p. 39.

¹¹⁴ MATHIEU, Bertrand. Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français. *Revue française de droit constitutionnel*. 2007, Vol. 4, n° 72, pp. 675-676.

¹¹⁵ F. Tiberghien relève toutefois qu'une telle annonce relèverait plus de *l'aventurisme juridique* que d'une véritable proposition. Dans la mesure où renégocier les traités suppose d'obtenir l'accord des autres signataires, il est peu probable que ce genre de solution puisse être réellement envisageable. Cf. TIBERGHIEU, Frédéric. Les deux ordres juridiques européens, remparts contre les populismes? *Op. cit.* p. 39

¹¹⁶ Cf. *Infra*. n°420.

¹¹⁷ DROIN, Nathalie. Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé. *Revue française de droit constitutionnel*. 2009, Vol. 4, n° 80, p. 725.

475. Pourtant, le 10 juillet 1940, l'Assemblée nationale vote une loi constitutionnelle qui confère *de facto* les pleins pouvoirs au Maréchal Pétain et organise le régime de Vichy. René Cassin considère alors trois motifs d'illégalité. Le premier tient « *aux conditions irrégulières et attentatoires à leurs libertés, dans lesquelles les Chambres et l'Assemblée nationale ont été convoquées et ont délibéré* ». Le deuxième est celui de la délégation, par l'Assemblée nationale, de sa compétence exclusive de pouvoir constituant à *un tiers sans qualité*. Le troisième enfin, consiste en l'abus de pouvoir du chef du Gouvernement « *en supprimant la forme républicaine de nos institutions, alors que la loi constitutionnelle de 1884 interdisait à l'Assemblée nationale elle-même de porter atteinte à cette forme républicaine* »¹¹⁸.

476. Peu de jours avant le vote de la loi, ce dernier point est l'objet de vifs débats au sein de l'Assemblée nationale. D'un côté, Pierre Laval affiche un soutien total au Maréchal Pétain et annonce le 8 juillet que, « *puisque la démocratie parlementaire a voulu engager le combat contre le nazisme et le fascisme et qu'elle a perdu ce combat, elle doit disparaître. Un régime nouveau, audacieux, autoritaire, social, national, doit lui être substitué* ». D'un autre côté, malgré les menaces et intimidations de la majorité, plusieurs dizaines de députés prennent position contre le projet de révision. Dès le 5 juillet, Joseph Paul-Boncour réunit les trente-sept membres du *groupe des anciens combattants du Sénat* pour élaborer un texte reconnaissant les pleins pouvoirs au Maréchal Pétain et acceptant l'idée d'une suspension des anciennes lois constitutionnelles, à la condition que les nouvelles normes fondamentales soient « *soumises à l'acceptation de la nation* »¹¹⁹. Vincent Badie, chef de file du *groupe des vingt-sept*, s'oppose de manière plus frontale aux ambitions pétainistes. Le 9 juillet, il dépose sur le bureau de l'Assemblée un texte dans lequel son groupe accepte de conférer tous les pouvoirs au Maréchal Pétain, mais refuse de voter un projet de révision qui « *aboutirait inéluctablement à la disparition du régime républicain* »¹²⁰.

477. On remarque ici très clairement que l'un des points essentiels de la discussion porte sur la forme républicaine du Gouvernement. Pour les uns, la situation exceptionnelle dans laquelle se trouve la France à l'été 1940 justifie de pouvoir déroger à la loi constitutionnelle de 1884. Par violation d'une limite absolue établie sous la troisième République, ils sont favorables à une remise en cause de la continuité du système

¹¹⁸ CASSIN, René. Un coup d'état. La soi-disant Constitution de Vichy (1). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. 2010, n° 3, p. 3. L'article est lui-même tiré de l'un des premiers numéros du journal *La France libre* publié à l'hiver 1941. Cf. CASSIN, René. Un coup d'état. La soi-disant Constitution de Vichy. *La France libre*. 1941, p. 646-667.

¹¹⁹ PAUL-BONCOUR, Joseph. *Entre deux guerres. Souvenirs sur la III^e République. Sur les chemins de la défaite, 1935-1940*. Paris : Plon, 1946. p. 263.

¹²⁰ SAGNES, Jean. Le refus républicain : les quatre-vingts parlementaires qui dirent « non » à Vichy, le 10 juillet 1940. *Revue d'histoire moderne et contemporaine*. 1991, Vol. 38, n° 4, pp. 560-562.

de droit. Les autres au contraire jugent cette norme indépassable. Ils s'opposent donc logiquement au vote de la loi constitutionnelle.

478. De manière plus générale, on comprend mieux désormais la nature des remises en question de la rationalité des croyances qui concourent à la reproduction culturelle du monde vécu. La savoir juridique, perceptible à travers les valeurs de cohérence et de continuité contenues dans la Constitution, se trouve affaibli dès lors que sont discutées les institutions, les pratiques et les limites juridiques qui régissent la normativité constitutionnelle. Mais au-delà de ces premiers exemples, d'autres critiques portent encore sur les institutions et les pratiques elles-mêmes. Il convient à présent d'en examiner la portée.

B. L'ÉBRANLEMENT DE L'INTERACTIVITÉ, UN MANQUE D'EFFECTIVITÉ DES INSTITUTIONS ET DES PRATIQUES

479. Les *crises institutionnelles* se manifestent chez J. Habermas par l'*anomie* des structures favorisant l'*intégration sociale* des participants. Elles trahissent un manque de *solidarité* entre les membres de la société. Les *crises des pratiques* s'observent quant à elles à travers les *troubles de la socialisation* qui *aliènent* les individus dans l'exercice de leurs droits politiques. Elles expriment un manque de capacité individuelle d'action¹²¹.

480. Ces deux types de remises en question affectent l'interactivité entre les participants des discussions éthico-politiques au sein de la communauté de vie. Comprendre ces problématiques revient donc à analyser d'une part les facteurs perturbant la solidarité entre les membres du groupe social (1.), et à saisir d'autre part les causes de l'aliénation des pratiques politiques de socialisation (2.).

1. La remise en cause de la solidarité entre les membres du groupe

481. Au même titre que les valeurs constitutionnelles se situent toujours au centre des discussions concernant les institutions et les pratiques politiques, la solidarité entre les membres du groupe occupe systématiquement les débats relatifs aux croyances juridiques et à la socialisation des sujets de la communauté. J. Habermas met ici en exergue un nouveau lien de causalité :

Si une société est assez intégrée socialement pour que le besoin de coordination présent dans un monde vécu soit satisfait, les apports du processus d'intégration au maintien des *deux autres composantes* consistent, d'une part, en

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel*/2. *Op. cit.* p. 155.

appartenances sociales légitimement réglées des individus et, d'autre part, en devoirs moraux ou *obligations*¹²².

482. On comprend alors qu'une société n'est plus assez intégrée socialement lorsque les appartenances sociales des individus ne sont plus légitimes ou que ceux-ci déconsidèrent leurs devoirs moraux et leurs obligations.

a. L'insécurisation des identités collectives, sensation d'un affaiblissement de l'appartenance sociale

483. En 1994, la Convention constituante argentine intégrait à la norme fondamentale un article visant à maintenir *l'empire de la Constitution* y compris en cas d'atteinte à l'ordre institutionnel et au système démocratique¹²³. Inspiré d'un ancien article de la Constitution de 1853¹²⁴, le texte précise ainsi qu'est considéré comme nul, tout acte échappant à l'autorité de la Constitution, et établit le régime des sanctions applicables aux auteurs de ces actes ainsi qu'à leurs collaborateurs.

484. Pour Néstor Pedro Sagüés, cet article doit être entendu comme une *clause de sauvegarde de la Constitution*, ou plus précisément, comme une *clause anti-putschiste*¹²⁵. Selon une logique similaire à d'autres Constitutions de la région¹²⁶, elle vise à maintenir la vigueur des normes constitutionnelles, même en cas de prise de pouvoir par la force.

485. L'étude des discussions éthiques relatives au vote de cet article met en exergue au moins deux arguments qui justifient la mise en place d'une telle mesure. Le premier est d'ordre politique. Après plus d'un demi-siècle de coups d'État répétés, l'adoption de ce nouvel article doit permettre de décourager les comportements putschistes et empêcher toute forme de complaisance institutionnelle envers les potentiels

¹²² *Ibid.* p. 156.

¹²³ MECLE ARMIÑANA, Elina S. Los derechos sociales en la Constitución argentina y su vinculación con la política y las políticas sociales. Dans : ZICCARDI, Alicia, *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas sociales en América Latina*. Buenos Aires : Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001, p. 48.

¹²⁴ La première Constitution argentine de 1853 est votée après la chute de la dictature du général Juan Manuel de Rosas. Traumatisée par seize années de tyrannie, la Convention constituante vote alors un article dans lequel est reconnu comme *traître à la Patrie*, quiconque « s'octroie des facultés extraordinaires pour soumettre les pouvoirs publics, ainsi que la vie, l'honneur et la fortune du peuple argentin » [nous traduisons]. Cf. NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Op. cit.* pp. 221-222.

¹²⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución. Dans : WOISCHNIK, Jan, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 7^e éd. Buenos Aires : Fundación Konrad Adenauer, 2001, p. 53. D'autres encore, parlent de *clause éthique* pour qualifier la nature des dispositions de ce nouvel article. Cf. PÉREZ GUILHOU, Dardo. Ética Pública. Según el artículo 36 de la Constitución nacional, texto de 1994. Dans : *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Vol. 24. Buenos Aires : Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1995, pp. 265-303.

¹²⁶ Les Constitutions en vigueur au Paraguay (1992), au Venezuela (1999), au Pérou (1979), et au Mexique (1917) contiennent des dispositions similaires. Cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución. *Op. cit.* p. 53.

responsables¹²⁷. Le second est de nature juridique. En instaurant des limites déontologiques visant à anticiper les atteintes au système démocratique, cette innovation normative doit combler un vide juridique jusqu'alors simplement traité par le juge. Federico Nielsen et Julio Pablo Comadira montrent en effet que l'absence de dispositions constitutionnelles relatives à l'éthique politique est discutée dès 1974 lorsque la Cour suprême, privée de matériel juridique efficace, doit convoquer un large ensemble d'articles pour rendre une décision concernant certain régimes d'incompatibilité de la fonction publique¹²⁸.

486. Par cette jurisprudence, la plus haute juridiction argentine remet en cause l'absence de précisions constitutionnelles claires pour traiter des problèmes de corruption dans le pays. Elle entérine ainsi un débat concernant l'instauration de nouvelles valeurs favorables à un renforcement de l'intégration sociale par un meilleur fonctionnement des institutions.

b. *L'aliénation des devoirs et des obligations, contestation des opportunités de socialisation*

487. Dans son travail analytique sur la portée de la révision constitutionnelle de 1994, Germán Bidart Campos remarque un changement de paradigme dans la compréhension que le constituant donne du concept *d'égalité juridique*¹²⁹. Jusqu'alors considérée sous son aspect formel, l'égalité devant la loi commence à être entendue d'un point de vue substantiel à travers le principe de non-discrimination. On sait déjà que le nouvel article 37 de la Constitution vise à promouvoir *l'égalité réelle d'opportunités* entre les hommes et les femmes, pour *l'accès aux charges électorales et à celles des partis politiques*¹³⁰. Plus largement, l'article 75 al. 23 encourage le législateur à des actions positives garantissant de l'égalité réelle d'opportunités et de traitement pour les enfants, les femmes, les personnes âgées, et les personnes en situation de handicap.

488. L'étude du contexte ayant poussé le constituant à inciter à la mise en place de discriminations positives envers les groupes sociaux structurellement défavorisés, permet de distinguer au moins deux formes d'influences. La première est législative. Lucas Grosman montre en ce sens que la réforme de

¹²⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 12^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria. *Op. cit.* p. 1398. Dans un discours prononcé devant la Convention constituante le 19 juillet 1994, le péroniste Antonio Cafiero, rapporteur de la Commission de rédaction de la Constitution, regrette que la discussion de cet article ait lieu avec presque cent années de retard. L'instauration d'une telle mesure dès la révision constitutionnelle de 1898 aurait pu permettre, selon lui, d'éviter les résolutions successives de la Cour suprême reconnaissant systématiquement l'autorité des régimes militaires à partir de 1930. *Cf. Ibid.* p. 1398.

¹²⁸ F. Nielsen et J.-P. Comadira font référence à la décision *Lamas, Emilio M., c. Banco Mercantil del Río de la Plata de Montevideo* prononcée par la Cour suprême en 1974. *Cf. NIELSEN, Federico et COMADIRA, Julio Pablo. Apuntes sobre los principios de la ética pública en el Derecho argentino. Documentación Administrativa. 2003, n° 267-268, pp. 139-140.*

¹²⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada/1*. Vol. 1. 4^e éd. Buenos Aires : Ediar, 1998. p. 530.

¹³⁰ *Cf. Infra.* n° 413.

1994 s'apparente sur ce point à la ratification implicite d'une loi votée en 1991 qui imposait déjà que soit respecté un quota de représentation incluant au minimum 30% de femmes sur certaines listes électorales¹³¹. Par ailleurs, Sebastián Alejandro Rey voit dans la volonté du constituant d'intégrer plusieurs traités internationaux au bloc de constitutionnalité une seconde source d'influence. Puisque le *Pacte international des droits civils et politiques*, la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, et bien sûr, la *Convention relative à la prévention de toutes les formes de discrimination envers les femmes*¹³², exigent des États signataires la mise en place de mesures de lutte contre les discriminations, le constituant n'avait pas d'autre choix que de réaffirmer celles-ci, au sein même de la norme fondamentale¹³³.

489. On comprend ainsi que la remise en cause de la conception formelle du principe d'égalité devant la loi s'accompagne d'une critique de l'inanité de l'État dans la lutte contre les discriminations structurelles qui affectent certains groupes sociaux. Celles-ci fragilisent le processus de socialisation des individus qui en sont victime et empêchent donc une intégration sociale efficace des membres de ces groupes dans la communauté.

490. Avec ces observations, on appréhende désormais mieux la portée des remises en question institutionnelles susceptibles de se produire à travers les discussions inhérentes aux valeurs et aux pratiques qui composent le monde vécu. Un débat sur la nature des croyances juridiques peut s'expliquer par la nécessité de renforcer la stabilité des institutions face à la corruption ou en cas de graves crises politiques. De même, l'action positive de l'État pour encourager les pratiques participatives est motivée par la volonté d'une meilleure inclusion institutionnelle. Mais les remises en cause de l'interactivité entre les membres du groupe ne concernent pas seulement les problèmes de solidarité. Elles se manifestent encore au niveau de l'organisation des pratiques.

2. *La remise en cause des modalités de participation à la vie de la communauté*

491. Pour discuter des remises en cause des modalités de participation à la vie de la communauté, il convient au préalable de rappeler les capacités d'action qui, pour J. Habermas, sont synonymes d'un processus de socialisation réussi :

¹³¹ GROSMAÑ, Lucas Sebastián. La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución. Dans : GARGARELLA, Roberto et ALEGRE, Marcelo, *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. 2^e éd. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2012, p. 218.

¹³² En vertu de l'article 75 al. 22 de la Constitution, ces trois textes ont valeur constitutionnelle.

¹³³ REY, Sebastián Alejandro. El derecho a la igualdad, las acciones positivas y el género. *La Ley*. 2004, Vol. 2004-A, pp. 613-625.

Lorsque [...] les systèmes de la personnalité ont formé une identité assez ferme pour que [les acteurs] puissent maîtriser conformément au réel les situations de leur monde vécu, l'apport du processus de socialisation au maintien des *deux autres composantes* consiste, d'une part, en *prestations d'interprétation* et, d'autre part, en *motivations pour des actions conformes à des normes*¹³⁴.

492. Dès lors, les systèmes de la personnalité ne forment plus une identité assez ferme lorsque les prestations d'interprétation et les motivations pour des actions conformes à des normes ne permettent plus de maîtriser les situations de leur monde vécu en conformité avec le réel.

a. **La rupture de la tradition, illustration des insuffisances des prestations d'interprétation**

493. Le 1^{er} mars 2005, le Président de la République Jacques Chirac, promulguait la *Charte de l'environnement*. Il intégrait ainsi au bloc de constitutionnalité un corpus de dix articles visant à la préservation de l'environnement. Pour Marie-Anne Cohendet et Marine Fleury, l'adoption de ce texte constitue l'aboutissement d'une double remise en cause¹³⁵.

494. En premier lieu, la perspective d'une Charte est instrumentalisée de manière politique¹³⁶. Sur le plan diplomatique d'abord, elle fait écho aux déclarations du Président Chirac lors du *Sommet de la Terre* de Johannesburg en 2002, qui fustigeaient l'inaction de la communauté internationale contre le risque d'un crime *de l'Humanité contre la vie future*¹³⁷. Sur le plan politique ensuite, elle concrétise la promesse électorale d'une idée déjà ancienne¹³⁸, exprimée dans deux discours prononcés quelques mois avant le scrutin présidentiel ayant conduit à sa réélection.

495. Par ailleurs, Michel Prieur observe que le droit international et le droit européen jouent un rôle majeur dans le phénomène de constitutionnalisation du droit de l'environnement. En 2002, la ratification de la *Convention d'Aarhus sur le droit à l'information, la participation du public au processus décisionnel*

¹³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. *Op. cit.* p. 156.

¹³⁵ COHENDET, Marie-Anne et FLEURY, Marine. Droit constitutionnel et droit international de l'environnement. *Revue française de droit constitutionnel*. 2020, Vol. 2, n° 122, p. 282.

¹³⁶ PRIEUR, Michel. La charte de l'environnement: droit dur ou gadget politique? *Pouvoirs*. 2008, Vol. 4, n° 127, pp. 51-57.

¹³⁷ DELÉAGE, Jean-Paul et BRUN, Frédéric. Johannesburg. Les défis du nouveau siècle. *Écologie et politique*. 2002, Vol. 3, n° 26, p. 6.

¹³⁸ Michel Prieur fait remonter aux années 1970 les premiers projets d'inclusion de normes environnementales dans la Constitution. Cf. PRIEUR, Michel. La charte de l'environnement... *Op. cit.* p. 51. À titre d'illustration, on pensera par exemple au rapport Louis Armand qui, dès 1970, évoquait l'idée d'établir une *déclaration des droits de l'Homme à un bon environnement*. Cf. PRIEUR, Michel. La constitutionnalisation du droit de l'environnement. Dans : MATHIEU, Bertrand, *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*. Paris : Dalloz, 2008, p. 490.

et l'accès à la justice en matière d'environnement, oblige la France à faire évoluer son socle législatif¹³⁹ pour répondre aux nouvelles injonctions du droit international. Cette exigence se voit encore renforcée par l'adhésion de l'Union européenne en 2005, qui fait entrer cette Convention dans le droit communautaire. Surtout, la consécration de l'environnement en tant que droit fondamental par la Cour européenne des droits de l'Homme ne pouvait que « pousser la France à garantir constitutionnellement la protection de l'environnement »¹⁴⁰.

496. Or parmi les nouveaux principes consacrés par la Charte, l'article 7 dispose que « toute personne a le droit [...], d'accéder aux informations relatives à l'environnement [...] et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». On remarque dès lors qu'en élevant l'environnement au rang de valeur constitutionnelle, le constituant contribue à ouvrir le processus de socialisation à de nouvelles questions éthico-politiques. Il accompagne ainsi une évolution des pratiques politiques en matière de participation citoyenne aux prises de décisions concernant les questions environnementales¹⁴¹.

b. Le retrait des motivations, démonstration d'un désengagement vis-à-vis des institutions

497. Par une révision du 25 juin 1992, le Congrès intègre à la Constitution de 1958 une série de dispositions relatives aux Communautés et à l'Union européennes¹⁴². L'article 5 de la loi constitutionnelle prévoit d'insérer un nouveau titre dans la Constitution afin de reconnaître la participation de la République aux différentes organisations¹⁴³. Cette nouvelle interaction se décline notamment dans la consécration du

¹³⁹ La protection de l'environnement était alors essentiellement consacrée par la loi Barnier de 1995. Cf. BLATRIX, Cécile. Genèse et consolidation d'une institution: le débat public en France. Dans : BLATRIX, Cécile, BLONDIAUX, Loïc, FOURNIAU, Jean-Michel, et al., *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*. Paris : La découverte, 2007, p. 50.

¹⁴⁰ PRIEUR, Michel. Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement. *Op. cit.* p. 11.

¹⁴¹ Pour Jean-François Struillou et Nicolas Hutten, le principe de participation en matière environnementale consacré par la Constitution inspirera, par la suite, la rédaction de nombreux textes législatifs. Pour la seule année 2018, trois lois au moins tiennent compte de ce principe : la loi relative aux procédures destinées à assurer l'information et la participation du public en matière d'environnement, celle pour un État au service d'une société de confiance, et enfin, la loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Cf. STRUILLLOU, Jean-François et HUTTEN, Nicolas. Démocratie environnementale. *Revue juridique de l'environnement*. 2020, Vol. 45, n° 1, p. 148.

¹⁴² GERBET, Pierre. *La construction de l'Europe*. Paris : Armand Colin, 2007. p. 403.

¹⁴³ L'article 88-1 dispose en ce sens que « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

*droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales*¹⁴⁴ pour les citoyens de l'Union qui résident sur le territoire national¹⁴⁵.

498. Ce changement de paradigme marque une évolution des mécanismes de socialisation à travers la remise en cause du rapport de l'État vis-à-vis des institutions européennes. Outre une reconnaissance juridique consacrée par la Constitution, l'appartenance de la France à l'Union européenne est rendue légitime par l'exercice du droit de vote aux élections municipales par les citoyens européens, français et étrangers.

499. Cette exigence de légitimité se justifie de deux manières. D'abord, Sylvie Strudel considère que ces nouveaux droits sont consubstantiels au *travail de réécriture* entamé par le traité de Maastricht, afin de « *participer au déplacement progressif d'une Europe économique vers une Union politique* ». Dans cette dynamique, la citoyenneté européenne est imaginée comme *moteur* et *symbole* de ce déplacement¹⁴⁶. Ensuite, ces droits renforcent la vigueur d'autres libertés telles que la libre circulation et de séjour à l'intérieur de l'espace européen¹⁴⁷. Or pour Christian Hen et Jacques Léonard, l'affirmation de ces nouveaux droits tend nécessairement à favoriser les séjours de longue durée des ressortissants européens hors de leur pays d'origine. Continuer à les exclure de toute participation politique risquerait alors de « *compromettre l'exercice des droits économiques et sociaux dont ils sont bénéficiaires* »¹⁴⁸.

500. Par ces illustrations, on comprend donc que les discussions éthico-politiques relatives au renforcement de l'intégration de la France au sein de l'Union européenne passent par un approfondissement de la légitimité du rôle joué par ses institutions. Dès lors, l'évolution du lien unissant la France aux institutions européennes implique une remise en cause des moyens politiques de participation des sujets de la communauté nationale.

501. Ainsi, ces deux formes de critiques montrent que la remise en cause du processus de socialisation des individus s'incarne à la fois dans les débats concernant les valeurs juridiques de la communauté, et dans ceux inhérents au bon fonctionnement de ses institutions. De manière plus générale, elles invitent à considérer que les questionnements sur l'interactivité entre les membres du groupe social ne relèvent pas

¹⁴⁴ L'article 88-3 dispose pour sa part que « *sous réserve de réciprocité [...], le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France* ».

¹⁴⁵ STRUDEL, Sylvie. Les citoyens européens aux urnes : les usages ambigus de l'article 8b du traité de Maastricht. *Revue internationale de politique comparée*. 2002, Vol. 9, n° 1, pp. 47-48.

¹⁴⁶ STRUDEL, Sylvie. L'Europe, un nouvel espace de citoyenneté ? Le vote des non-nationaux. *Revue internationale de politique comparée*. 2009, Vol. 16, n° 4, p. 559.

¹⁴⁷ Bien qu'antérieure à Maastricht, la liberté de circulation évolue avec le traité de 1992 qui consacre cette liberté indépendamment de l'exercice d'une activité économique. Cf. CATALA, Michel. La Communauté à la recherche de son identité. De l'Europe des citoyens à la citoyenneté européenne. *Relations internationales*. 2009, Vol. 4, n° 140, p. 99.

¹⁴⁸ HEN, Christian et LÉONARD, Jacques. *L'union européenne*. Paris : La découverte, 2006. p. 38.

seulement d'une critique des solidarités, mais aussi de nombreuses interrogations liées à la participation politique des acteurs du monde vécu.

502. Conclusion de section. Avec A. MacIntyre, on sait que le développement d'une tradition passe par trois stades successifs de stabilité, de remise en question et de réinvention¹⁴⁹. La première section de ce chapitre s'est proposée d'aborder les deux premiers aspects de cette évolution.

503. À partir de l'analogie fertile entre les fonctions de la Constitution et les trois composantes du monde vécu identifiées par J. Habermas, le développement initial entendait isoler chaque caractéristique de la tradition juridique dans le but de contribuer à une compréhension générale des objets du discours éthico-politique.

504. Ce travail liminaire a ensuite servi le dessein d'une analyse poussée de la diversité des formes de critiques susceptibles d'être adressées à l'encontre de ces différents objets sans pour autant s'intéresser aux techniques permettant de les surmonter.

505. Il arrive pourtant que les crises occasionnées par ces remises en question atteignent une importance telle que seule une réinvention des récits traditionnels apparaît à même de conserver l'intégrité du monde vécu. Cette situation caractérise chez A. MacIntyre le troisième stade de développement d'une tradition. La seconde section de ce chapitre permettra d'en saisir la portée.

SECTION 2. LA RECHERCHE DE NOUVEAUX ÉQUILIBRES, LES VERTUS HERMÉNEUTIQUES DE L'INTERCOMPRÉHENSION

506. En général, les critiques adressées à une tradition ne dépassent pas le stade de la remise en question. La tradition apporte elle-même les ressources nécessaires à la résolution du conflit, et la nécessité de formuler un nouveau récit demeure superflue¹⁵⁰. Toutefois, A. MacIntyre souligne les limites de ces réponses autonomes aux problèmes du monde vécu :

¹⁴⁹ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* Op. cit. p. 382.

¹⁵⁰ Lorsque par exemple le juge constitutionnel déclare une loi, ou l'une de ses dispositions, contraire à la Constitution, il oblige le législateur soit à abandonner, soit à réformer le texte législatif en question. Dans les deux cas toutefois, une discussion pragmatique suffit pour faire correspondre la norme à l'éthique de la Constitution. J. Habermas parle en ce sens de *fonction d'homogénéisation du droit*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 263-264.

Il peut arriver à tout moment, à toute investigation constituée par une tradition, que selon ses propres critères du progrès, elle cesse de progresser. Ses méthodes d'investigation qui, jusque-là bénéficiaient du contrôle de la communauté, deviennent stériles. Les conflits portant sur des réponses rivales à des questions-clés ne peuvent plus être réglées rationnellement. En outre, il peut se faire que l'utilisation des méthodes d'investigation et des formes d'argumentation grâce auxquelles le progrès rationnel avait jusqu'alors été réalisé révèle de plus en plus d'insuffisances nouvelles, d'incohérences jusqu'alors jamais aperçues, et de nouveaux problèmes qui ne semblent pas pouvoir trouver de solution dans le tissu des croyances établies¹⁵¹.

507. Ces situations sont caractéristiques de *crises épistémologiques*¹⁵² qui, sur le plan juridique, se manifestent par la volonté du constituant de révolutionner ou de réformer la norme fondamentale¹⁵³ pour « accorder [la] neutralisation du temps politique à l'œuvre dans le projet constitutionnel avec l'écoulement élémentaire du temps historique »¹⁵⁴. Pour J. Habermas, de telles crises adviennent lorsque la communauté a *dans son dos* ses propres ressources traditionnelles, et *trouve sur son chemin* des restrictions circonstancielles indépassables qui s'inscrivent dans les *faits*, les *normes* et les *événements* qui

¹⁵¹ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* Op. cit. p. 388.

¹⁵² A. MacIntyre convoque à ce titre certaines révolutions morales et scientifiques pour illustrer cette expression. Cf. *Ibid.* pp. 389-390, 392. L'une des crises les plus évidentes réside sans doute dans la révolution copernicienne étudiée par Thomas S. Kuhn dans *Les structures des révolutions scientifiques*. L'insuffisance des réponses apportées par la tradition géocentrique dominante jusqu'au XV^{ème} siècle, pousse d'abord Copernic, puis Galilée, Kepler et Newton à envisager un modèle héliocentrique, capable d'éclairer les nouvelles préoccupations scientifiques. Cette découverte favorise ainsi un changement de paradigme qui permet de dépasser les limites de l'ancien modèle. Cf. KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 3^e éd. Chicago : The University of Chicago Press, 1996. p. 66.

¹⁵³ Édouard Bédarrides fait remonter à André Bonnard, la distinction entre ces deux formes d'activités. Cf. BÉDARRIDES, Édouard. *Réviser la constitution - Une histoire constitutionnelle française*. CHARLOT, Patrick (dir.). Thèse de doctorat, droit. Dijon : Université de Bourgogne, 2014. p. 15. Dans ses travaux sur *Les actes constitutionnels de 1940*, le Doyen bordelais qualifie d'*originnaire* tout pouvoir existant « en dehors de toute habilitation constitutionnelle », et d'*institué* un pouvoir qui existe « en vertu d'une Constitution et qui a été établi pour venir, le cas échéant, réviser cette Constitution ». Cf. BONNARD, Roger. *Les actes constitutionnels de 1940*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1942. pp. 36, 17. Cette opposition permet ainsi d'entrevoir deux types de motivations des discussions éthico-politiques. On parlera de motivations *révolutionnaires* lorsque, pour reprendre les mots de Hans Kelsen, le constituant entend procéder à « tout changement ou substitution de Constitution qui ne sont pas légitimes, c'est-à-dire qui ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur ». Cf. KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Op. cit. p. 209. Ces motivations seront *réformatrices* dès lors que les changements attendus s'inscrivent dans le cadre légal, prévu par la Constitution.

¹⁵⁴ PIERRÉ-CAPS, Stéphane. Les révisions de la Constitution de la cinquième République : temps, conflits et stratégies. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. 1998, n° 2, p. 430. Dans le même sens, Jacky Hummel considère pour sa part que cette activité s'explique par la nécessité régulière de « replacer dans le lit constitutionnel le cours plus ou moins mouvementé, plus ou moins souterrain de certaines pratiques et coutumes ». Cf. HUMMEL, Jacky. Histoire et temporalité constitutionnelles - Hauriou et l'écriture de l'histoire constitutionnelle. Dans : HERRERA, Carlos Miguel, *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?* Paris : Kimé, 2012, p. 154.

composent le monde vécu¹⁵⁵. Le dépassement de ces crises passe alors par *l'apprentissage* de traditions nouvelles¹⁵⁶ par *invention* ou *découverte* de nouveaux concepts¹⁵⁷.

508. C'est donc à ce processus d'apprentissage que se consacrera cette seconde section. Dans un premier temps, l'attention sera portée sur un examen des propositions langagières inspirant le renouvellement de la tradition juridique. Cette première étape permettra dans un second temps d'aborder la question des contrôles de validité assurant la cohérence de ces prétentions.

§ I. LE RENOUVELLEMENT NÉCESSAIRE DES COMPOSANTES DU MONDE VÉCU

509. Dans la perspective de MacIntyre, le troisième stade de développement d'une tradition est atteint lorsque les remises en questions progressives de la tradition originelle ont produit « *un ensemble de reformulations, de réévaluations, et de nouvelles formulations et évaluations destinées à apporter des remèdes aux insuffisances et à transcender les limitations* »¹⁵⁸.

510. Du point de vue du droit, cette idée rejoint celle déjà développée par Ricardo Guastini entre *interprétation* et *construction juridique*¹⁵⁹. D'abord, les valeurs, les institutions et les pratiques qui composent le texte constitutionnel peuvent être approfondies et réinterprétées par le constituant afin de surmonter la crise épistémologique de la compréhension initiale du monde vécu. Ensuite, chacune des composantes de la tradition juridique peuvent être complétées par de nouvelles traditions, acquises par apprentissage de traditions étrangères.

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 148. À titre d'illustration, on citera la révision argentine de 1994 comme le résultat du traumatisme des *expériences* et *événements* politiques vécus par le pays au cours du XX^{ème} siècle, la révision de 1992 intégrant à la Constitution française de nouvelles dispositions relatives aux *normes* européennes, ou la révision de 2004 sur la Charte de l'environnement motivée par des exigences factuelles de lutte contre le réchauffement climatique.

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Op. cit. p. 187.

¹⁵⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* Op. cit. p. 388.

¹⁵⁸ *Ibid.* p. 382

¹⁵⁹ GUASTINI, Riccardo. Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*. 2015, n° 43, p. 20. On aura ici raison de remarquer que R. Guastini ne convoque pas ces notions pour éclairer le rôle joué par le législateur dans la production communicationnelle de la norme, mais plutôt pour participer à la compréhension du comportement du juge lorsqu'il applique la norme à un cas d'espèce. Si pourtant cet article intéresse ce premier point de raisonnement, c'est parce que l'on partage, avec Manuel Atienza, l'idée selon laquelle la distinction des structures d'argumentation entre juge et législateur importe peu. Toutes deux, constituent des activités médiatisées par le langage qui visent la résolution d'un problème à travers l'examen d'une diversité d'arguments. Cf. ATIENZA, Manuel. *Argumentación legislativa*. Buenos Aires : Astrea, 2019. p. 92.

511. En ce sens, ce premier développement entendra examiner l'étendue des propositions langagières invoquées d'une part pour éclairer certains aspects du texte constitutionnel, et d'autre part pour compléter l'œuvre du constituant en considération des nouvelles aspirations de la communauté de vie.

A. LES PROPOSITIONS DE RÉINTERPRÉTATION, UN RECOURS AUX INTUITIONS D'ARRIÈRE-PLAN DE LA TRADITION ORIGINELLE

512. Quel que soit l'objet de la discussion éthico-politique, le locuteur est toujours à la fois *l'auteur* d'une proposition inédite et *le produit* de la tradition, des groupes et du processus de socialisation dans lesquels il s'inclut¹⁶⁰. En tant que membre de la communauté de vie, celui-ci dispose toujours des ressources langagières *d'arrière-plan* qui lui permettent de connaître *intuitivement*, quelles capacités individuelles, quelles institutions et quels savoirs lui seront utiles pour réagir face à une situation déterminée¹⁶¹.

513. L'analyse qui va suivre cherchera donc à appréhender comment les participants à la discussion mobilisent leurs savoirs d'arrière-plan pour concourir à une réinterprétation de la norme en considération des critiques qui lui étaient adressées.

1. La réinterprétation de la structure de valeurs du monde vécu

514. Dans la première partie de ce chapitre, on remarquait que le savoir juridique qui s'inscrit dans les valeurs de la Constitution a pour fonction essentielle de garantir la cohérence et la continuité de la norme fondamentale. Réinterpréter ce savoir, c'est donc donner une nouvelle appréciation de ces valeurs pour faire coïncider l'ouvrage constitutionnel avec les nouvelles préoccupations éthiques de la société.

a. La redécouverte du savoir juridique, une compréhension nouvelle du sens des valeurs

515. Par une loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, le constituant français intègre à la norme fondamentale deux dispositions visant à renforcer l'égalité juridique entre les hommes et les femmes. L'article 3 de la Constitution se voit complété par un alinéa disposant que « *la loi favorise l'égal accès des*

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 148.

¹⁶¹ *Ibid.* p. 149. A. MacIntyre évoque dans le même sens l'idée d'un « *noyau de croyance partagée, constitutif de l'allégeance à la tradition considérée* ». Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* Op. cit. p. 382.

femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ». L'article 4 renvoi à la loi les modalités de mise en œuvre de cette égalité.

516. Par cette révision, le constituant entend ainsi renforcer le principe d'égalité devant la loi en permettant l'instauration législative de quotas visant à une meilleure inclusion des femmes dans la vie politique. Il surmonte ainsi une situation d'inconstitutionnalité qui avait été remarquée par le Conseil constitutionnel au début des années 1980¹⁶². Par une décision 82-146 DC du 18 novembre 1982, le juge constitutionnel avait en effet déclaré contraire au principe d'égalité devant la loi une disposition de la *Loi modifiant le code électoral et le code des communes*, qui autorisait la distinction des candidats en raison de leur sexe lors de l'établissement des listes électorales¹⁶³.

517. En considération de cet obstacle juridique, l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle affirmait en premier lieu que « *la participation des femmes à la vie publique et à ses institutions étant très insuffisante, il importe de promouvoir par des mesures appropriées l'objectif de parité* », et que compte tenu des considérants de la décision de 1982, il convenait que soit complété l'article 3 de la Constitution « *afin d'assurer la conciliation [du principe d'égalité devant la loi] avec l'objectif d'un égal accès des femmes et des hommes aux mandats et fonctions* »¹⁶⁴.

518. Pour Geneviève Koubi, cette proposition d'action traduit un changement de paradigme social qui se répercute dans l'évolution de la valeur juridique d'égalité. Elle observe ainsi que les juristes tendent à délaisser le principe formel d'égalité devant la loi pour préférer une approche *moderne* fondée sur *l'égalité de dignité de situation, de choses et d'activités*¹⁶⁵. De manière encore plus spectaculaire, elle remarque que cette dynamique traduit une concrétisation économique de l'égalité juridique qui fait passer l'individu d'une forme abstraite à une entité concrète¹⁶⁶.

¹⁶² GUILLAUME, Marc. Les révisions constitutionnelles: une Constitution moins procédurale et plus fondamentale. *Pouvoirs*. 2018, Vol. 3, n° 166, p. 34.

¹⁶³ JENSEL-MONGE, Priscilla. Le polymorphisme de la réforme constitutionnelle sous la Ve République. *Revue générale du droit*. 2017, n° 42572, p. 10. Une décision similaire avait encore été rendue au mois de janvier 1999.

¹⁶⁴ JOSPIN, Lionel et GUIGOU, Élisabeth. *Projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Lionel Jospin, Premier ministre, et par Mme. Élisabeth Guigou, garde des Sceaux, ministre de la justice*. Projet de loi constitutionnelle n°985. Paris : Assemblée nationale, 1998. p. 2.

¹⁶⁵ KOUBI, Geneviève. Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? Dans : KOUBI, Geneviève et GUGLIELMI, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*. Paris : La découverte, 2000, p. 73. Bien que sous une perspective différente, cette discussion fait écho aux débats déjà menés en Argentine en 1994 autour de la question de *l'égalité réelle d'opportunités*. Cf. *Infra*. n°414.

¹⁶⁶ G. Koubi affirme en ce sens que « *la démarche libérale invite à défaire le système juridique de sa caractéristique principale, de sa représentation fondamentale : l'abstraction* ». Cf. *Ibid*. Pour appuyer son argument, elle convoque par ailleurs Perelman qui observait déjà, au début des années 1970, la possibilité d'un basculement entre l'égalité comme *principe abstrait* et l'égalité *placée dans l'ordre des valeurs*. Cf. PERELMAN, Chaïm. Égalité et valeurs. *Revue internationale de philosophie*. 1971, Vol. 25, n° 97(3), p. 381.

519. Dans le cadre de la présente étude, cette manœuvre doit être comprise comme un éclaircissement apporté à une valeur déjà ancrée dans la tradition juridique de la Constitution de 1958. En proposant de réviser le principe d'égalité devant la loi, le Président de la République entend ainsi rénover un aspect du savoir juridique devenu problématique pour traiter des questions d'égalité de dignité.

b. La redécouverte des garanties de continuité, une redéfinition des limites de la tradition juridique

520. Le 27 mai 1998, le Premier ministre Lionel Jospin, dépose sur le bureau de l'Assemblée nationale un *projet de loi constitutionnelle relatif à la Nouvelle-Calédonie*. L'exposé des motifs justifie le recours à une révision de la Constitution dans le but de créer un statut spécial pour la Nouvelle-Calédonie, en conformité avec l'accord de Nouméa qui établit le cadre juridique transitoire du territoire¹⁶⁷. Dans un article consacré à *L'histoire constitutionnelle de l'Outre-Mer sous la V^{ème} République*, Stéphane Diémert revient sur la portée formelle et substantielle de cette révision¹⁶⁸.

521. Sur le plan formel tout d'abord, la loi intègre à la Constitution un nouveau titre concernant les *Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie*, lui-même composé de deux articles. Le premier (art. 76) établit l'organisation d'un référendum appelant la population de Nouvelle-Calédonie à se prononcer sur l'accord de Nouméa. Le second (art. 77), fixe les modalités d'application de l'accord et renvoi à la loi organique et à une loi ordinaire le soin d'en faciliter la mise en œuvre. La révision confère aux orientations de l'accord une valeur constitutionnelle¹⁶⁹, en ce que les textes législatifs régissant son application doivent être élaborés en conformité avec les orientations qu'il contient¹⁷⁰.

522. Du point de vue substantiel, la révision consacre un statut particulier à la Nouvelle-Calédonie. Le territoire échappe dès lors aux dispositions générales régissant les autres territoires ultra-marins de la République. Elle organise le transfert progressif et définitif de certaines compétences et territorialise la citoyenneté en restreignant la participation politique pour les scrutins locaux, aux habitants de l'île

¹⁶⁷ JOSPIN, Lionel et GUIGOU, Élisabeth. *Projet de loi constitutionnelle relatif à la Nouvelle-Calédonie, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Lionel Jospin, Premier ministre, et par Mme. Élisabeth Guigou, Garde des Sceaux, ministre de la justice*. Projet de loi constitutionnelle n°937. Paris : Assemblée nationale, 1998. p. 4.

¹⁶⁸ DIÉMERT, Stéphane. L'histoire constitutionnelle de l'outremer sous la Ve République. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2012, Vol. 2, n° 35, pp. 17-19.

¹⁶⁹ S. Diémert s'en réfère ici au texte de Jean-Claude Colliard qui, dans une publication consacrée aux *Registres annexes de la Constitution*, considère la valeur constitutionnelle des orientations contenues dans l'accord de Nouméa. Cf. COLLIARD, Jean-Claude. Les registres annexes de la Constitution. Dans : CHAGNOLLAUD, Dominique, *Les cinquante ans de la Constitution 1958-2008*. Paris : LexisNexis, 2008, pp. 130-131.

¹⁷⁰ Cette affirmation reste toutefois contestée. Pour Pierre Pactet par exemple, le non-respect des dispositions de l'article 89 relatif au processus de révision de la Constitution ne permet pas de considérer la valeur constitutionnelle des orientations de l'accord. Cf. PACTET, Pierre. La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 sur la Nouvelle-Calédonie. Dans : FRAISSEIX, Patrick, *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*. Paris : Montchrestien, 1999, p. 201.

justifiant d'une durée de résidence suffisante. Elle autorise également la mise en œuvre d'une préférence locale en matière d'emploi, et instaure un contrôle de constitutionnalité de certains actes du Congrès.

523. Si cet exemple est convoqué ici, c'est parce qu'une importante controverse oppose la doctrine quant à la nature juridique de cette dernière disposition¹⁷¹. Pour certains juristes tels qu'Olivier Gohin, le fait que le Conseil constitutionnel soit habilité à contrôler directement la constitutionnalité des actes du Congrès importe peu. Ces derniers doivent être considérés comme des actes règlementaires dans la mesure où ils émanent d'une institution dépourvue du pouvoir législatif¹⁷². Pour d'autres, à l'instar de S. Diémert, la valeur constitutionnelle des orientations de l'accord de Nouméa, et la faculté d'un contrôle *a priori* conférée au Conseil constitutionnel, donne à ce type d'acte, une valeur législative¹⁷³.

524. Or si l'on s'attache à la seconde posture doctrinale, on devra admettre que le constituant apporte une réinterprétation de l'une des garanties les plus fondamentales de la continuité juridique du texte constitutionnel de 1958. Conférer une valeur législative aux actes du Congrès polynésien reviendrait en effet à reconnaître l'existence d'un pouvoir législatif concurrent à celui du Parlement. Ce serait alors perturber l'équilibre des pouvoirs qui fonde le modèle Républicain et donc considérer une limite à l'article 89 qui, on le rappelle, dispose précisément que « *la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision* ».

525. Finalement, on comprend que les réinterprétations du savoir juridique prennent la forme d'une relecture des valeurs assurant soit la cohérence, soit la continuité de la norme fondamentale. Cette évolution vise ainsi à mieux faire coïncider les préoccupations sociales et le récit éthico-politique que représente la Constitution. Mais cette réinterprétation n'est pas seulement observable au niveau du savoir juridique. Elle se manifeste aussi au sujet des institutions et des pratiques.

2. *La réinterprétation de l'interactivité des institutions et des pratiques traditionnelles*

526. Pour J. Habermas, il est clair que les ressources nécessaires à la réinterprétation du monde vécu ne résident pas que dans le savoir juridique. La solidarité des groupes permise par les institutions, et les

¹⁷¹ JORDA, Julien. Les collectivités territoriales outre-mer et la révision de la Constitution. *Revue française de droit constitutionnel*. 2003, Vol. 4, n° 56, p. 712.

¹⁷² Du moins, au sens entendu par la Constitution de 1958. Cf. GOHIN, Olivier. Pouvoir législatif et collectivités locales. Dans : PETIT, Jacques, *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*. Paris : Economica, 2003, pp. 187-191.

¹⁷³ DIÉMERT, Stéphane. L'histoire constitutionnelle de l'outremer sous la Ve République. *Op. cit.* p. 18.

compétences individuelles reconnues dans les pratiques normatives, servent aussi d'arrière-plan à une compréhension renouvelée des traditions juridiques existantes¹⁷⁴.

a. La réorganisation des institutions, une relecture des mécanismes de l'intégration sociale

527. Réinterpréter les pratiques politiques traditionnelles, consiste à « *savoir intuitivement à quoi l'on peut s'en remettre dans une situation* »¹⁷⁵. Cette définition de J. Habermas, trouve un écho intéressant dans l'étude de la révision constitutionnelle argentine de 1898.

528. À l'époque en effet, le constituant entend réviser l'article 37 de la Constitution relatif à la représentativité des députés de la Nation, ainsi que l'article 87 portant sur le nombre de ministres du Gouvernement¹⁷⁶. Comme le résumait certains députés, il s'agit alors de réviser la Constitution afin de corriger non pas des erreurs de principes, mais plutôt l'inflexibilité de certaines règles constitutionnelles rendues désuètes par les évolutions et les pratiques sociales¹⁷⁷.

529. En premier lieu, la révision de l'article 37 s'explique par l'augmentation massive de la population entre 1869 et 1895. En moins d'une trentaine d'années, on observe un doublement de la démographie argentine, stimulée par l'essor de la révolution industrielle et par d'importantes vagues de migrations européennes¹⁷⁸. Cette évolution spectaculaire motive alors une réforme du nombre de sièges de députés. Puisqu'un doublement pur et simple de la quantité de membres de l'une des Chambres du Congrès ne

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 149.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Constituciones iberoamericanas. Argentina*. México (DF) : Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 41. La révision prévoit également une modification de l'alinéa premier de l'article 67 de la Constitution relatif aux droits de douane à l'intérieur de l'État fédéral. Néanmoins cette réforme fut finalement abandonnée. Cf. ROSA ROBLE, María et VANIN, Cecilia. *Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario*. 1^{re} éd. Buenos Aires : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015. p. 174.

¹⁷⁷ Cette observation est attribuée à Mariano de Vedia, député pour la capitale fédérale de 1896 à 1900. Celui-ci prend exemple du modèle constitutionnel étasunien pour justifier une révision régulière de la Constitution afin de faire coïncider les principes fondateurs avec les évolutions politiques de la société argentine. Cf. RAVIGNANI, Emilio. *Asambleas constituyentes argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación. Tomo quinto, 1861-1879*. Vol. 5. Buenos Aires : Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de filosofía y letras. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1938. p. 685. Dans leur étude sur les processus de réformes constitutionnelles de 1853 jusqu'au début des années 1990, Rubén Hernández et Mario D. Serraféro précisent en ce sens que la révision de 1898 s'inscrit dans une période de relative stabilité, où le clivage entre postures présidentialiste et parlementariste n'a pas encore été creusé. Ceci explique la nature « partielle » de cette révision, en comparaison de celles qui seront mises en œuvre durant le XX^{ème} siècle. Cf. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén et SERRAFERO, Mario D. El Congreso de la nación argentina y los proyectos de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1993, n° 37, p. 129.

¹⁷⁸ FUENTE (de) (la), Diego G. *Segundo censo de la República Argentina, mayo 10 de 1895*. Vol. 2. Buenos Aires : Comisión directiva del censo de Argentina, 1898. p. 149.

peut être envisagé¹⁷⁹, la révision vise à établir de nouvelles règles de calcul de la proportion de représentation de la population pour chaque député.

530. La révision de l'article 87 consiste pour sa part à faire évoluer le nombre de ministres en laissant à la loi le soin de préciser leurs portefeuilles. L'argument principal invoqué à l'appui de cette évolution était de favoriser une plus grande adaptation des ministres et de leurs secrétariats, aux mutations économiques, sociales et politiques de la société argentine¹⁸⁰.

531. À travers cette double illustration, on observe une volonté du constituant de réinterpréter une tradition institutionnelle qui, bien que déjà consacrée par la Constitution de 1853, n'obéit plus aux standards de la société argentine de la fin du XIX^{ème} siècle. L'anticipation nécessaire d'une crise épistémologique probable justifie donc la réforme de l'organisation du Gouvernement et de celle de la Chambre des députés au sein du Congrès de la Nation.

b. La réorganisation des pratiques, une amélioration des outils de la socialisation des acteurs

532. Dans la perspective de J. Habermas, la réinterprétation des pratiques est facilitée par un arrière-plan de socialisation permettant de « *savoir intuitivement comment se tirer d'une situation* »¹⁸¹. Ici encore, la littérature constitutionnelle argentine offre des illustrations intéressantes de cette forme de compréhension. Tel est par exemple le cas de l'un des aspects de la révision constitutionnelle de 1949.

533. Réputée pour sa dimension sociale¹⁸², la Constitution péroniste de 1949 consacre un large article 37 à la reconnaissance des *droits du travailleurs, de la famille, de la vieillesse, de l'éducation et de la culture*. Parmi les droits de la famille, le constituant considère pour la première fois qu'il incombe à l'État de garantir, dans le mariage, l'égalité juridique entre les conjoints dans l'exercice de l'autorité parentale¹⁸³. Avec Natalia Sereno, on comprend que cette nouvelle disposition marque une évolution majeure dans l'affirmation d'une égalité de droits entre les sexes. Certes, l'heure n'est pas encore à une consécration

¹⁷⁹ Pour le constituant José M. Alvarez, la Chambre des députés passerait alors de 86 à 193 membres, ce qui représenterait un coût insupportable pour les finances publiques. Cf. REPÚBLICA ARGENTINA. *Convención Nacional de 1898*. Buenos Aires : Compañía sud-americana de billetes de banco, 1898. p. 31.

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 34.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. *Op. cit.* p. 149.

¹⁸² HERRERA, Carlos Miguel. En los orígenes del constitucionalismo social argentino... *Op. cit.* p. 392.

¹⁸³ Cette partie de l'article 37 dispose plus précisément que : « *l'État protège le mariage, il garantit l'égalité juridique des conjoints et l'autorité parentale* » [nous traduisons]. Pour Rodolfo Guillermo Valenzuela, Président de la Cour suprême de Justice et membre de la convention constituante de 1948, cette évolution accompagne une redéfinition de la *structure familiale traditionnelle*, qui repose désormais « *sur le mariage, sur l'égalité des droits et des devoirs des conjoints, et sur l'autorité parentale* » [nous traduisons]. Cf. REPÚBLICA ARGENTINA. *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, año 1949*. 1. Debates y sanción. Buenos Aires : Imprenta del Congreso de la Nación, 1949. p. 317.

de l'égalité réelle d'opportunités¹⁸⁴. Néanmoins, la reconnaissance d'une égale possibilité d'exercice de l'autorité par les deux parents bouleverse la lecture *patriarcale* du texte constitutionnel¹⁸⁵. L'argument essentialiste du rôle supposément secondaire joué par les femmes en société ne tient plus et se trouve juridiquement galvaudé par l'affirmation du droit à une égale gestion de *l'unité familiale*¹⁸⁶.

534. La conception traditionnelle du processus de socialisation des membres de la communauté est ici ébranlée par la réinterprétation apportée par l'article 37. La garantie constitutionnelle contenue dans cette disposition doit d'une part encourager une activité législative propice à une meilleure protection des droits des femmes dans la gestion des affaires familiales, et d'autre part favoriser de nouvelles formes d'interactions à l'intérieur de l'espace public, puisqu'il sera désormais possible de faire prévaloir devant le juge l'atteinte à ces nouveaux droits¹⁸⁷.

535. À travers cette variété d'illustrations, on comprend désormais mieux les formes que prennent les propositions de réinterprétation lorsqu'il s'agit de faire évoluer la tradition juridique à partir des savoirs, des institutions et des pratiques qui composent l'arrière-plan du monde vécu. Mais il arrive toutefois que ces ressources soient insuffisantes pour surmonter les crises épistémologiques que traverse la société¹⁸⁸. Seules des propositions d'innovations, formées par apprentissage d'une tradition étrangère sont alors à même de dépasser les critiques dont souffre la tradition originelle.

B. LES PROPOSITIONS D'INNOVATION, UN RECOURS AUX RESSOURCES INÉDITES DES TRADITIONS RIVALES

536. Dès lors que les ressources du monde vécu constitutionnel viennent à manquer pour consacrer juridiquement les évolutions de la tradition, le constituant n'a pour seule alternative, que celle de s'intéresser à ce que A. MacIntyre qualifie de *tradition rivale*¹⁸⁹. La notion de tradition rivale, ou étrangère,

¹⁸⁴ Il faudra en ce sens attendre la révision de 1994. Cf. *Infra*. n°489.

¹⁸⁵ SERENO, Natalia. Constitución de 1949. Una mirada desde un enfoque de género. *Derechos en acción*. 2019, Vol. 4, n° 11, p. 690.

¹⁸⁶ On remarque toutefois que l'ancrage traditionnel demeure extrêmement présent dans la pensée des constituants de 1949. En réaffirmant l'existence de la famille comme « *noyau primaire et fondamental de la société* », au sein même de la Constitution, Susana Bianchi montre qu'en réalité le péronisme souhaite renforcer « *les idées dominantes autour de la position de la famille comme cellule naturelle de la société, avec de forts points de contact avec les idées de l'Église catholique* » [nous traduisons]. Cf. BIANCHI, Susana. Catolicismo y peronismo, la familia entre la religión y la política (1945-1955). *Boletín del Instituto de historia argentina y americana*. 1999, Vol. 3, n° 19, p. 121.

¹⁸⁷ À court terme, E. Mecke Armiñana observe toutefois un manque de volonté politique concernant la mise en place d'une législation réellement efficace pour favoriser le respect de cette disposition. Cf. MECKE ARMIÑANA, Elina S. Los derechos sociales en la Constitución argentina y su vinculación con la política y las políticas sociales. *Op cit.* p. 52.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. *Op. cit.* p. 148.

¹⁸⁹ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* *Op. cit.* p. 391.

doit ici être comprise au sens large. Elle correspond à l'ensemble des ressources extérieures au texte constitutionnel, dont peut se servir le constituant pour enrichir son propre ouvrage.

537. L'innovation normative est apportée à travers la compréhension herméneutique de nouveaux savoirs, de nouvelles pratiques ou de nouvelles institutions. Ce processus se rapproche de l'*herméneutique diatopique* considérée par Boaventura de Sousa Santos comme « *un travail d'interprétation entre deux ou plusieurs cultures afin d'identifier les préoccupations isomorphiques communes et les différentes réponses apportées* »¹⁹⁰.

538. L'objet de ce qui va suivre sera donc d'observer les manifestations des usages de cette méthode herméneutique dans les discussions éthico-politiques portées sur les innovations de la tradition.

1. L'appropriation des composantes structurelles de mondes vécus étrangers

539. De même que la réinterprétation du savoir juridique suppose une appréciation renouvelée des valeurs garantes de la cohérence et de la continuité de la tradition, l'appropriation des cultures rivales peut contribuer à apporter les innovations constitutionnelles utiles à une redéfinition des connaissances juridiques qui structurent le monde vécu.

540. L'objet de ce premier point de développement consiste donc à appréhender les diverses manifestations de ce phénomène d'appropriation au cours des discussions éthico-politiques de la communauté.

a. L'instauration de nouveaux savoirs, un élargissement des ressources de la tradition d'origine

541. Le 27 juin 2003, le Premier ministre Jean-Pierre Raffarin présente devant l'Assemblée nationale, le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement. Parmi les arguments invoqués pour justifier cette initiative, deux intéressent particulièrement la présente étude¹⁹¹.

¹⁹⁰ SOUSA SANTOS (de), Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina – Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Op. cit. p. 46. Pour mettre en lumière les avantages de la compréhension herméneutique diatopique, B. de Sousa Santos relève par exemple les isomorphies existantes entre le concept occidental de *dignité humaine*, le concept islamique de *umma*, et le concept hindou de *dharma*. En comparaison des traditions rivales, chacun de ces concepts laisse entrevoir ses *incomplétudes* et ses *faiblesses*, mais chacun d'eux représente aussi pour les autres un *biais d'émancipation* permettant de renforcer la tradition originelle. Faire le choix de cette démarche, c'est alors opérer un renversement herméneutique en transformant le *localisme occidental globalisé* en véritable *projet cosmopolitique*. Cf. SOUSA SANTOS (de), Boaventura. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. New York : Routledge, 1995. pp. 341-342.

¹⁹¹ RAFFARIN, Jean-Pierre et PERBEN, Dominique. *Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Jean-Pierre*

542. Pour faire valoir la nécessité de la révision, le Premier ministre valorise tout d'abord la Charte comme un instrument visant à combler « *une lacune [du] droit de l'environnement, préjudiciable à son effectivité* ». Il met ainsi en exergue un vide juridique que les ressources limitées de la tradition constitutionnelle originelle ne permettent pas de surmonter. La réinterprétation de valeurs déjà consacrées par la norme fondamentale est donc impossible, seule l'invention de nouveaux droits et de nouvelles obligations est à même de surmonter la crise.

543. Par ailleurs, il rappelle que la préservation de l'environnement est une exigence internationale que la France est tenue de respecter. À ce titre, il lui est loisible de s'inspirer des principes insérés en ce sens dans les Constitutions d'autres États. Ce second argument illustre d'abord la prise en compte par le constituant d'une discussion largement débattue dans l'espace public et sur la scène internationale. M. Prieur remarque en effet, que le projet de réforme favorise « *un vigoureux procès d'intention mené [contre] l'environnement en tant que valeur commune nouvelle* »¹⁹². Cette remise en question justifie par ailleurs une volonté de prise en compte constitutionnelle de la problématique environnementale, en s'inspirant des mesures déjà mises en place dans les pays voisins. Puisque l'ouvrage de 1958 n'intègre aucune disposition consacrant le droit de l'environnement, il incombe au constituant d'inventer de nouveaux principes en s'appropriant certaines traditions appartenant à des systèmes juridiques étrangers¹⁹³. Cela ne le prive pas toutefois de s'inspirer d'autres outils, tels que ceux déjà prévus par la loi Barnier de 1995, ou par les traités internationaux¹⁹⁴.

544. La volonté d'ajouter au bloc de constitutionnalité un nouveau corpus de normes relatives à l'environnement doit donc être comprise comme une proposition d'innovation juridique qui se nourrit des valeurs contenues dans les traditions rivales, pour enrichir les savoirs juridiques du monde vécu.

Raffarin, Premier ministre, et par M. Dominique Perben, garde des Sceaux, ministre de la justice. Projet de loi constitutionnelle n°992. Paris : Assemblée nationale, 2003. p. 4.

¹⁹² PRIEUR, Michel. L'environnement est entré dans la Constitution. *Revue juridique de l'environnement*. 2005, H-S, p. 27.

¹⁹³ Comme le souligne Y. Jégouzo, les membres de la Commission Coppens chargés de l'élaboration de la Charte ont bien conscience de la consécration du droit de l'environnement dans les Constitutions étrangères. Il en est ainsi notamment de l'Espagne, du Portugal, du Brésil ou de l'Argentine. Néanmoins, à l'époque, aucun État ne semble avoir fait le choix de procéder à l'élaboration d'une *déclaration constitutionnelle complète*. Cf. JÉGOUZO, Yves. La genèse de la Charte constitutionnelle de l'environnement. *Revue juridique de l'environnement*. 2003, H-S, p. 31. Un article de Jacqueline Morand-Deville consacré à *L'environnement dans les Constitutions étrangères* permet, par ailleurs, de mieux saisir la *diversité des engagements constitutionnalisés*. Cf. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. L'environnement dans les Constitutions étrangères. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2014, Vol. 2, n° 43, pp. 86-89.

¹⁹⁴ PRIEUR, Michel. Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement. *Op. cit.* p. 11.

b. L'instauration de nouvelles limites, une mutation des règles de préservation du monde vécu

545. Dans sa version d'origine, l'article premier de la Constitution de 1958 dispose que : « la République et les peuples des territoires d'Outre-Mer qui, par un acte de libre détermination, adoptent la présente Constitution instituent une Communauté ».

546. Cette nouvelle rédaction apporte une importante innovation juridique dans la mesure où, pour la première fois, les peuples d'Outre-Mer disposent de la possibilité de s'exclure de la Communauté à travers le rejet souverain du projet constitutionnel¹⁹⁵. On comprend alors que cet article représente une sérieuse limite aux dispositions de l'article 89, empêchant pourtant toute remise en question de la forme républicaine du Gouvernement. Peut désormais échapper à cette règle tout territoire ultra-marin qui ferait le choix de s'émanciper de la tutelle de la Communauté¹⁹⁶.

547. Pour Frédéric Turpin, cette innovation apparaît indispensable pour surmonter la grave crise politique qui oppose la France non seulement à l'Algérie, mais aussi avec nombre de ses colonies d'Afrique subsaharienne. Il s'agit, pour le général de Gaulle, de proposer « *un vaste programme de rénovation des liens entre la métropole et ses prolongements outre-mer, une philosophie de la colonisation en rupture avec la tradition assimilationniste chère à la République française depuis 1848* »¹⁹⁷. Ce programme passe par la création d'une Communauté qui n'écarte pas la possibilité d'une sécession de ses membres, soit par référendum lors du vote initial visant à approuver ou rejeter le projet de norme fondamentale¹⁹⁸, soit plus tard, dans le respect de certaines règles établies par la Constitution.

548. Toutefois, on remarque que cette possibilité n'est pas le fruit d'une évolution intrinsèque au texte constitutionnel, mais celui d'une volonté politique extérieure dont la meilleure illustration réside certainement dans le discours du général de Gaulle prononcé à Brazzaville le 24 août 1958 :

¹⁹⁵ BORELLA, François. Le fédéralisme dans la Constitution française du 5 octobre 1958. *Annuaire français de droit international*. 1958, Vol. 4, p. 667.

¹⁹⁶ René de Lachérière montre en outre que le référendum relatif à l'adoption du texte constitutionnel a une incidence différente selon que l'on se situe sur le territoire de la métropole ou sur les territoires d'Outre-Mer. Un rejet du projet gaullien par le peuple de métropole aurait pour conséquence un amendement du texte visant une meilleure rédaction de la Constitution. Au contraire, un rejet de la part de certains peuples d'Outre-Mer signifierait l'abandon pure et simple de la Communauté, entraînant par conséquent l'indépendance du territoire. Cf. LACHARRIÈRE (de), René. L'évolution de la Communauté franco-africaine. *Annuaire français de droit international*. 1960, Vol. 6, p. 12.

¹⁹⁷ TURPIN, Frédéric. 1958, la Communauté franco-africaine: un projet de puissance entre héritage de la IV^e République et conceptions gaulliennes. *Outre-Mers. Revue d'histoire*. 2008, Vol. 95, n° 358-359, p. 46.

¹⁹⁸ Cette première possibilité a d'ailleurs permis à la Guinée d'accéder à l'indépendance suite au rejet populaire de la Constitution, à l'issue du référendum du 28 septembre 1958. Cf. FISCHER, Georges. L'indépendance de la Guinée et les accords franco-guinéens. *Annuaire français de droit international*. 1958, Vol. 4, pp. 711-722.

« l'indépendance, quiconque la voudra pourra la prendre aussitôt. La métropole ne s'y opposera pas. Un territoire déterminé pourra la prendre aussitôt s'il vote "non" au référendum du 28 septembre »¹⁹⁹.

549. De ce point de vue, la libre détermination des peuples s'apparente à une ressource ancrée dans une tradition politique rivale de la tradition éthico-politique originelle, dont peut toutefois se saisir le constituant pour faire face à la crise épistémologique qui affecte le système juridique au sujet de l'avenir des relations entre la France et ses colonies.

550. Au prisme des illustrations antérieures, on comprend désormais mieux les besoins du constituant de se saisir des ressources de traditions étrangères lorsque celles de la tradition originelle font défaut. Dans le cas de l'environnement, le droit international, les Constitutions des États voisins, ainsi que la législation nationale ont pu inspirer l'insertion d'une normativité écologique dans le bloc de constitutionnalité. Le principe de libre administration des peuples trouve une forme de légitimité dans les ressources du discours politique qui préconise l'adoption d'une nouvelle norme limitant la prohibition de révision de la forme républicaine du Gouvernement pour certains territoires de la République.

551. Cependant, cette forme d'innovation n'est pas la seule. Après s'être intéressé aux exemples d'appropriation de traditions rivales pour enrichir le savoir juridique, un second examen sera ainsi porté sur les manifestations de ce phénomène concernant l'invention de nouvelles institutions et de nouvelles pratiques.

2. *L'appropriation des institutions et des pratiques de traditions rivales*

552. L'apprentissage de nouvelles traditions n'est pas seulement utile pour le constituant visant à la reproduction culturelle du monde vécu. Ce procédé sert aussi de ressource pour l'invention de nouvelles institutions et de nouvelles pratiques permettant de renforcer l'intégration sociale et la socialisation des membres de la communauté.

553. Ce second point de développement permettra d'apporter des illustrations à ces deux autres formes d'appropriation de traditions rivales.

a. L'invention de nouvelles institutions, une extension des solidarités entre les groupes de la société

554. La création d'un Conseil de la Magistrature par la révision constitutionnelle argentine de 1994 répond, on l'a vu, à une profonde remise en question de la probité des juges²⁰⁰. En l'occurrence, le

¹⁹⁹ BORELLA, François. Le fédéralisme dans la Constitution française du 5 octobre 1958. *Op. cit.* p. 666.

²⁰⁰ Cf. *Infra.* p. 461.

constituant avait identifié une crise épistémologique majeure²⁰¹ que la création d'une nouvelle institution entendait résorber. Cet aspect de la réforme de 1994 constitue une innovation constitutionnelle dans la mesure où l'institution est créée de toute pièce par la Convention constituante à partir des ressources empruntées à des traditions juridiques rivales. Deux catégories de traditions au moins, peuvent être identifiées en ce sens.

555. Les premières ressources convoquées par le constituant pour inspirer la création de cette nouvelle institution sont tirées de certaines Constitutions provinciales ayant déjà adopté ce modèle dans leur propre ordre juridique. Tel fut par exemple le cas de l'argument invoqué par Elena Rubio de Mingorance, représentante de la Terre de Feu devant la Convention constituante, pour défendre la mise en place du Conseil au niveau fédéral²⁰².

556. Toutefois, les ressources les plus importantes sont celles tirées des systèmes étrangers. Avec R. Gargarella, on comprend ici que le constituant agit par mimétisme vis-à-vis des modèles constitutionnels européens²⁰³. Puisque la question de l'indépendance de la Justice constitue une problématique à laquelle se sont déjà confrontés les constituants des pays occidentaux, alors une réponse analogue est susceptible d'être importée dans le système argentin.

557. Si de nombreux juristes critiquent la pertinence d'une telle analogie²⁰⁴, d'autres défendent l'idée que les similitudes du système juridique argentin avec certains systèmes européens se prêtent à une reproduction locale de l'institution. Pour Ricardo Gil Lavedra par exemple, l'incorporation d'une telle institution dans la Constitution est opportune car « *le Conseil de la Magistrature réaffirme un des piliers fondamentaux des systèmes présidentielistes tels que celui de la séparation des pouvoirs entre les trois pouvoirs de l'État car il diminue l'influence des autres pouvoirs concernant la sélection et la révocation*

²⁰¹ Dans cette dynamique, la création d'un Conseil de la Magistrature entendait favoriser « *une meilleure transparence dans la nomination des juges, une meilleure efficacité dans la révocation des magistrats accusés de mauvaise conduite et une meilleure confiance dans l'administration de la Justice* » [nous traduisons]. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 18^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2209.

²⁰² *Ibid.* p. 2316.

²⁰³ GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. *Op. cit.* p. 87.

²⁰⁴ L. Roth relève deux types de critiques mises en avant par les détracteurs de la réforme. Pour Alberto Spota tout d'abord, la création d'un Conseil de la Magistrature calqué sur le modèle européen manque de pertinence, dans la mesure où l'administration de la justice varie considérablement de part et d'autre de l'Atlantique. R. Bielsa craint pour sa part une superposition de fonctions entre celles dévolues à la Cour suprême et celles du Conseil de la Magistrature. Cf. ROTH, Laura C. Acerca de la independencia judicial en Argentina: la creación del consejo de la Magistratura y su desempeño entre 1994 y 2006. *Op. cit.* p. 288. De manière générale, R. Gargarella regrette le manque d'imagination du constituant qui se contente de proposer une *pâle copie* des institutions européennes sans répondre aux véritables enjeux socio-politiques de la société argentine. Cf. GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. *Op. cit.* p. 87. Pour reprendre la terminologie de B. de Sousa Santos on pourrait qualifier ce processus de reproduction d'un *localisme occidental globalisé*, une occasion manquée de dessiner un véritable *projet cosmopolitique* mêlant les approches épistémologiques étrangères et locales.

des magistrats » [nous traduisons]²⁰⁵. Cet argument se retrouve d'ailleurs peu ou prou dans le discours présenté par Enrique Paixao, autre membre éminent de la Convention constituante, qui valorisait l'existence du Conseil de la Magistrature au nom d'un meilleur respect de l'équilibre entre les pouvoirs de la République²⁰⁶.

b. L'invention de nouvelles pratiques, un accroissement de la participation politique des membres de la communauté

558. La révision constitutionnelle de 1994 ne se limite pas à un renforcement du savoir juridique et de l'intégration sociale. Elle enrichit également la Constitution de nouveaux droits individuels visant à renforcer la socialisation des membres de la communauté. On pense notamment à l'article 43 qui élève au niveau constitutionnel les recours *d'amparo* et *d'habeas corpus*²⁰⁷ et crée le recours *en habeas data*²⁰⁸. La création de ce troisième recours constitue une totale innovation puisque le constituant s'inspire des ressources de plusieurs traditions rivales pour l'incorporer à la Constitution. On pourrait par exemple rapporter les propos de Ricardo Biazzì, représentant de la province de Misiones devant la Convention constituante, qui situe le projet de réforme au carrefour de trois sources d'inspiration²⁰⁹.

559. La première est de nature jurisprudentielle et doctrinale. En 1983, le retour à la démocratie se caractérise par l'explosion du nombre de recours administratifs formés par les associations et les familles de disparus pour demander l'accès aux registres des services de sécurité de la dictature. Cette exigence, conduit la Cour suprême et la doctrine à discuter du droit d'accès à l'information, bien avant la révision constitutionnelle de 1994²¹⁰.

²⁰⁵ GIL LAVEDRA, Ricardo. La independencia del Poder Judicial y el Consejo de la Magistratura. *Aportes para el Estado y la administración gubernamental*. 1996, Vol. 7. p. 20.

²⁰⁶ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 18^a Reunion - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2210

²⁰⁷ NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Op. cit.* p. 223.

²⁰⁸ Dans un article sur l'évolution du recours d'amparo en Argentine, Patricio A. Maraniello rappelle que l'amparo et l'habeas corpus sont des recours formés contre l'Administration pour réclamer la protection immédiate contre l'atteinte aux droits fondamentaux de la personne. Cf. MARANIELLO, Patricio A. El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 2011, Vol. 5, n° 27, p. 8. L'habeas data est un recours dont disposent les individus pour garantir la protection de leurs données personnelles. Cf. SABSAY, Daniel A. El "amparo colectivo" consagrado por la reforma constitucional del 1994. *Cuadernos de análisis jurídico*. 1997, n° 7, p. 389. En Argentine, il garantit l'accès aux registres de données ; permet d'ajouter, de modifier ou de corriger des données ; assure la confidentialité des informations légalement collectées ; et autorise la suppression de données potentiellement discriminatoires pour l'administré. Cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Hábeas Data argentino (orden nacional). *Derecho PUCP*. 1997, n° 51. p. 178.

²⁰⁹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 30^a Reunion - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 12 août 1994, p. 4133.

²¹⁰ BAZÁN, Víctor. El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado. *Estudios constitucionales*. 2005, Vol. 3, n° 2, p. 122.

560. La deuxième relève du droit interne. Lorsqu'en 1994 est discutée l'introduction de l'habeas data dans la Constitution fédérale, ce recours est déjà consacré par plusieurs normes provinciales²¹¹. La province de San Juan l'intègre dans sa Constitution en 1985, celle d'Entre Rios le garantit par une loi de 1990. De même les provinces de Río Negro et de Córdoba le consacrent respectivement aux articles 20 et 50. Nombre de représentants de ces provinces à la Convention convoquent ainsi ces différents exemples à l'appui de la révision.

561. La troisième tient compte de la normativité étrangère. Les Constitutions espagnole (1978), portugaise (1976), colombienne (1991) ou paraguayenne (1992), sont ainsi invoquées en tant que traditions juridiques étrangères ayant déjà reconnu le recours d'habeas data. De même, certaines lois relatives à la protection des données votées en France (1978), en Irlande (1988), en Norvège (1978) ou au Royaume-Uni (1984), inspirent le constituant argentin dans son projet de réforme²¹².

562. On voit donc que de multiples facteurs concourent à l'incorporation l'habeas data dans la Constitution argentine. Privé des ressources endogènes de sa propre tradition, le constituant est contraint de faire appel à des traditions rivales pour amender son texte.

563. Avec cette ultime observation s'achève donc l'analyse des différentes propositions qui favorisent la reproduction du monde vécu. Les premières sont qualifiées de propositions de réinterprétation dans la mesure où elles se forment à partir des dispositions déjà contenues dans le texte constitutionnel. Le constituant se contente alors de préciser ou d'approfondir la norme afin de la faire mieux coïncider avec les préoccupations de la communauté. Les secondes constituent des propositions d'innovation. Elles se forment à partir de ressources extérieures et visent à combler un vide juridique en enrichissant la Constitution de nouvelles valeurs, institutions ou pratiques.

564. Mais rien encore ne permet de saisir comment les partenaires d'une discussion éthico-politique peuvent évaluer la validité de leurs propositions. Reste donc à évoquer les mécanismes permettant de tester la validité de l'ensemble de ces énoncés.

²¹¹ PUCCINELLI, Oscar Raúl. El Hábeas Data en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *Derecho PUCP*. 1997, n° 51, pp. 153-156.

²¹² Plusieurs précisions sont apportées en ce sens par Víctor Bazán qui évoque en détail l'influence exercée par la loi française de 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ainsi que par les processus constitutants post-dictatoriaux à l'œuvre au Portugal (1976) et en Espagne (1978). Cf. BAZÁN, Víctor. El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado. *Op. cit.* pp. 94-95.

§ II. L'EXAMEN ATTENTIF DES PRÉTENTIONS NOUVELLES

565. L'atteinte du troisième stade de développement relève, pour J. Habermas, d'un *processus d'apprentissage* vis-à-vis de sa propre tradition ou de traditions rivales visant à surmonter les apories du monde vécu. Cette approche favorise alors une *conception de la vérité par cohérence* où « est vrai ce qui, dans le contexte de notre tradition, se prête à corriger les erreurs »²¹³.

566. Cette idée s'inspire elle-même des travaux d'A. MacIntyre sur la *rationalité des traditions*. Dans un passage consacré à la validité des solutions apportées aux crises épistémologiques, ce dernier considère trois exigences auxquelles doivent répondre les propositions nouvelles :

Ce système [...] doit d'abord, pour mettre fin à la crise épistémologique, fournir une solution aux problèmes qui s'étaient révélés jusque-là impossibles à résoudre de façon systématique et cohérente. En second lieu, il doit aussi fournir une explication de ce qui au juste, avant l'acquisition de nouvelles ressources, a rendu la tradition stérile ou incohérente, voir les deux à la fois. Enfin, ces deux premières tâches doivent être menées de façon à faire apparaître une continuité fondamentale entre les nouvelles structures conceptuelles et théoriques et les croyances communes dans les termes desquelles la tradition d'investigation avait été définie jusqu'alors²¹⁴.

567. De cette description, se détachent donc deux caractéristiques fondamentales. L'une est relative à la *cohérence* de l'innovation ou de la réinterprétation des composantes du monde vécu par rapport à celles de la tradition originelle. Elle rassemble les deux premières exigences identifiées par A. MacIntyre. L'autre, on le verra, n'intéresse que les propositions d'innovation. Elle est inhérente à la *continuité* entre la tradition originelle et les solutions apportées par la tradition rivale.

568. Aussi, l'ultime développement de ce chapitre sera centré sur l'analyse de ces deux caractéristiques pour mieux saisir les conditions de validité des propositions formulées au cours des discussions éthico-politiques de la communauté de vie.

²¹³ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Op. cit. p. 187.

²¹⁴ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* Op. cit. p. 389.

A. L'EXAMEN DE COHÉRENCE, EXIGENCE DE VALIDITÉ INHÉRENTE À TOUTE FORME DE PROPOSITION

569. Avec A. MacIntyre, on considère que la première condition de validité d'un énoncé éthico-politique réside dans la cohérence de la réponse apportée au problème posé. Cette exigence se mesure à l'aune de deux critères complémentaires. D'une part, l'auditeur qui appréhende la proposition évalue la *pertinence* de l'alternative proposée pour surmonter la crise, c'est-à-dire sa capacité à *apporter une solution concrète aux limites*²¹⁵ qui pesaient sur l'ancien paradigme. D'autre part, il s'interroge sur l'*efficacité* de cette solution, c'est-à-dire sa capacité à *dépasser la totalité des limites*²¹⁶ qui jusque-là contraignaient la tradition²¹⁷.

570. Dans ce qui va suivre, on s'attachera donc à comprendre comment se manifestent ces deux exigences lors des échanges d'arguments des débats éthiques sur l'évolution du monde vécu.

1. L'impérieuse condition de pertinence pour une alternative concrète

571. Dans une perspective juridique, le troisième stade de développement d'une tradition est celui où se produisent les réactions aux crises épistémologiques identifiées comme telles par l'acte constituant. Ces réactions, on le sait, prennent la forme de propositions de réinterprétation ou d'innovation destinées à *apporter des remèdes aux insuffisances* ou à *transcender les limitations* de la tradition originelle²¹⁸.

572. Avec A. MacIntyre, on identifie ici deux finalités qui servent de grille de lecture pour la compréhension des critiques susceptibles d'être formulées quant à la pertinence des arguments proposés comme solutions aux crises. Une proposition de réinterprétation est considérée comme pertinente si elle fournit un remède aux insuffisances repérées dans la constitutionnalisation du monde vécu. De même,

²¹⁵ C'est en ce sens que l'on comprend la première exigence d'A. MacIntyre qui consiste à *fournir une solution aux problèmes* de la tradition originelle. Cf. *Ibid.*

²¹⁶ Cet autre critère éclaire la deuxième exigence d'A. MacIntyre qui est de *fournir une explication aux limites* de la tradition originelle. Cf. *Ibid.*

²¹⁷ Pour mieux comprendre le sens de cette distinction, on pourrait considérer l'hypothèse suivante : soit un constituant qui, à force de discussions sur la place publique, d'accumulation des législations, et de multiplication des jurisprudences, considère que le problème de l'égalité salariale entre les hommes et les femmes constitue une crise épistémologique majeure qu'il convient de dépasser par un nouveau projet constitutionnel. Celui-ci propose alors à l'Assemblée constituante que soit voté un texte reconnaissant qu'à travail égal, toutes les femmes de trente à cinquante ans soient rétribuées par un salaire identique à celui de leurs homologues masculins. Ici, la solution est pertinente puisqu'elle répond au problème posé de manière claire et concise. Néanmoins, on peut discuter de son efficacité car elle n'explique pas comment serait résolu le problème de l'égalité salariale pour les femmes qui ne se situeraient pas dans cette tranche d'âge.

²¹⁸ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité? Op. cit.* p. 382.

une proposition d'innovation est pertinente lorsqu'elle permet de transcender les limites de ce processus²¹⁹.

a. L'apport d'un remède aux insuffisances du monde vécu, enjeu fondamental des propositions d'interprétation

573. En 1994, pour renforcer la protection des droits humains mis à mal par plusieurs décennies de dictature, la révision constitutionnelle argentine prévoit d'insérer à l'article 75 de la Constitution, un vingt-deuxième alinéa qui confère une valeur constitutionnelle à dix traités internationaux²²⁰.

574. Au cours des débats de la Convention constituante, cette disposition est défendue par Juan Pablo Cafiero, rapporteur de la majorité pour la *Commission constitutionnelle pour l'intégration et les traités internationaux*, qui met en exergue les faiblesses de la protection des droits humains dans le pays afin d'appuyer une proposition visant à replacer l'individu sous *la tutelle du système juridique*. Par cette proposition, la majorité identifie une crise épistémologique, la *violation systématique des droits humains* par l'État durant plusieurs générations, et se propose de la surmonter en apportant une innovation à la tradition originelle qui consiste à intégrer au bloc de constitutionnalité plusieurs textes internationaux de protection des libertés fondamentales²²¹.

575. À la suite de cet exposé, la proposition est débattue par les représentants à la Convention et critiquée par certains membres de l'opposition qui considèrent notamment le manque de pertinence de la solution apportée. Cette posture s'observe par exemple chez le sénateur Hilario Raúl Muruzabal pour qui un tel dispositif trahit les prétentions réelles de la majorité. Celle-ci se préoccupe peu d'accorder une véritable protection aux droits fondamentaux mais permet par contre au législateur ordinaire d'approuver les modifications de traités de valeur identique à la norme constitutionnelle, sans se soucier d'une quelconque révision de la Constitution. Cet argument permet ainsi de contester la pertinence de la

²¹⁹ À l'inverse donc, ne sont pas considérées comme pertinentes les propositions dont la finalité diffère de celle visant la résolution des crises épistémologiques. Ce phénomène est notamment observé par Didier Blanc qui qualifie de *cavaliers constitutionnels* les propositions qui entendent saisir « l'opportunité d'une révision constitutionnelle [...] pour présenter des dispositions sans rapport avec l'objet principal de la révision ». Cf. BLANC, Didier. Droit constitutionnel et droit international. Contribution à l'étude du « traité-constitutionnel » européen vu par le constituant : les pouvoirs du Parlement français entre continuités et ruptures. À propos de la loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005. *Revue française de droit constitutionnel*. 2005, Vol. 4, n° 64, p. 850. Cette notion est par ailleurs largement développée par Alice Fuchs-Cessot dans sa thèse sur *Le Parlement à l'épreuve de l'Europe et de la Ve République*. Cf. FUCHS-CESSOT, Alice. *Le Parlement à l'épreuve de l'Europe et de la Ve République*. DREYFUS, Françoise (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001. pp. 254-259.

²²⁰ HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*. 2004, Vol. 39, pp. 77-78. L'ensemble de ces traités est énuméré plus haut. Cf. *Infra*. n°424.

²²¹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2831.

proposition qui ne viserait pas réellement à renforcer la protection des droits humains, mais plutôt à « établir de nouvelles formes de modification constitutionnelle sans même requérir de majorité qualifiée » [nous traduisons]²²².

576. Cette illustration constitue donc une première forme de critique contre la validité d'une prétention éthico-politique visant à renouveler la tradition pour transcender certaines limites du monde vécu. Toutefois, cette forme de contestation de la pertinence des énoncés n'est pas la seule. D'autres concernent encore les propositions de réinterprétation de la norme constitutionnelle.

b. Le dépassement des limites de la tradition, exigence primordiale des propositions d'innovation

577. En Argentine, il ne fait aucun doute que l'un des aspects les plus importants de la réforme de 1994 concerne le rééquilibrage des pouvoirs²²³. Cette intention est d'ailleurs immédiatement manifestée par le Président de la République Carlos Menem au cours de son discours inaugural, prononcé devant les représentants de la Convention constituante le 25 mai 1994. Le Président aspire alors à ce que cette réforme « consolide le système démocratique et perfectionne l'équilibre entre les pouvoirs de l'État » [nous traduisons]²²⁴.

578. Pour résoudre cette crise épistémologique, est prise la décision d'établir en amont de la Convention un *noyau de compromis élémentaires* négociés entre le parti majoritaire et l'opposition, afin de voter en bloc plusieurs articles visant à garantir et à encadrer la réussite du projet présidentiel²²⁵. Voilà donc tout l'enjeu du Pacte d'Olivos, signé le 17 novembre 1993 à l'issue de plusieurs jours de tractations : s'accorder à l'avance sur certaines réinterprétations de la Constitution afin de satisfaire à la fois les exigences de l'Union Civique Radicale de Raúl Alfonsín et celles du parti Justicialiste de Carlos Menem²²⁶.

²²² *Ibid.* p. 2842. On relèvera toutefois que cet argument ne vaut que pour le cas d'une modification d'un traité déjà existant. L'article 70 al. 22 de la Constitution prévoit en effet plusieurs dispositifs en ce qui concerne la dénonciation des traités ou l'intégration de nouveaux traités au bloc de constitutionnalité. Cf. NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Op. cit.* p. 230.

²²³ Cet aspect est d'ailleurs souligné dès 1990 par Agustín Barletti dans ses *Éléments pour une révision de la Constitution argentine*. Cf. BARLETTI, Agustín. *Éléments pour une révision de la Constitution argentine*. LÉVY, Denis (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Panthéon-Assas, 1990. p. 60.

²²⁴ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 1^a Reunión - Sesión Preparatoria. *Op. cit.* p. 10.

²²⁵ SMOLA, Julia. Paroles sur la place publique: actions, discours et espace public dans la post-dictature argentine. Dans : MERKLEN, Denis et TASSIN, Étienne, *La diagonale des conflits. Expériences de la démocratie en Argentine et en France*. Paris : Éditions de l'IHEAL, 2018, p. 86

²²⁶ CARRIZO, Carla. Entre el consenso coactivo y el pluralismo político: la hora del Pueblo y el Pacto de Olivos (1973-1993). *Desarrollo Económico*. 1997, Vol. 37, n° 147, pp. 389-390.

579. Dans un long article qu'il consacre en 2001 à *la réforme du présidentielisme argentin*, Gabriel Negretto rappelle les principaux aspects de la négociation. La possibilité de confier à un premier ministre la charge de chef du Gouvernement est abandonnée, mais est créé le poste de chef de cabinet, nommé par le Président de la République et responsable devant le Congrès. Sont aussi concédés au parti d'opposition, un renforcement du contrôle législatif sur les activités administratives, la réduction de la durée du mandat présidentiel, la nomination partagée de trois sénateurs dans chaque État (deux pour le parti majoritaire à l'issue des élections, et un pour le premier parti d'opposition), un second tour aux élections présidentielles, ainsi que de plus grandes garanties pour l'indépendance de la Justice. La possibilité de donner au Président de la République la faculté de dissoudre le Congrès est rejetée. Par contre, certaines pratiques déjà reconnues par la Cour suprême sont admises dans le projet constitutionnel. La gouvernance par voie d'ordonnance, le veto partiel du Président sur les textes de loi ou le recours aux décrets lorsque l'urgence de la situation le justifie, sont ainsi intégrés au noyau de compromis élémentaires²²⁷.

580. Lors de la discussion précédant le vote de ce corpus intangible de règles, certains membres de la Convention se positionnent contre cette dernière série de dispositions. Ainsi par exemple, la représentante à la Convention pour la province de San Juan Nancy Avelín justifie son opposition au texte en arguant que la délégation législative, les décrets d'urgence et de nécessité ainsi que le veto partiel ne contribuent en aucune manière à renforcer le pouvoir législatif²²⁸. Malgré sa prétention apparente à répondre à la crise entourant le rééquilibrage des institutions, ce compromis sert en réalité le dessein d'un Président qui cherche à renforcer son pouvoir en limitant les capacités d'action du législateur²²⁹.

581. Cet argument illustre une critique de la pertinence de la proposition formulée par la majorité. La réinterprétation des structures de l'intégration sociale est détournée de son objectif d'origine pour satisfaire d'autres finalités. Elle ne répond plus aux problèmes soulevés par la crise épistémologique. Ce raisonnement sert ainsi à N. Avelín pour contester la validité de la solution proposée.

582. À travers les deux exemples cités dans ce premier point de développement, on observe donc que la pertinence de l'énoncé constitue un premier critère qu'un auditeur est en mesure d'évaluer pour s'accorder ou s'opposer à la proposition formulée par un locuteur. Néanmoins, un second élément doit

²²⁷ NEGRETTO, Gabriel. Procesos constituyentes y distribución de poder: la reforma del presidencialismo en Argentina. *Política y gobierno*. 2001, Vol. 8, n° 1, pp. 150-151.

²²⁸ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 18^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2248.

²²⁹ Dans ses analyses sur *les présidentielismes latino-américains*, Gérard Conac constate que ce phénomène prend la forme d'un *présidentielisme parlementaire* dans lequel les efforts de parlementarisation du régime sont souvent contraints par la volonté de mimétisme vis-à-vis du système juridique nord-américain. Cf. CONAC, Gérard. Pour une théorie du présidentielisme. Quelques réflexions sur les présidentielismes latino-américains. Dans : *Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le pouvoir*. Paris : L.G.D.J, 1977, p. 132.

être pris en compte au cours de ce premier test de validité. Il concerne la question de l'efficacité de la réponse apportée aux problèmes éthiques qui préoccupent la communauté.

2. *L'indispensable critère d'efficacité pour une solution complète*

583. Pour évaluer l'efficacité des solutions proposées pour surmonter les crises épistémologiques, A. MacIntyre propose de recourir aux mêmes critères qui ont permis de *repérer les insuffisances de la tradition originelle*²³⁰.

584. On repense alors aux trois composantes du monde vécu proposées par J. Habermas. Une proposition apparaît d'autant plus pertinente qu'elle renforce les valeurs constitutives du savoir juridique, les institutions nécessaires à l'intégration sociale et les pratiques utiles à la socialisation des individus²³¹.

a. Le renforcement du savoir juridique, moyen d'évaluation de l'efficacité des institutions et des pratiques

585. Si l'on se réfère aux différentes manifestations de la remise en question du savoir juridique, on comprend que ce premier aspect du monde vécu se trouve renforcé dès lors que la réinterprétation ou l'innovation apportée à la tradition contribue à une plus grande légitimation des institutions et à une meilleure participation des membres de la communauté²³².

586. À titre d'exemple, on pensera à la révision constitutionnelle française du 23 juillet 2008 concernant la modernisation des institutions de la cinquième République. L'exposé des motifs du projet de loi relatif à la révision fait notamment apparaître l'intention du Président de la République de « *mieux garantir l'égalité du suffrage* » lors des redécoupages de circonscriptions. Ce renforcement prend la forme d'une modification de l'article 25 de la Constitution afin d'imposer « *que les projets ou propositions tendant au redécoupage des circonscriptions ou à la répartition des sièges entre ces dernières soient soumis à l'avis public d'une commission indépendante dont la loi fixera les règles d'organisation et de fonctionnement* »²³³.

587. La Président de la République considère l'existence d'une crise épistémologique qui réside dans le manque d'égalité du suffrage²³⁴ et se propose d'y répondre en apportant une innovation à la tradition

²³⁰ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité?* Op. cit. p. 391.

²³¹ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 156.

²³² *Ibid.* p. 158.

²³³ FILLON, François et DATI, Rachida. FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République...* Op. cit. p. 11.

²³⁴ Avec Nadine Susani, on comprend que la reconnaissance de cette crise est inspirée d'une délibération rendue par le Conseil constitutionnel le 7 juillet 2005 dans laquelle le juge constatait l'inaction du législateur concernant le redécoupage électoral depuis plus de deux décennies et appelait donc à un remodelage des circonscriptions pour

juridique originelle à travers la création d'un organisme indépendant régit par la loi²³⁵. Or cette gestion législative de la commission indépendante fait débat. Certains députés de l'opposition considèrent en effet que la proposition présidentielle ne va pas assez loin et convoquent en ce sens deux arguments.

588. Le premier est relatif à l'opportunité laissée au Gouvernement de procéder au redécoupage des circonscriptions par voie d'ordonnance. Comme le concède le député de la majorité Jean-Luc Warsmann, « *alors que les propositions ne peuvent être que de loi, les projets gouvernementaux peuvent être de loi ou d'ordonnance* »²³⁶. Confier le projet de redécoupage au seul Gouvernement, ce serait alors le soustraire à toute forme de sanction parlementaire, le privant ainsi d'un contrôle nécessaire pour traiter d'un sujet aussi délicat.

589. Le deuxième argument concerne le fait de « *laisser à la loi le soin de fixer la nature et l'étendue de l'indépendance [...] de la commission* »²³⁷. Cette inquiétude, exprimée par Arnaud Montebourg, révèle les doutes du député quant à la possibilité de concilier l'indépendance de l'institution avec la genèse législative de cette dernière, compte tenu du fait que la loi est avant tout celle de la majorité.

590. L'exemple tiré de ces deux arguments ne révèle pas un manque de pertinence de la proposition de création d'une commission indépendante pour garantir une meilleure égalité du suffrage. La critique vise plutôt l'efficacité de la solution proposée. Elle met ainsi en doute la validité de l'intention du constituant qui n'apparaît pas suffisante pour apporter les garanties nécessaires au juste redécoupage des circonscriptions.

b. Le renforcement de l'intégration sociale, moyen d'évaluation de l'efficacité des valeurs et des pratiques

591. En suivant le raisonnement de J. Habermas, une réforme visant au renforcement de l'intégration sociale au sein de la communauté est réputé efficace si elle concourt à améliorer *l'immunisation d'un noyau maintenu d'orientations selon des valeurs et la reproduction de modèles d'appartenance*

tenir compte de l'évolution démographique. Cf. SUSANI, Nadine. Une aporie de la justice constitutionnelle française : l'impuissance du Conseil constitutionnel face à l'inconstitutionnalité de l'actuel découpage électoral pour les élections législatives de 2007. *Revue française de droit constitutionnel*. 2007, Vol. 1, n° 69, p. 145.

²³⁵ On parle ici de proposition d'innovation car, comme le rappelle Catherine Castor, l'idée de création d'une commission indépendante est inédite. Elle est inspirée de traditions rivales inscrites dans des systèmes juridiques étrangers. Cf. CASTOR, Catherine. L'égalité devant le suffrage. *Revue française de droit constitutionnel*. 2012, Vol. 2, n° 90, p. 3. Parmi les sources probables d'inspiration du constituant, C. Castor convoque André Roux pour citer des mécanismes analogues déjà présents dans les droits britannique, allemand et portugais. Cf. ROUX, André. Le découpage des circonscriptions électorales en droit comparé. Dans : *Mélanges offerts au Doyen Charles Cadoux*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 314-315.

²³⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIIe législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 170e séance - 2e séance du mardi 27 mai 2008 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Mai 2008, Vol. 2, n° 39, p. 2530.

²³⁷ *Ibid.* p. 2529.

*sociale*²³⁸. En d'autres termes, la validité d'une proposition de renouvellement des institutions est admise lorsque cette révision renforce les valeurs ou les pratiques consacrées par la Constitution. On trouve une illustration de critique de cette forme de validité dans la révision constitutionnelle de 1999 portant sur l'intégration de la Cour pénale internationale dans l'ordre juridique français.

592. Le 18 juillet 1998, la France signe le Statut de la Cour pénale internationale et accepte l'autorité de cette juridiction pour juger « *des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »²³⁹. Dans le but de procéder à la ratification du traité, le Président de la République et le Premier ministre saisissent le Conseil constitutionnel qui reconnaît un problème de compatibilité de certains articles du statut avec la Constitution²⁴⁰. Cette difficulté constitue un obstacle épistémologique que le Président de la République se propose de surmonter par le vote d'une révision de la norme fondamentale²⁴¹.

593. Si un large consensus réunit les parlementaires quant à la pertinence de la ratification du Statut de Rome, certains contestent toutefois l'efficacité de la proposition. Au cours de la discussion du projet de loi constitutionnelle, le sénateur Patrice Gélard redoute par exemple qu'en raison de la nature évolutive du traité, le constituant soit amené à procéder à des révisions régulières de la Constitution pour répondre aux cas probables d'incompatibilité soulevés par le juge constitutionnel. Cette technique, déjà appliquée pour la ratification des traités de Maastricht (1992), de Schengen (1985), et d'Amsterdam (1997), accentue selon lui une *très mauvaise habitude* des parlementaires systématiquement contraints d'adopter en deux temps les traités impliquant une délégation de la souveraineté nationale²⁴². Afin d'éviter cet écueil et

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 158.

²³⁹ Cette stipulation figure dans le préambule du Statut de Rome. Cf. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*. Traité. La Haye : Cour pénale internationale, 2011. p. 8.

²⁴⁰ Le statut est considéré comme incompatible avec la Constitution pour trois raisons essentielles. D'abord, certaines stipulations du traité sont incompatibles avec le régime des immunités gouvernementales et parlementaires prévues par la Constitution. Ensuite, le Statut porte atteinte à la souveraineté nationale dans la mesure où il peut exiger de la France que lui soient remises les personnes accusées des crimes qui relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale, et ce malgré le refus ou l'existence de lois d'amnistie dans le pays. Enfin, le Statut de Rome porte encore atteinte au principe de souveraineté en laissant au Procureur de la Cour, la possibilité d'inspecter, sans autorisation préalable, certains sites publics sur le territoire de l'État partie au traité. Cf. DOBELLE, Jean-François. La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale. *Annuaire français de droit international*. 1998, Vol. 44, pp. 365-366. L'étendue de ces limites est par ailleurs étudiée par Mickaël Benillouche dans un ouvrage dirigé par Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, sur les *Juridictions nationales et crimes internationaux*. M. Benillouche y aborde avec précision les cas de *neutralisation de la mise en œuvre de la responsabilité pénale internationale*. Cf. BENILLOUCHE, Mickaël. Droit français. Dans : CASSESE, Antonio et DELMAS-MARTY, Mireille, *Juridictions nationales et crimes internationaux*. Op. cit. pp. 183-189.

²⁴¹ JOSPIN, Lionel et GUIGOU, Élisabeth. *Projet de loi constitutionnelle insérant au titre VI de la Constitution un article 53-2 et relatif à la Cour pénale internationale, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Lionel Jospin, Premier ministre, et par Mme. Élisabeth Guigou, garde des Sceaux, ministre de la justice*. Projet de loi constitutionnelle n°1462. Paris : Assemblée nationale, 1999. pp. 2-3.

²⁴² SÉNAT. Session ordinaire de 1998-1999 - 82e séance - Séance du jeudi 29 avril 1999 - Compte rendu intégral. *JORF S. (C.R.)*. Avril 1999, n° 38, p. 2573.

d'améliorer la *clarté des débats*, P. Gélard préconise donc de faire évoluer le mode de ratification de ce type de traité.

594. Par cette observation, le sénateur critique ainsi la validité de la mesure en doutant de l'efficacité d'une révision susceptible d'être de nouveau nécessaire à plus ou moins long terme.

c. Le renforcement de la socialisation, moyen d'évaluation de l'efficacité des valeurs et des institutions

595. Lorsqu'une révision constitutionnelle porte sur un renouvellement des pratiques, l'efficacité de la proposition formulée par un locuteur est évaluée en fonction de sa capacité à renforcer la légitimité des valeurs et des institutions constitutionnelles. Un énoncé est donc d'autant plus valide qu'il permet de lutter contre *l'inculturation* des individus vis-à-vis du savoir juridique contenu dans la Constitution, et concourt à *l'internalisation des valeurs* de l'intégration sociale.

596. Le 27 septembre 1974, le Premier ministre Jacques Chirac présente, au nom du Président de la République, un projet de loi constitutionnelle relatif à l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel « *au cinquième au moins des membres composant l'une ou l'autre Assemblée* »²⁴³, concernant le contrôle de la conformité des lois ordinaires par rapport à la Constitution. Par cette proposition, le Président reconnaît dans le caractère jusque-là *exceptionnel* de cette saisine, une crise épistémologique dont le dépassement implique une réinterprétation de l'article 61 de la Constitution pour ouvrir aux députés et aux sénateurs la possibilité d'un contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires en amont de leur promulgation²⁴⁴.

597. Pour Jean Foyer, cette volonté d'améliorer l'efficacité de cet aspect particulier de la socialisation des participants est toutefois contestable. Selon le député, élargir le droit de saisine aurait pour conséquence immédiate de « *multiplier les occasions offertes au Conseil constitutionnel, pour des raisons de droit, de tenir en échec la loi, expression de la volonté manifestée par le Parlement* »²⁴⁵. En d'autres

²⁴³ CHIRAC, Jacques et LECANUET, Jean. *Projet de loi constitutionnelle portant révision de l'article 61 de la Constitution, présenté au nom de M. Valéry Giscard d'Estaing, Président de la République, par M. Jacques Chirac, Premier ministre, et par M. Jean Lecanuet, garde des Sceaux, ministre de la justice*. Projet de loi constitutionnelle n°1181. Paris : Assemblée nationale, 1974. p. 2.

²⁴⁴ Pour Bernard Manin, cette réforme présente un double avantage. D'une part, elle ouvre à l'opposition la possibilité de contester la constitutionnalité d'une loi votée par la majorité. D'autre part, elle renforce l'office politique du Conseil constitutionnel qui, par la seconde lecture qu'il apporte à de nombreuses dispositions législatives, joue de plus en plus le rôle de *co-législateur*. Cf. MANIN, Bernard. *E uno plures. Une République à deux régimes?* *Le Débat*. 1999, Vol. 4, n° 106, pp. 172-173.

²⁴⁵ ASSEMBLÉE NATIONALE. Ve législature - Première session ordinaire de 1974-1975 - Compte rendu intégral - 6e séance - Séance du mardi 8 octobre 1974. *JORF A.N. (C.R.)*. Octobre 1974, n° 62, p. 4869.

termes, J. Foyer considère que le fait d'élargir cette pratique aurait pour conséquence d'affaiblir le principe constitutionnel fondamental selon lequel la loi est l'expression de la volonté générale.

598. On aura ici repéré une critique de la validité de la proposition présidentielle pour des raisons d'efficacité. La réforme n'est pas efficace car sa mise en place aurait pour conséquence de porter une atteinte excessive à une valeur constitutive du savoir juridique de la communauté, qui place dans le Peuple et dans ses représentants parlementaires, la seule source légitime de volonté politique.

599. Finalement, on tire de l'examen de ces différentes illustrations un panorama complet de la multiplicité des contestations possibles de la cohérence des propositions éthico-politiques. La validité de ces énoncés peut tout d'abord être discutée en raison de la pertinence de la réponse apportée pour résoudre une crise épistémologique. L'auditeur qui appréhende la proposition du locuteur, manifeste ainsi son désaccord vis-à-vis d'une solution qui poursuit en réalité une finalité divergente de celle attendue pour résoudre la crise. Par ailleurs, cette validité peut faire l'objet de critiques en raison de l'inefficacité, ou de l'efficacité partielle, de la réforme. Les énoncés répondent dans ce cas au problème posé. Néanmoins, on s'interroge sur leur capacité à traiter l'étendue de la crise traversée par la communauté.

600. Ce type d'examen présente l'avantage de servir à la fois les propositions de réinterprétation de la tradition, et celles visant à son innovation. Toutefois, ce dernier reste insuffisant en matière d'innovation juridique. Le recours à une tradition rivale pour compléter les lacunes du monde vécu implique également une évaluation de la compatibilité entre les deux formes de traditions, sous peine de ne pouvoir invoquer l'une pour éclairer l'autre. Ce second examen de validité est donc l'objet du point de développement à venir.

B. L'EXAMEN DE CONTINUITÉ, EXIGENCE DE VALIDITÉ SPÉCIFIQUE AUX PROPOSITIONS D'INNOVATION

601. Jusqu'à présent, on sait qu'A. MacIntyre considère comme *adéquate*, toute réaction à une crise épistémologique qui fournit une explication *convaincante et éclairante* des limites de la tradition originelle. Mais si toutefois, cette explication « *est tirée d'une tradition véritablement étrangère [alors] la rationalité de la tradition requiert de la part de ceux qui adhèrent à la tradition en crise qu'ils reconnaissent que la tradition étrangère est supérieure à la leur du point de vue de la rationalité et des prétentions à la vérité* »²⁴⁶.

²⁴⁶ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle justice? Quelle rationalité? Op. cit.* p. 392.

602. Cependant, pour J. Habermas, la reconnaissance de la supériorité d'une tradition étrangère dépasse la simple manifestation de volonté²⁴⁷ et suppose la *soumission* de l'acteur à de *nouveaux standards de rationalité*. Or cette logique contraint considérablement le processus de reconnaissance²⁴⁸ pour deux raisons essentielles. La première tient dans la *compatibilité des mondes vécus*. Bien que rivales, les traditions appartiennent au même *univers de discours*, de manière à ce que l'ensemble des participants à la discussion soient en mesure de juger la validité d'une proposition. La deuxième est relative à la coïncidence des problèmes qu'affrontent les deux traditions. Le recours à une tradition rivale n'est motivé qu'à la condition que celle-ci puisse apporter une solution à une crise qui s'était déjà posée à elle auparavant.

603. Dès lors que se trouve questionnée la continuité entre la tradition originelle et la tradition rivale, ces deux raisons servent à évaluer la validité de la proposition d'innovation invoquée au cours d'une discussion. Aussi, pour éclairer la nature de cet examen, cet ultime paragraphe se proposera d'étudier la portée de ces deux critères d'évaluation.

1. *La nécessaire compatibilité des univers de discours pour une compréhension réelle des traditions rivales*

604. L'évaluation de la continuité d'une proposition d'innovation passe en premier lieu par un examen de la compatibilité de la tradition rivale avec la tradition originelle. Chacune d'elle doit en ce sens appartenir au même univers de discours de manière à pouvoir exercer une influence réciproque *sans perte d'identité*, c'est-à-dire sans renoncer à l'arrière-plan de chaque monde vécu²⁴⁹.

605. Comme le rapporte Daniel Cefaï, c'est Georges Herbert Mead qui, le premier, définissait la notion d'univers du discours²⁵⁰

Un univers de discours est toujours impliqué comme le contexte dans les termes duquel – ou le champ dans lequel – des gestes ou des symboles significatifs ont de fait du sens. Cet univers de discours est constitué par un groupe d'individus qui participent, en le réalisant, à un processus social d'expérience et de conduite au

²⁴⁷ Pour MacIntyre, la simple reconnaissance de la supériorité d'une tradition étrangère suffit à justifier le recours aux ressources qu'elle contient. Pour J. Habermas toutefois, cette approche doit être nuancée. Certes, l'invocation d'une tradition rivale constitue un acte de volonté exprimé par le sujet, mais les conditions de réalisation de cet acte sont déterminées par des facteurs de rationalité qui limitent les possibilités d'innovation de la tradition originelle. Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Op. cit. pp. 188-189.

²⁴⁸ Dans un tel cas, l'acteur *s'aliène* les ressources de sa tradition pour « *comprendre [son] propre passé à la lumière d'une autre tradition reconnue comme supérieure* ». Cf. *Ibid.* p. 188.

²⁴⁹ *Ibid.* p. 188.

²⁵⁰ CEFĂI, Daniel. Mondes sociaux. Enquête sur un héritage de l'écologie humaine à Chicago. *SociologieS*. 2015, p. 4.

sein duquel ces gestes et ces symboles ont une signification commune pour tous les membres du groupe – qu'ils les produisent et les adressent à d'autres individus ou qu'ils y répondent en tant qu'ils leur sont adressés par d'autres individus [traduction de D. Cefai]²⁵¹ .

606. Dans le cadre d'une discussion éthico-politique, on considère que ce *processus social d'expérience et de conduite* prend essentiellement deux formes : celle d'un système juridique, enrichi par les normes et la pratique du droit²⁵², et celle d'un système de valeurs dont les préférences axiologiques varient au gré des expériences de vie²⁵³. Au cours du débat, l'une comme l'autre peuvent être invoquées par le locuteur qui cherche à importer au sein de sa propre tradition normative, les valeurs ou les pratiques juridiques d'une tradition rivale.

a. La compatibilité de normes, critère d'évaluation des traditions juridiques étrangères

607. Dans l'introduction de la *Critique à l'intégration normative*, ouvrage collectif coordonné par Mireille Delmas-Marty à l'occasion d'un cycle de réflexions sur *les voies et les moyens de l'élaboration d'un droit commun*, Camille Mialot et Paul Dima Ehongo s'intéressent à la double logique de comparaison de la tradition juridique originelle avec les traditions rivales.

608. D'une part, le monde vécu peut être renforcé par une *intégration ascendante* de normes provenant d'autres droits nationaux. La proposition d'innovation est dans ce cas élaborée par comparaison des réponses apportées aux crises épistémologiques analogues traversées par d'autres systèmes juridiques²⁵⁴. D'autre part, la tradition originelle peut être complétée par *l'intégration descendante* de normes issues d'ordres juridiques supérieurs. Le constituant s'inspire alors des dispositifs prévus par le droit régional ou international, pour proposer certaines solutions adaptées au renouvellement de sa tradition²⁵⁵. Par ailleurs, pour le cas spécifique des discussions éthico-politiques, il est également opportun de considérer le système

²⁵¹ MEAD, Georges H. *Mind, self and society from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago : University of Chicago Press, 1962. pp. 89-90.

²⁵² TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris : Presses Universitaires de France, 1994. p. 163.

²⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 180.

²⁵⁴ « *L'intégration ascendante est donc la recherche, pas nécessairement fructueuse, de principes communs par comparaison des droits nationaux* ». Cf. MIALOT, Camille et DIMA EHONGO, Paul. De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables. Dans : DELMAS-MARTY, Mireille, *Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, p. 29.

²⁵⁵ Cette logique est privilégiée pour la construction de « *fragments de droits commun [...], élaborés de manière éparse, au coup par coup, au niveau régional ou mondial* ». *Ibid.* p. 31.

de droit de la communauté elle-même comme une source exploitable de renouvellement de la tradition juridique²⁵⁶.

609. À partir de ces critères, la continuité des propositions d'innovation peut être discutée en fonction de la compatibilité de la tradition originelle avec les ressources juridiques extérieures. Une illustration de ce type de discussion peut aisément être trouvée à travers l'exemple déjà évoqué de l'intégration de la Charte de l'environnement au bloc de constitutionnalité.

610. Le 25 mai 2004, le garde des Sceaux Dominique Perben présente devant l'Assemblée nationale le contenu du projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement. En introduction de son allocution, il reconnaît que la Charte s'inspire directement de la loi Barnier du 2 février 1995²⁵⁷ ainsi que des traités internationaux²⁵⁸ et communautaires²⁵⁹ qui ont tous consacré, à différentes échelles, les principes modernes du droit de l'environnement. En outre, il rappelle que ces principes sont déjà consacrés par onze États membres de l'Union européenne²⁶⁰.

611. Par cette présentation presque exhaustive des sources d'inspiration des rédacteurs de la Charte, le ministre reconnaît que ce nouveau texte procède de l'intégration ascendante de normes présentes dans les systèmes juridiques d'autres États, de l'intégration descendante de normes régionales et internationales, ainsi que de l'intégration de dispositions législatives de l'ordre juridique national. Il admet ainsi la compatibilité de plusieurs traditions rivales avec la tradition originelle.

²⁵⁶ Cette dimension n'a évidemment pas pu être traitée par C. Mialot et P. Dima Ehongo dans la mesure où ces derniers n'opèrent aucune distinction entre les normes pragmatiques, éthiques et morales. Dès lors qu'est réalisée cette distinction, on comprend mieux que les normes pragmatiques, d'ordre législatif, puissent inspirer les normes éthiques et morales, contenues dans la Constitution. Cette dynamique est au fondement même du modèle processuel de formation de la volonté politique développé par J. Habermas dans les pages de *Droit et démocratie*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 187.

²⁵⁷ La loi Barnier relative au renforcement de la protection de l'environnement insère les principes généraux du droit de l'environnement dans le code de l'environnement. Ces principes sont eux-mêmes dérivés du droit international.

²⁵⁸ Le ministre voit dans la Déclaration de Rio (1992) la formalisation du principe de développement durable, du droit à un environnement sain et équilibré et du principe de précaution. En outre, il attribue à la Convention de Rio la consécration du principe de prévention, à celle de Londres (1972) la reconnaissance du principe pollueur-payeur, et à la Convention d'Aarhus (1998), le principe du droit d'accès à l'information, à la participation du public et à l'accès à la justice environnementale.

²⁵⁹ L'Acte unique européen (1986) consacre l'environnement en tant que *véritable politique communautaire*. Le traité de Maastricht (1992) considère pour la première fois le principe de précaution. Le traité d'Amsterdam (1999) fait du développement durable un objectif de l'Union européenne.

²⁶⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIe législature - Session ordinaire de 2003-2004 - 229e séance - 2e séance du mardi 25 mai 2004 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Mai 2004, n° 50, p. 4039.

b. La compatibilité des valeurs, critère d'appréciation des préférences axiologiques rivales

612. Dans son travail sur *Le rapport aux valeurs et la controverse autour du concept de droit*, Ridha Chenoufi rappelle que dans la pensée de J. Habermas, les valeurs « obligent en fonction de certaines conditions culturelles ou subjectives et obéissent à une rationalité téléologique »²⁶¹. Dans les pages de *Droit et démocratie*²⁶², il emprunte en effet à Harry Frankfurt la distinction entre les valeurs comprises comme des orientations axiologiques usuelles dans certains cadres culturels et celles agissant comme des volitions d'ordre supérieur²⁶³.

613. Ces deux définitions sont utiles à la compréhension des tests de compatibilité exercés sur un système de valeurs susceptible de contenir les ressources nécessaires au renouvellement de la tradition. On peut tirer de la révision de la Constitution française concernant le droit d'asile, un exemple de discussion éthico-politique traitant de cette forme d'examen.

614. En septembre 1993, un avis du Conseil d'État recommande d'amender la Constitution afin de rendre l'accord de Schengen pleinement effectif sur le territoire national. Le projet de loi constitutionnelle qui fait suite à cette préconisation reconnaît une crise épistémologique dans le fait que la norme fondamentale en vigueur ne permet pas à l'État d'assumer sa part de responsabilité concernant l'entrée sur son territoire d'un demandeur d'asile originaire d'un pays tiers. La proposition faite par le Président de la République consiste donc à « *affirmer dans la Constitution les principes posés par ces accords afin de les rendre applicables à notre pays dans les mêmes conditions qu'aux autres États européens* »²⁶⁴. Dans la présentation du projet devant l'Assemblée nationale, le garde des Sceaux précise par ailleurs que

²⁶¹ CHENNOUFI, Ridha. *Le rapport aux valeurs et la controverse autour du concept de droit*. Dans : MESURE, Sylvie, *La rationalité des valeurs*. *Op. cit.* p. 188.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 280.

²⁶³ Chez H. Frankfurt on repère la nature axiologique des valeurs dans le fait que les désirs manifestés par un acteur pour les appliquer se suffisent à eux-mêmes. *Ce désir de désirer quelque chose* [A wants to want to X] est utile à l'insertion du sujet au sein du groupe social qui manifeste un désir analogue (par exemple, je suis végétarien parce que l'ensemble de la communauté est végétarienne et qu'il est mal vu d'adopter un régime différent). Cf. FRANKFURT, Harry G. *The importance of what we care about*. Cambridge : Cambridge University Press, 1998. p. 15. Par ailleurs, une valeur a le caractère d'une *volition d'ordre supérieur* [volition of the second order] lorsqu'elle sert une valeur encore plus importante pour le sujet. La défense de cette valeur est alors un acte subjectif qui dépend de la volonté de l'individu (par exemple, je mange végétarien parce que je suis sensible à la condition des animaux d'élevage). *Ibid.* p. 16.

²⁶⁴ BALLADUR, Édouard et MÉHAIGNERIE, Pierre. *Projet de loi constitutionnelle relatif aux accords internationaux en matière de droit d'asile présenté au nom de M. François Mitterrand, Président de la République, par M. Édouard Balladur, Premier ministre, et par M. Pierre Méhaignerie, ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la justice*. *Projet de loi constitutionnelle n°645*. Paris : Assemblée nationale, 1993. p. 2.

cette exigence de compatibilité des conditions n'est envisageable qu'avec les États européens qui, avec la France, forment une *communauté de valeurs*²⁶⁵.

615. On reconnaît ici un argument reposant sur une volition d'ordre supérieure qui détermine la validité de la proposition de révision. Une telle réforme n'est en effet possible qu'à la condition que la France se reconnaisse dans les valeurs portées par la Communauté européenne. On comprend donc que seul un projet compatible avec les valeurs de plusieurs traditions rivales peut être considéré comme valide par le constituant.

616. Ainsi, à partir des deux exemples invoqués pour illustrer la critique de la compatibilité opposée aux propositions issues de ressources étrangères, on saisit mieux la nature du premier critère d'évaluation de la continuité des arguments éthico-politiques. Qu'elle soit examinée en fonction de systèmes juridiques ou de systèmes de valeurs étrangers, cette compatibilité est systématiquement nécessaire pour concéder la validité d'une innovation constitutionnelle. Cependant, cette exigence ne suffit pas à justifier cette validité. Encore faut-il que la proposition se fonde sur un problème identique rencontré dans la tradition rivale.

2. *L'exigence de coïncidence d'objet pour une appréhension commune des problèmes éthico-politiques*

617. La seconde forme de critique que J. Habermas porte au raisonnement d'A. MacIntyre au sujet du renouvellement du monde vécu concerne l'exigence de *coïncidence* des problèmes traités par chaque tradition. Pour J. Habermas, il est clair que « *la reconnaissance de la supériorité rationnelle d'une tradition étrangère ne se laisse suffisamment motiver à partir de la perspective de sa tradition propre que si les sujets d'apprentissage peuvent comparer la force explicative des deux traditions à l'égard des mêmes problèmes* »²⁶⁶.

618. De ce point de vue, une proposition de rénovation de la Constitution ne peut être considérée comme valide que si les systèmes juridiques ou les systèmes de valeurs de chaque tradition ont la prétention de résoudre des problèmes communs. On verra dans ce qui suit que la nature du test de coïncidence varie selon que l'on a affaire à un système juridique ou à un système de valeurs.

²⁶⁵ ASSEMBLÉE NATIONALE. Xe législature - Première session ordinaire de 1993-1994 - 39e séance - Compte rendu intégral - 1re séance du mercredi 27 octobre 1993. *JORF A.N. (C.R.)*. Octobre 1993, p. 4961.

²⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 189.

a. La coïncidence des problèmes normatifs, l'exigence d'identification d'objets juridiques communs

619. En 1994, le constituant propose d'insérer au dix-septième alinéa de l'article 75 de la Constitution argentine, une nouvelle disposition visant à reconnaître *la préexistence ethnique et culturelle* des peuples indigènes sur le territoire national²⁶⁷. Cette reconnaissance est par ailleurs assortie de plusieurs droits et obligations qui garantissent la protection immédiate de cette nouvelle valeur juridique. Sont notamment reconnus pour la première fois au niveau constitutionnel, les droits à une éducation bilingue et interculturelle, à la personnalité juridique des communautés, à la propriété communautaire des terres occupées traditionnellement, et à la participation des communautés à la gestion des affaires qui les concernent²⁶⁸.

620. La révision ne fut que peu objet à débat, et la disposition fut approuvée à l'unanimité par les représentants de la Convention constituante²⁶⁹. Néanmoins, il est intéressant de procéder à l'examen des explications de vote dont plusieurs justifient cette innovation par sa coïncidence avec des normes analogues présentes dans des systèmes juridiques rivaux.

621. Pour certains, cette révision s'inscrit dans la continuité d'une série de normes provinciales²⁷⁰, fédérales²⁷¹ et internationales²⁷² ayant toutes pour vocation de reconnaître et de protéger l'identité des

²⁶⁷ On pourra ici discuter du fait que cette révision constitue une réelle innovation, puisqu'une référence aux populations locales est faite dès l'adoption de la Constitution de 1853. Toutefois, le constituant de 1994 opère un changement radical de posture. En effet, comme le remarque Morita Carrasco, le texte de 1853 ne reconnaît aucun droit aux peuples autochtones. Il attribue seulement au Congrès le rôle de « *conserver des relations pacifiques avec les indiens et promouvoir leur conversion au catholicisme* » [nous traduisons]. La réforme de 1994 met donc fin à un anachronisme que ni la révision de 1860, ni celle de 1949 n'avait pu résorber. Cf. CARRASCO, Morita. *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Buenos Aires : Vinciguerra, 2000. p. 26.

²⁶⁸ *Ibid.* pp. 41-46.

²⁶⁹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4066. Ce vote historique est l'un des seuls à avoir remporté l'unanimité de la Convention constituante. Cf. GARCÍA LEMA, Alberto Manuel. Una reforma consensuada progresivamente. Un testimonio personal a los 25 años de la reforma constitucional. Dans : GELLI, María Angélica, *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*. Buenos Aires : La ley, 2019, p. 21.

²⁷⁰ On pensera par exemple aux Constitutions des provinces de Jujuy (1986), de Río Negro (1988), ou de Formosa (1991). Cf. ROBLEDO, Federico Justiniano. Tutela constitucional de los derechos de nuestros pueblos indígenas. *Ius et Praxis*. 2002, Vol. 8, n° 2, pp. 195-216.

²⁷¹ Pour Víctor Bazán deux lois nationales inspirent le constituant : la loi 23.302 sur la politique indigène et l'appui aux communautés aborigènes, promulguée en 1985, et la loi 24.071 qui permet, en 1992, la ratification de la Convention 169 de l'OIT. Cf. BAZÁN, Víctor. Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 2003, Vol. 36, n° 108, pp. 766-767

²⁷² Figurent au rang des accords internationaux, la Convention 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes, la Déclaration des Nations unies sur les droits des Peuples indigènes, ainsi que les résolutions et les recommandations du Comité des droits de l'Homme, du Comité des droits de l'enfant et du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, et enfin celles de la Commission et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme. Cf. SALGADO, Juan Manuel et GOMIZ, María Micaela. *Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino*. 2^e éd. Neuquén : Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, 2010. p. 28.

peuples indigènes en Argentine. María Cristina Figueroa remarque par exemple que la préexistence de la culture aborigène est déjà reconnue par la Constitution de Río Negro. De même, la propriété communautaire des terres traditionnelles est consacrée depuis 1985 par la loi fédérale sur la protection des peuples indigènes. Dans la même dynamique, l'obligation faite à l'État de consacrer la personnalité juridique des communautés se rapproche des stipulations de la Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail relative à la protection par les Nations de l'intégrité des peuples indigènes²⁷³.

622. Pour d'autres, elle permet au pays de s'aligner sur les dispositions similaires prévues dans les Constitutions de nombreux États de la région²⁷⁴. Dora Rocha de Feldman, représentante pour la province de Chubut, observe en ce sens que le droit à une éducation respectueuse des cultures autochtones est également consacré par les normes fondamentales du Panama, du Nicaragua, du Pérou et de Colombie²⁷⁵.

623. Ainsi, ces illustrations révèlent non seulement la compatibilité de la proposition avec d'autres systèmes juridiques, mais elles mettent également en exergue une coïncidence d'objet avec ces derniers, qui permet aux membres de la Convention de s'accorder sur la validité de la révision.

b. La coïncidence des problèmes axiologiques, une même préoccupation pour la défense de valeurs communes

624. En 1994, la réforme du statut des communautés indigènes sur le territoire de la République argentine n'est pas seulement inspirée par la volonté de mimétisme juridique du constituant. Bien au contraire, elle est avant tout le fait de pressions politiques exercées par une grande diversité de groupes et d'organisations indigènes avec le soutien du Forum permanent pour les questions indigènes de l'Organisation des Nations unies, de l'Association indigène de la République Argentine, ou encore *l'Equipo nacional de pastoral aborígen*, influente association catholique de protection des droits des peuples autochtones²⁷⁶. Dès lors, le constituant puise aussi dans ces revendications pour faire évoluer la tradition juridique.

²⁷³ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4086.

²⁷⁴ Parmi les États latino-américains ayant, déjà à cette époque, adopté des mesures de protection des peuples indigènes, on retrouve le Panama (1971), le Nicaragua (1986), le Brésil (1988), la Colombie (1991), le Salvador (1992), le Guatemala (1992), le Mexique (1992) et le Pérou (1993). Cf. JEZIENIECKI, María Cecilia. *Propiedad comunitaria indígena: una mirada desde la legislación comparada*. Dans : KOSOVSKY, Fernando et IVANOFF, Sonia Liliana, *Propiedad comunitaria indígena*. Comodoro Rivadavia : Universidad de la Patagonia, 2015, p. 141.

²⁷⁵ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4089.

²⁷⁶ FARÍAS-MAFFET, Gloria. *Peuples indigènes et élargissement de la citoyenneté : vers une Argentine « multiculturaliste »*. Dans : COHEN, James et SPENSKY, Martine, *Citoyenneté et diversité*. Clermont-Ferrand : Presses Universitaires Blaise Pascal, 2009, pp. 270-271.

625. De nouveau, on remarque que l'un des arguments mobilisé par María C. Figueroa pour justifier son vote positif de la réforme tient au fait que le projet de révision s'accorde avec l'espérance des groupes indigènes de voir se concrétiser, dans le texte constitutionnel, plusieurs droits et obligations protégeant leur identité éthique et culturelle²⁷⁷.

626. Par ailleurs, dans son explication de vote, D. Rocha de Feldman relate que l'aspiration à une éducation bilingue et interculturelle n'est pas nouvelle et constitue au contraire une préoccupation manifestée de longue date par les communautés indigènes. Cette exigence représente en effet l'une des composantes essentielles de leurs systèmes de valeurs dans la mesure où elle apporte une garantie nécessaire à la préservation de leurs identités²⁷⁸.

627. À travers ces deux observations, on comprend donc que les représentantes à la Convention élargissent leur compréhension de la validité de la proposition en se fondant sur la coïncidence des valeurs défendues par la tradition originelle et les traditions rivales. Cette correspondance d'objets permet ainsi de reconnaître la légitimité de l'innovation juridique apportée au texte constitutionnel.

628. Finalement, on retiendra de l'analyse des examens de coïncidence portés sur des systèmes juridiques et sur des systèmes de valeurs que la validité des propositions d'innovation ne se réduit pas à la compatibilité des traditions. Il est encore nécessaire de mettre en exergue le fait que ces traditions affrontent des problèmes communs pour garantir la stabilité de leurs mondes vécus respectifs. À cette double condition seulement pourront être surmontées les crises épistémologiques par appropriation des ressources contenues dans une tradition rivale.

629. **Conclusion de section.** Dans cette seconde section, on s'est attaché à comprendre comment le constituant était en mesure d'apporter des réponses aux crises épistémologiques traversées par sa propre tradition juridique.

630. Un premier développement s'est ainsi concentré sur la nature des propositions langagières susceptibles d'être formulées pour résoudre ces crises. On aura alors compris que ces propositions varient selon que la résolution des problèmes nécessite une *réinterprétation* ou une *innovation* de la tradition originelle. Sont ainsi qualifiés de réinterprétation les énoncés visant à une meilleure compréhension de la tradition à partir des seules ressources du monde vécu. Les énoncés d'innovation sont quant à eux reconnaissables par l'invocation de ressources contenues dans une tradition rivale.

²⁷⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4087.

²⁷⁸ *Ibid.* p. 4089.

631. Par ailleurs, le second développement de ce travail entendait appréhender la complexité des méthodes d'examen des prétentions à la validité contenues dans les projets du constituant. Qu'elles poursuivent une logique d'interprétation ou d'innovation, chaque proposition se trouve en premier lieu soumise à un *test de cohérence* visant à déterminer sa *pertinence* et son *efficacité*. Compte tenu de la particularité de leur nature exogène, les propositions d'innovation sont dans un deuxième temps contraintes à un *test de continuité* afin d'évaluer la compatibilité de la tradition originelle avec la tradition rivale, ainsi que la coïncidence des problèmes rencontrés.

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

632. À l'issue de ce deuxième chapitre on aura réussi à saisir la portée des discussions éthiques qui œuvrent à la formation d'une volonté politique orientée vers les choix de vie de la communauté. Avec A. MacIntyre, on a compris que cette forme de débat intervient suite à une crise épistémologique occasionnée par la remise en cause progressive de la stabilité du monde vécu. Pour mieux appréhender ce raisonnement, ce travail s'est donc proposé d'étudier deux moments : le premier, où la stabilité de la tradition de vie n'a pas encore été fondamentalement critiquée, et le second, où la tradition est tellement ébranlée qu'elle exige une intervention du constituant pour définir un nouveau paradigme normatif.

633. L'analyse du premier moment a tout d'abord cherché à donner une définition fonctionnaliste du concept de Constitution. Celle-ci est entendue comme un ensemble de valeurs, d'institutions et de pratiques qui reflètent l'identité et les aspirations de la communauté. Les valeurs fournissent un cadre général permettant de garantir la cohérence du savoir juridique contenu dans la Constitution et de veiller à la continuité du système de droit. Les institutions et les pratiques se présentent comme des éléments systémiques qui concourent à l'application des composantes structurelles de la norme fondamentale. Il arrive toutefois que ces différentes sphères du monde vécu constitutionnel se trouvent remises en question par des critiques portant tantôt sur le savoir juridique, tantôt sur les garanties d'intégration des groupes sociaux et de socialisation des membres de la communauté.

634. Lorsque ces critiques atteignent un degré tel que les ressources propres du monde vécu ne suffisent plus à résoudre les conflits, le constituant peut être amené à considérer l'existence d'une crise épistémologique. Il propose alors de renouveler la tradition originelle en invitant à réinterpréter les aspects les plus problématiques du monde vécu, ou à apporter certaines innovations par appropriation des ressources d'une tradition rivale. Pour être considérées comme valides, ces propositions sont ensuite soumises à un double examen visant à déterminer la cohérence et la continuité de chaque prétention.

À la suite de cet exposé, on comprend donc mieux la nature des discussions éthico-politiques qui contribuent à la définition de l'identité et du projet de vie de la société. Celles-ci se présentent comme le prolongement des préoccupations pragmatiques qui ont occupé le premier chapitre de ce travail de recherche. Mais ces réflexions n'épuisent pas encore l'étendue des discussions pratiques permettant l'expression de la volonté politique. Une dernière catégorie est relative aux questions morales auxquelles toute société se trouve systématiquement confrontée. Une troisième analyse sera donc portée sur cet ultime aspect.

CHAPITRE 3.

LES NORMES DÉONTOLOGIQUES, PRODUIT DES DISCUSSIONS MORALES

635. « *La philosophie morale doit être entendue comme la philosophie des actions obligatoires* » [nous traduisons]¹. Au moment de s'intéresser aux discussions morales, c'est encore C. Taylor qui inspire la pensée de J. Habermas. En 1989, la publication de *Sources of the self*, permet en effet de comprendre la philosophie morale comme un moyen de définition des *critères* et des *procédures* déterminant le champ des conduites obligatoires et universelles imposables aux membres de la société.

636. À la suite de Thomas Hobbes et de Kant, cette prémisse pousse J. Habermas à s'interroger sur les moyens de fondation en raison des règles morales. Avec Ernst Tugendhat, il rejette tout d'abord la célèbre *Règle d'or* de Hobbes où serait permise une appréciation égocentrique de la justesse des règles morales². Rien, en effet, ne permet de considérer que ce qui est bon (ou mauvais) pour soi-même est également bon (ou mauvais) pour tout autre. L'approche de Hobbes n'est aucunement compatible avec le caractère objectif des règles morales et permet seulement au sujet de décider de la conduite à tenir pour réaliser son propre projet de vie³.

637. Pour J. Habermas, Kant a au contraire le mérite de dépasser les contingences téléologiques de la morale individuelle⁴ en développant l'idée qu'une règle morale n'est objectivement juste que dès lors que « *chacun puisse vouloir en même temps qu'elle devienne une règle universelle* »⁵. On reconnaît ici l'idée d'un *impératif catégorique* qui présente l'avantage d'appréhender les jugements moraux selon une double

¹ TAYLOR, Charles. *Sources of the self. The making of the modern identity*. Cambridge : Harvard University Press, 1989. p. 79.

² Au sens entendu par Hobbes, il n'est pas même nécessaire de proclamer les lois naturelles de conduite individuelle puisque chacune se trouve contenue dans « *l'unique précepte* : tout ce que vous voulez que les hommes vous fassent, faites-le-leur ». Cf. HOBBS, Thomas. *Léviathan*. Paris : Librairie philosophique J. Vrin et Dalloz, 2004. p. 208.

³ TUGENDHAT, Ernst. *Problemas de la ética*. Barcelona : Editorial Crítica, 1988. p. 54.

⁴ Les commandements moraux sont alors indifférents à la subjectivité des *buts* et des *préférences*, et à l'absolu de vie bonne poursuivie par le sujet. Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 101.

⁵ KANT, Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. *Op. cit.* p. 94.

exigence d'impartialité et de généralisation⁶. Dans la perspective de Kant, cette double exigence se trouve satisfaite sous trois conditions tenant au caractère *absolu* de la règle, au caractère *déterminé* de son contenu et à l'*univocité des destinataires*⁷.

638. Cette approche strictement libérale est toutefois critiquable. D'une part, Kant ignore la relativité conjoncturelle des principes moraux. En supposant une *égalité abstraite* des intérêts individuels, il néglige l'analyse des phénomènes susceptibles de se produire dans des situations concrètes⁸. D'autre part, la règle n'est déterminée, et son destinataire univoque, que dans la mesure où les principes moraux inspirent des actions négatives conduisant le sujet à s'abstenir d'adopter certains comportements. Kant prétend ainsi que le respect des règles morales dépend de la seule volonté des acteurs pris isolément. Il ne tient toutefois pas compte de l'étendue des règles morales positives nécessaires à la vie en société⁹.

639. Chez les penseurs contemporains, on repère plusieurs tentatives de correction des apories kantienne. L'une des plus connues est certainement la théorie du *voile d'ignorance* développée par John Rawls à partir des années 1970. Dans sa *Théorie de la justice*, Rawls propose un modèle où la validité des principes moraux serait garantie par un voile d'ignorance libérant chacun des avantages et des désavantages conférées par le *hasard naturel* et les *contingences sociales* de manière à favoriser une négociation équitable entre tous les membres de la discussion¹⁰. De ce point de vue, Rawls contourne les vicissitudes du point de vue monologique hobbesien sans pour autant cantonner les discussions morales à une stricte délimitation de droits et devoirs négatifs. Néanmoins, le recours à l'artifice du voile d'ignorance souffre plusieurs critiques. D'abord, cette théorie ne tient pas face au pluralisme social et idéologique de la société moderne. Ensuite, elle n'apporte aucune certitude d'un dépassement de la

⁶ LANGLOIS, Luc. Impératif catégorique, principe de généralisation et situation d'action. *Cités*. 2004, Vol. 3, n° 19, p. 154. À la différence de la de la *Règle d'or*, influencée par l'identité du sujet, l'impératif catégorique représente « une action comme nécessaire pour elle-même, et sans rapport à un autre but, comme nécessaire objectivement ». Cf. KANT, Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. *Ibid.* p. 85.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 151.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *La technique et la science comme « idéologie »*. Paris : Gallimard, 1973. p. 180. À titre d'illustration, on pense notamment à l'interdiction de tuer. S'il est vrai qu'une telle interdiction vaut dans l'absolu, elle ne saurait toutefois s'appliquer à une situation de légitime défense où un sujet commettrait une telle action pour préserver sa propre existence.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* pp. 154-157. L'interdiction de tuer ne correspond pas seulement à l'obligation de s'abstenir de réaliser une action entraînant la mort d'un autre individu. Au sein d'une famille par exemple, elle implique également l'obligation pour les parents de subvenir aux besoins vitaux de leurs enfants pour assurer leur survie. Cette obligation n'est toutefois plus déterminée puisqu'elle dépend aussi des contingences matérielles et circonstancielles qui pèsent sur la structure familiale. La capacité à subvenir aux besoins vitaux des enfants n'est pas seulement une question de volonté des parents, mais dépend aussi d'autres facteurs tels que leur niveau de ressource ou le contexte économique. Par ailleurs, les destinataires de l'obligation ne sont plus univoques. Puisque la réalisation de l'action est aussi fonction de contingences extérieures, les parents dans l'incapacité de subvenir aux besoins vitaux de leurs enfants ne sauraient être tenus pour les seuls responsables de l'inaccomplissement de leurs obligations. Cette responsabilité incombe aussi à d'autres acteurs également dans l'obligation de respecter cette règle morale.

¹⁰ RAWLS, John. *Théorie de la justice*. *Op. cit.* p. 38.

transcendance morale kantienne. Rien n'assure que les acteurs, privés de leurs perspectives d'interprétation individuelles, disposent des informations suffisantes pour saisir l'étendue des situations particulières opposables à chaque règle morale¹¹.

640. À travers son éthique de la discussion, J. Habermas prétend surmonter ces deux limites :

L'éthique de la discussion considère que le point de vue moral prend corps dans la procédure d'une argumentation intersubjective, procédure qui oblige les participants, par voire d'idéalisation, à étendre les limites de leurs perspectives d'interprétation. [Elle] s'appuie sur l'intuition selon laquelle l'application du principe d'universalisation bien compris requiert une « adoption de rôle idéale » qui soit mise en œuvre d'un commun accord¹².

641. Il n'est plus ici question d'artifice. La théorie de la discussion ne se soustrait pas aux contingences individuelles. Elle s'en nourrit au contraire, et s'intéresse aux garanties procédurales d'une intercompréhension des perspectives d'actions afin que chaque participant à la discussion puisse adopter la perspective de tous les autres et coïncider sur l'adoption de règles déontologiques universellement reconnues comme justes. C'est d'ailleurs cette prétention à l'universalité qui sert de justification à J. Habermas pour soutenir l'existence de principes moraux dans l'ordre juridique. Dans les sociétés complexes explique-t-il, « *la morale ne parvient bel et bien à une effectivité qui excède la sphère de la proximité que dès l'instant où elle peut être traduite dans les termes du code juridique* »¹³. C'est donc le recours au droit qui donne à la morale son caractère universel.

642. Cette assertion intéresse particulièrement le développement de ce troisième chapitre. Avec J. Habermas on comprend en effet que les discussions morales sont d'abord des échanges d'interprétation concernant la justesse des règles de conduite s'appliquant à une communauté de vie. Ces discussions n'acquièrent de caractère universel qu'à travers le prisme de la procédure juridique. À partir de cette compréhension, on cherchera donc à organiser ce chapitre en deux temps. Une première section entendra explorer l'étendue de principes moraux régissant les conduites individuelles au sein de la communauté. La seconde permettra quant à elle d'appréhender le processus de transformation des principes moraux de proximité en principes juridiques universels.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. *The Journal of Philosophy*. 1995, Vol. 92, n° 3, p. 117.

¹² RAWLS, John et HABERMAS, Jürgen. *Débat sur la justice politique*. *Op. cit.* p. 23.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 126.

SECTION 1. L'OBSERVATION DES RÈGLES DE CONDUITE, CONTINGENCES MORALES DE LA VIE QUOTIDIENNE

643. La justification de la fondation en raison de règles morales s'explique chez J. Habermas par l'essentialisation du phénomène de sociabilité¹⁴. Puisque l'individu est un être *socialisé par nature*, il incombe à la communauté de vie de formuler les principes de reconnaissance réciproque nécessaires à l'activité communicationnelle de ses membres¹⁵. Cette socialisation échappe à Kant qui appréhende seulement le sens étroit du concept de morale. Réduite à la seule sphère privée, la morale ne permet pas d'organiser la coexistence des sujets et se contente simplement d'en garantir la possibilité¹⁶.

644. Pour surmonter cet écueil, J. Habermas propose de concevoir les règles morales comme les *présuppositions communicationnelles universelles nécessaires à la praxis argumentative*¹⁷. Il convoque alors l'éthique normative de Bernard Gert, dont les *commandements moraux* intègrent pleinement ces présuppositions. Ces commandements sont au nombre de dix :

- | | |
|---|--|
| 1. Tu ne dois pas tuer. | 6. Tu dois tenir tes promesses. |
| 2. Tu ne dois pas causer de douleurs. | 7. Tu dois être honnête. |
| 3. Tu ne dois limiter personne dans ses capacités. | 8. Tu dois respecter les règles. |
| 4. Tu ne dois priver personne de ses libertés. | 9. Tu dois respecter la loi. |
| 5. Tu ne dois priver personne de la satisfaction de ses plaisirs. | 10. Tu dois faire ton devoir [nous traduisons] ¹⁸ . |

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion. Op. cit.* p. 150.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *La pensée postmétaphysique: essais philosophiques.* Paris : Armand Colin, 1993. p. 231.

¹⁶ Cette posture est partagée par de nombreux penseurs libéraux contemporains. Pour Charles Fried par exemple, l'intégrité de la personne apparaît suffisamment protégée dès lors que sont consacrés les devoirs négatifs obligeant chacun à s'abstenir de certaines actions pour protéger les droits d'autrui. Cf. FRIED, Charles. *Right and Wrong.* Cambridge : Harvard University Press, 1978. p. 22. Pour J. Habermas, cette conception est cependant insuffisante. Tout comme Kant, C. Fried ne conçoit les activités humaines que selon la doctrine des intérêts. Or ces activités se trouvent aussi guidées par une volonté d'intercompréhension des sujets : « *ce n'est que lorsque deux personnes au moins se rencontrent au sein d'un monde de vie intersubjectivement partagé pour s'entendre à propos de quelque chose, donc uniquement dans l'agir communicationnel, que les acteurs peuvent – et doivent – se reconnaître mutuellement comme personnes responsables* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion. Op. cit.* p. 155.

¹⁷ *Ibid.* p. 156.

¹⁸ GERT, Bernard. *Common Morality: Deciding what to do.* New York : Oxford University Press, 2004. p. 20.

645. L'intérêt de la posture de Gert réside dans la généralité des règles morales proposées¹⁹ et dans leur applicabilité à « *n'importe quel jugement relatif à ce qui est autorisé ou prohibé* » [nous traduisons]²⁰. Ainsi, Gert ne se contente pas d'énumérer les règles de conduite protégeant l'intégrité de la personne, mais offre également la possibilité d'appréhender les normes nécessaires au succès des interactions individuelles.

646. Dans cette première section, on cherchera donc à comprendre en quoi ces commandements contribuent à préserver la liberté individuelle tout en favorisant les pratiques communicationnelles orientées vers l'intercompréhension. Un premier développement sera ainsi consacré aux commandements négatifs qui mènent à la reconnaissance de l'altérité morale des membres de la communauté (I.). Un second temps de réflexion permettra d'aborder les commandements positifs qui rendent possible la coopération des sujets au sein de la société (II.).

§ I. LES COMMANDEMENTS NÉGATIFS ÉLÉMENTAIRES DE PROTECTION DE L'INTÉGRITÉ

647. En 1961, Marcus George Singer publie *Generalization in ethics*, un essai dans lequel il s'intéresse à l'application de l'impératif catégorique kantien. Il y développe une définition des normes morales négatives comme les règles visant à s'abstenir d'adopter certains comportements. Ces normes n'imposent aucune autre obligation que celle de ne pas réaliser certaines actions²¹.

648. L'élaboration de telles limites s'explique selon Gert par une volonté d'exclusion de ce que toute personne rationnelle, dépourvue de raisons valables, cherche à éviter absolument²². À la suite de Gert, Charles Fried tente de définir le contenu de ce type de normes :

Ce que nous ne devrions pas nous faire les uns aux autres, les choses qui sont nuisibles, ce sont précisément ces formes d'interactions personnelles qui dénie à notre victime le statut de personne qui choisit librement, valorise rationnellement et est capable de buts spécifiques [traduction de M. Hunyadi]²³.

¹⁹ Comme le remarquent Emmanuel Picavet et Jean-François Kervégan, la moralité de Gert confère « *une égale importance aux règles morales et à leur insertion dans des conceptions d'ensemble dont elles n'épuisent pas le contenu* ». Cf. KERVÉGAN, Jean-François et PICAUVET, Emmanuel. Bulletin de philosophie morale et politique. *Revue de métaphysique et de morale*. 2002, Vol. 2, n° 34, p. 117.

²⁰ GERT, Bernard. *Morality: Its nature and justification*. New York : Oxford University Press, 2005. p. 160.

²¹ SINGER, Marcus George. *Generalization in ethics: an essay in the logic of ethics, with the rudiments of a system of moral philosophy*. New York : Alfred A Knopf, 1961. pp. 240-241.

²² GERT, Bernard. *Morality: Its nature and justification*. *Op. cit.* p. 91.

²³ FRIED, Charles. *Right and Wrong*. *Op. cit.* p. 29.

649. On voit ici que C. Fried touche à deux aspects essentiels des commandements moraux négatifs. À travers l'argument de la liberté de choix, il montre que ces règles entendent tout d'abord protéger le libre arbitre des membres de la communauté. À travers celui de la libre évaluation, il considère que ces normes de conduite doivent éviter toute privation dans la détermination des buts poursuivis par le sujet et dans le choix des moyens utiles pour y parvenir. La compréhension de ces deux affirmations fera l'objet de ce premier développement.

A. LES PROHIBITIONS DE NÉGATION DE L'ALTÉRITÉ ET D'INFLICTION DE DOULEURS, ENJEU DE PROTECTION DES LIBERTÉS DE CHOIX

650. Dans un article publié en 1979 dans la revue *Noûs*, Bernard Gert et Timothy J. Duggan mènent une réflexion sur la notion de libre arbitre²⁴. Ils trouvent chez George Edward Moore une définition convaincante : « *l'affirmation selon laquelle nous disposons de notre libre arbitre est comprise en général comme le pouvoir d'adopter un comportement qui diffère de notre manière actuelle d'agir* » [nous traduisons]²⁵.

651. La protection du libre arbitre apparaît dès lors comme la première des libertés puisque la capacité d'opérer des choix conditionne la possibilité d'un agir juste²⁶. C'est d'ailleurs cette exigence qui, on va le voir, motive les deux premiers commandements moraux de Gert.

1. La prohibition de privation du libre arbitre

652. À première vue, il peut paraître délicat de chercher à justifier l'interdiction du meurtre par l'obligation morale de respecter le libre arbitre. C'est pourtant la démonstration que se propose de faire Gert pour expliquer le caractère universel et catégorique de son premier commandement.

653. Pour bien saisir les origines de cette relation, il est d'abord pertinent de rappeler le lien qu'établit Jean Nabert entre conscience et libre arbitre. Dans le premier chapitre de son *Expérience intérieure de la liberté*, Nabert rappelle que le libre arbitre n'est rendu possible qu'à travers un *acte très réel de la conscience*. Celui-ci n'est exprimable que par le biais d'actes de langage volontaires et non déterminés

²⁴ GERT, Bernard et DUGGAN, Timothy J. Free Will as the Ability to Will. *Noûs*. 1979, Vol. 13, n° 2, p. 197.

²⁵ MOORE, George Edward. *Ethics*. Londres : Oxford University Press, 1947. p. 126.

²⁶ C'est en tous cas ce qu'Éric Blondel tire de la lecture de l'*Antéchrist* de Friedrich Nietzsche lorsqu'il affirme que « *la moralité suppose [...] la liberté, puisqu'une action déterminée nécessairement par la nature ou des lois contraignantes, sans choix par le libre arbitre n'est ni bonne ni mauvaise* ». Cf. BLONDEL, Éric. *Le problème moral*. Paris : Presses Universitaires de France, 2000. p. 82.

par des contingences extérieures²⁷. Or pour Gert, c'est précisément cette possibilité qui justifie la protection absolue de la vie humaine²⁸. Être vivant ou mort n'est *a priori* ni bon ni mauvais. Ce qui explique la préférence égocentrique pour l'intégrité de la vie chez toute personne rationnelle tient d'abord à la volonté individuelle de préserver son état de conscience²⁹. Avec Hannah Arendt³⁰, mais aussi avec Emmanuel Lévinas, on comprend en outre que le meurtre est une manière de nier la représentation que l'on se fait de l'autre, un anéantissement de l'individu qui permet *d'exercer un pouvoir sur ce qui échappe au pouvoir*³¹. Dès lors, l'atteinte à la vie d'autrui est moralement condamnable dans la mesure où cela représente une *négation totale de l'altérité*³².

654. La question de la prohibition absolue de tuer se retrouve aujourd'hui au cœur de certaines discussions morales relatives aux aides actives à mourir que représentent le suicide assisté et l'euthanasie. Ces deux pratiques sont dites actives car elles font l'objet d'une publicité préalable visant à obtenir l'aide d'un tiers pour mettre fin à sa vie. Le type d'aide varie toutefois selon qu'il s'agisse d'un suicide ou d'une euthanasie. Dans le premier cas, le sujet demande à disposer du matériel nécessaire pour mettre lui-même fin à ses jours. Cette dernière décision est un acte de volonté propre, elle constitue l'ultime manifestation de son libre arbitre. Dans le second cas par contre, l'individu est physiquement incapable de se suicider et s'en remet à un tiers pour se voir administrer un produit létal³³. La décision de se quitter la vie n'est plus autonome et dépend entièrement d'une volonté extérieure, quand bien même le patient décide de renoncer à son existence.

655. En suivant Gert, on assimile le cas du suicide assisté à un exemple de décision rationnelle de privation de conscience. Le sujet invoque des raisons qu'il considère suffisamment justes pour justifier son action. La question de l'euthanasie est cependant plus problématique car elle se heurte directement au commandement moral de la prohibition du meurtre³⁴. On se demande alors s'il existe des raisons moralement justes de déroger à cette première règle de conduite.

²⁷ NABERT, Jean. *L'expérience intérieure de la liberté et autres essais de philosophie morale*. Paris : Presses Universitaires de France, 1994. p. 8.

²⁸ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 30.

²⁹ GERT, Bernard. *Morality: Its nature and justification*. p. 164.

³⁰ « Une vie sans parole et sans action [...] ce n'est plus une vie humaine, parce qu'elle n'est plus vécue parmi les hommes ». Cf. ARENDT, Hannah. *Condition de l'homme moderne*. 3^e éd. Paris : Calmann-Lévy, 1994. p. 233.

³¹ LÉVINAS, Emmanuel. *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*. Paris : Librairie générale française, 2006. p. 216.

³² PELLUCHON, Corine. La vulnérabilité en fin de vie. *Jusqu'à la mort accompagner la vie*. 2012, Vol. 4, n° 111, p. 37.

³³ PELLUCHON, Corine. Comment délibérer sur la fin de vie et l'aide active à mourir ? *Cités*. 2016, Vol. 2, n° 66, p. 19.

³⁴ De ce point de vue, on ne considère pas de différence entre l'euthanasie consentie par le patient et celle où le consentement n'est pas explicite (notamment en cas d'arrêt des traitements). La question du consentement n'a d'importance que dans le cadre des discussions éthiques relatives au projet de vie du patient. Les dilemmes moraux

656. Une piste de réflexion peut, semble-t-il, être trouvée en ce sens dans une décision rendue par le tribunal administratif de Lyon en novembre 2016. Les juges avaient alors autorisé une intervention médicale visant à *mettre fin aux suppléances vitales* d'un patient de 79 ans plongé dans un coma profond. Le motif invoqué reposait sur la nécessité d'abrèger les souffrances liées aux soins requis pour le maintenir en vie³⁵. Dans ce cas précis, le tribunal choisit de s'écarter du débat éthique sur la question du consentement et fonde sa décision sur un argument moral relatif à la prohibition d'infliger des douleurs. Les médecins en charge du patient ne sont autorisés à déroger au principe de l'interdiction de tuer que pour mieux satisfaire l'obligation de ne pas faire souffrir autrui.

657. Ce deuxième commandement a d'ailleurs d'autres incidences sur les manifestations du libre arbitre des sujets de la communauté.

2. *La prohibition d'altération des choix*

658. Le deuxième commandement moral négatif considéré par Gert est celui de l'interdiction de causer des douleurs. Dans les pages de *Common morality*, il propose la définition suivante :

La règle qui interdit de causer des douleurs doit être comprise comme l'interdiction d'infliger des souffrances aussi bien mentales que physiques, ainsi que des sensations déplaisantes telles que la colère (et ses moindres formes de mécontentements), la peur (l'anxiété), le dégoût et la tristesse [nous traduisons]³⁶.

659. Sauf raisons valables³⁷, chacun évite donc spontanément de s'exposer à la douleur, et toute personne qui y est confrontée cherchera à en atténuer les effets. À partir de cette observation, Gert dégage donc une nouvelle règle morale qui se décline d'une part en prohibition de causer des douleurs mentales et physiques, et d'autre part en interdiction de provoquer des sensations déplaisantes.

de la forme « *doit-on ou non autoriser l'euthanasie des personnes incapables de renoncer elles-mêmes à leur propre vie ?* » n'impliquent aucune justification éthique et reposent explicitement sur des arguments moraux.

³⁵ CHEYNET DE BEAUPRÉ, Aline. Entre la vie et la mort : juger la fin de vie. *Cahiers de la Justice*. 2017, Vol. 3, n° 3, p. 418.

³⁶ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 31.

³⁷ Dans son *Anthropologie de la douleur*, David Le Breton s'intéresse justement aux multiples raisons qui motivent un sujet rationnel à endurer la douleur. Celui-ci ne cherche plus à se soustraire aux souffrances et aux sensations déplaisantes qui le contraignent dans son existence, mais bien à maîtriser la douleur en *contrôlant cette violence* pour *subordonner sa condition plutôt que de lui être soumis*. Cf. LE BRETON, David. *Anthropologie de la douleur*. Paris : Métailié, 2012.

a. L'altération des choix par infliction de souffrances mentales et physiques

660. En 2017, Jérôme Porée publie *quatre études sur la douleur*. Il s'intéresse notamment à la distinction entre douleur physique et psychologique.

661. Le premier chapitre de l'ouvrage offre une définition de la douleur physique à travers trois caractéristiques complémentaires. La douleur est d'abord « *ce qui nous rend la vie impossible* »³⁸, elle prive l'individu de l'opportunité de conduire sa vie comme il l'entend. Seule l'atténuation de ses effets lui permettra de renouer avec la normalité de son existence. La douleur est ensuite une « *altération globale de notre présence au monde* »³⁹. Elle n'est pas seulement une expérience désagréable, mais un *concert d'états psychiques élémentaires*, une multiplicité de sensations qui gravitent autour de la sensation principale au point d'en devenir insupportable⁴⁰. La douleur est enfin « *un effort impuissant pour être soi* »⁴¹. Accablé de douleur, le sujet n'est plus *lui-même* et perd ainsi une partie de sa faculté de conscience qui fait de lui une personne à *part entière*.

662. Dans un deuxième chapitre, J. Porée propose une définition de la douleur morale qu'il associe à la mélancolie. Il s'accorde avec Jules Séglas pour la considérer comme une altération durable de la cénesthésie, encore comprise comme le « *sentiment que nous avons de l'existence de notre corps* »⁴². *L'état psychique douloureux* se distingue ainsi des sensations déplaisantes par son aspect irrémédiable, par le sentiment d'impuissance totale face à la possibilité de dominer une situation⁴³. De même que pour la souffrance physique, la mélancolie aliène la conscience du sujet qui n'est plus maître de ses choix.

663. Ces formes de douleur sont donc logiquement prohibées par les commandements de Gert en ce qu'elles ôtent au sujet sa capacité de faire usage de son libre arbitre. La portée morale de cette interdiction est pourtant régulièrement discutée, comme en témoignent par exemple les débats sur la torture, ou la tenue de propos ou de comportements dégradants dans l'espace public.

664. Pour Michel Terestchenko, la torture physique ne se limite pas à forcer l'obtention d'une information chez le prisonnier. Elle vise plutôt à exercer une emprise totale sur son corps, à vaincre toute

³⁸ PORÉE, Jérôme. *Sur la douleur. Quatre études*. Paris : Presses Universitaires de France, 2017. p. 15.

³⁹ *Ibid.* p. 28.

⁴⁰ Ce phénomène a été décrit par Henri Bergson qui parle de symphonie pour décrire l'ensemble de sensations corrélées à la manifestation de la douleur. Cf. BERGSON, Henri. *Essai sur les données immédiates de la conscience*. 96^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 1961. p. 26.

⁴¹ PORÉE, Jérôme. *Ibid.* p. 38.

⁴² « *L'état cénesthésique normal, de bien-être, produit par le consensus harmonique des sensations organiques, fait ainsi place, l'équilibre une fois rompu, à un nouvel état cénesthésique pénible, de malaise général* ». Cf. SÉGLAS, Jules. *Leçons cliniques sur les maladies mentales et nerveuses: (Salpêtrière 1887-1894), recueillies et publiées par le Dr Henry Meige*. Paris : Asselin et Houzeau, 1895. p. 287.

⁴³ PORÉE, Jérôme. *Ibid.* p. 43.

forme de résistance pour triompher de sa volonté même. Peu importe la véracité des propos tenus, la parole de la victime n'a alors pas d'autre fonction que celle d'atténuer la souffrance endurée et d'anticiper les douleurs futures. Son choix est conditionné par cette seule et unique alternative⁴⁴.

665. Bien que moins spectaculaires, les propos ou les comportements dégradants à l'encontre de certaines catégories de personnes provoquent des effets similaires. Christian Devillers remarque en ce sens que le harcèlement et les humiliations contribuent à une *négation de l'altérité* et à une dévalorisation de la *qualité du sujet* qui peuvent avoir pour conséquence d'altérer la cénesthésie de certains membres de la société. De même, les comportements discriminatoires ou les agressions peuvent entraîner des chocs émotionnels et des séquelles psychologiques graves qui affectent profondément la liberté de choix des individus⁴⁵.

b. L'altération des choix par provocation de sensations déplaisantes

666. Aussi sûrement que la mort ou la douleur empêchent l'individu de faire usage de son libre arbitre, les sensations déplaisantes annihilent, au moins de manière temporaire, la liberté de choix. L'un des exemples les plus éloquents de cet état de conscience est celui de la colère.

667. Pour Olivier Le Cour Grandmaison, le *De ira* de Sénèque fait toujours référence lorsqu'il s'agit de mener des travaux sur le sentiment de colère. Dans *Haine(s)*, il cite un passage de l'ouvrage :

Certaines choses qui sont d'abord en notre pouvoir ont une force qui plus tard nous emporte et nous interdit tout retour en arrière. Un homme qui saute dans le vide ne maîtrise plus son corps et ne peut ni arrêter ni retarder sa chute ; ce mouvement irrésistible abolit en lui toute réflexion, tout repentir, et il arrivera forcément là où il aurait pu ne pas aller⁴⁶.

668. Sous l'empire de la colère, l'individu perd sa capacité à raisonner, il « déchoit, au plan physique comme au plan moral, de sa pleine humanité pour se rapprocher des animaux dont la fureur s'exprime sans retenue »⁴⁷. Michela Nacci parle de régression atavique pour décrire ce phénomène. La colère agit

⁴⁴ TERESTCHENKO, Michel. De l'utilité de la torture ? Les sociétés démocratiques peuvent-elles rester des sociétés décentes ? *Revue du MAUSS*. 2006, Vol. 2, n° 28, p. 350.

⁴⁵ DEVILLERS, Christian. La soif de position. *Actualités en analyse transactionnelle*. 2018, Vol. 1, n° 161, p. 33.

⁴⁶ SÉNÈQUE. *De la colère: ravages et remèdes*. Paris : Payot & Rivages, 2014. p. 34.

⁴⁷ LE COUR GRANDMAISON, Olivier. *Haine(s). Philosophie et politique*. Paris : Presses Universitaires de France, 2002. p. 159.

comme une forme d'hypnose sur le sujet qui perd son autonomie, sa rationalité et son autocontrôle, et se retrouve privé de l'exercice de son libre arbitre⁴⁸.

669. La problématique contemporaine du harcèlement en ligne illustre bien l'étendue des débats moraux concernant l'interdiction de provoquer des sensations déplaisantes. Pour Julie Dilmaç et Özker Kocadal le harcèlement consiste en une conduite agressive intentionnelle et régulière visant à dominer l'autre en cultivant chez la victime un sentiment de *confusion*, de *colère* et de *tristesse*⁴⁹. Dans le cas du cyberharcèlement, cet état est souvent aggravé par l'anonymat et la multiplicité des agresseurs. La victime éprouve alors des sensations de *frustration* et d'*impuissance*⁵⁰ qui, on l'a vu, peuvent contribuer au développement de lésions psychologiques sévères.

670. Ainsi, après l'examen des normes morales protégeant la liberté de choix, on comprend mieux le sens donné aux deux premiers commandements de Gert. Les prohibitions de tuer, de causer des douleurs ou de provoquer des sensations déplaisantes ont toutes en commun de priver le sujet, de manière partielle ou définitive, de la capacité d'opérer des jugements moraux pour déterminer la conduite à tenir face aux situations de la vie quotidienne. Mais ces garanties demeurent toutefois insuffisantes. Outre la préservation du libre arbitre, c'est encore les libertés d'action elles-mêmes qui doivent être protégées pour permettre à chacun d'établir ses propres objectifs de vie et de décider des moyens utiles pour y parvenir.

B. LES PROHIBITIONS D'EMPÊCHEMENT DE L'ATTEINTE AUX FINS ET D'USAGE DES MOYENS, ENJEU DE PROTECTION DES LIBERTÉS D'ACTION

671. À partir de la lecture de C. Fried, J. Habermas considère que les actions d'un acteur *égocentriquement renvoyé à lui-même* ne dépendent pas seulement de la possibilité qui lui est donnée de réaliser des choix rationnels, mais aussi de sa liberté à établir des fins selon ses *préférences propres* et d'être informé des *moyens adéquats* à la satisfaction de ses ambitions⁵¹. L'observation de cette dualité

⁴⁸ TABET, Xavier. Michela NACCI, Il volto della folla. Soggetti collettivi, democrazia, individuo [Le Visage de la foule. Sujets collectifs, démocratie, individu]. *Revue européenne des sciences sociales*. 2020, Vol. 1, n° 58, p. 282.

⁴⁹ DILMAÇ, Julie et KOCADAL, Özker. Prévenir le cyberharcèlement en France et au Royaume-Uni : une tâche impossible ? *Déviance et société*. 2019, Vol. 43, n° 3, p. 395.

⁵⁰ VANDEBOSCH, Heidi et VAN CLEEMPUT, Katrien. Defining cyberbullying: a qualitative research into the perceptions of youngers. *CyberPsychology and Behavior*. 2008, Vol. 11, n° 4, p. 502.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 155.

n'est pas nouvelle. Kant l'avait déjà abordée dans sa *Métaphysique des mœurs*⁵². Michel Foucault aussi s'y était intéressé à travers son analyse de l'*Usage des plaisirs et techniques de soi*⁵³.

672. Dans ce qui va suivre, on essaiera donc de comprendre comment les commandements moraux de Gert œuvrent à la protection de ces libertés.

1. La prohibition d'entraves dans l'établissement des buts

673. Parmi la liste des règles morales négatives proposées par Gert, se trouvent en troisième et cinquième position, l'interdiction de privation des libertés, et celle d'empêcher quelqu'un de la satisfaction des plaisirs⁵⁴. Ces deux commandements entendent protéger le libre établissement des buts envisagés par le sujet. Ils contribuent au comportement ascétique d'un individu cherchant à accéder à ce que Foucault nomme une *parfaite souveraineté de soi sur soi*⁵⁵. On se propose ici de mieux comprendre le fondement de ces obligations.

a. L'entrave des fins par privation des libertés

674. Dans le sens entendu par Gert, toute personne se trouve contrainte dans sa liberté lorsqu'elle se voit *infliger quelque chose sans son consentement* ou qu'elle se retrouve *privée de certaines opportunités ou ressources*⁵⁶. En d'autres termes, le commandement prohibant d'exercer sur autrui une telle contrainte

⁵² Pour Bernard Sève il est en effet évident que Kant ne réduit pas la raison à la dimension pragmatique du choix de moyens mais considère aussi la possibilité d'une détermination rationnelle des fins. Cf. SÈVE, Bernard. Kant (1724-1804) : le bonheur et la religion dans les limites de la morale. Dans : CAILLÉ, Alain, LAZZERI, Christian et SENELLART, Michel, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*. Paris : La Découverte, 2001, p. 486. La *paix perpétuelle*, que Kant appelle de ses vœux, constitue certainement l'un des exemples les plus éloquents de la possibilité de discuter à la fois des moyens et des fins. Cf. KANT, Emmanuel. *La paz perpetúa*. Madrid : Mestas ediciones, 2001. pp 64-65. J. Habermas montre d'ailleurs qu'afin d'appuyer sa théorie de la paix perpétuelle, Kant développe un raisonnement en trois temps. Le premier est celui de la détermination téléologique du but à atteindre : la consécration de la paix perpétuelle en tant que valeur absolue et inconditionnelle. Le deuxième moment consiste à décrire les problèmes relatifs à l'atteinte de la fin attendue, ce qui permet de disposer des informations utiles au troisième temps de réflexion visant à établir les moyens permettant d'atteindre ce but. Cf. HABERMAS, Jürgen. *La paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée kantienne*. Paris : Éditions du Cerf, 2005. p. 9.

⁵³ Dans un article publié en 1983, dans la revue du *Débat*, Foucault explique que toute action morale implique, au moins en partie, « *la constitution de soi comme "sujet moral", dans laquelle l'individu circonscrit la part de lui-même qui constitue cet objet de la pratique morale, définit sa position par rapport au précepte qu'il suit, se fixe un certain mode d'être qui vaudra comme accomplissement moral de lui-même* » Cf. FOUCAULT, Michel. *Usage des plaisirs et techniques de soi*. *Le Débat*. 1983, Vol. 5, n° 27, p. 59. On retrouve ainsi la représentation d'un individu en tant que sujet autonome capable de fixer lui-même ses propres fins et de décider des moyens permettant d'y parvenir. Chez Foucault comme chez Gert cependant, cette conception est complémentaire d'un autre mode de construction individuelle fondé sur le respect de règles de conduite objectives imposées à tous au sein de la société. Cf. FASSIN, Didier. *Les pratiques de soi*. Michel Foucault. Dans : LÉZÉ, Samuel et FASSIN, Didier, *La question morale*. Paris : Presses Universitaires de France, 2013, p. 67.

⁵⁴ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 20.

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *Usage des plaisirs et techniques de soi*. *Op. cit.* p. 60.

⁵⁶ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 35.

est considéré comme bafoué dès lors que l'environnement ou la situation du sujet sont altérés à un point tel qu'il lui soit difficile, voire impossible, d'atteindre son but. De même que pour les autres principes, ce commandement peut être écarté à condition d'apporter certaines raisons valables⁵⁷. En outre, Gert rappelle que pour être condamnable, toute dérogation à cette obligation doit être intentionnelle⁵⁸. Les débats moraux qui entourent ce commandement se déroulent quotidiennement sur de nombreux aspects. On prendra ici deux exemples.

675. Le premier concerne les questions entourant les détentions arbitraires de migrants en situation irrégulière présents sur le sol national. La restriction de la libre circulation de ces personnes n'est moralement justifiable qu'en invoquant la raison d'une atteinte à la loi⁵⁹. Or pour Christophe Pouly, il existe plusieurs situations dans lesquelles ces justifications ne sont pas toujours apportées. Lorsqu'ils patrouillent, les agents de police peuvent par exemple contrôler l'identité de tout individu tenu pour responsable de la commission d'une infraction dans l'espace public. La loi les autorise à procéder à ce type de contrôle en prévention d'un trouble à l'ordre public, indépendamment du comportement des personnes suspectées. Toutefois, dans ce cas, l'atteinte à la loi n'est pas attestée et les privations de liberté susceptibles de découler d'éventuelles arrestations doivent s'appuyer sur d'autres justifications⁶⁰.

676. Le second exemple est relatif au débat sur l'égalité professionnelle entre les genres, et plus particulièrement sur les privations d'opportunités et de ressources que constituent les discriminations sexuelles à l'embauche et au travail. Dans un article publié en 2004 dans la revue *Travail, genre, société*⁶¹, Annie Junter remarque que ces formes de privation sont injustifiables sur le plan moral, puisqu'elles stigmatisent les femmes en les empêchant de prétendre aux mêmes libertés professionnelles que les hommes. Elle convoque alors Erving Goffman pour démontrer que ces discriminations se basent plutôt sur les considérations éthiques fondées sur une essentialisation de l'infériorité des femmes vis-à-vis des

⁵⁷ Comme illustration évidente de dérogation à ce principe, on pense à la possibilité d'enfermer des personnes contre leur gré. Ces mesures sont toutefois justifiées moralement par le risque encouru par d'autres membres de la société de voir l'exercice de leurs droits limités par ces individus.

⁵⁸ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 36.

⁵⁹ C'est ce que rappelle notamment l'avocat Christophe Pouly qui, dans un article de 2009 publié dans la revue *Plein droit*, insistait sur le fait que « *même en situation irrégulière, les étrangers ont des droits et notamment celui de n'être arrêtés ou détenus que dans les conditions posées par la loi et dans les formes qu'elle a prescrites* ». Cf. POULY, Christophe. Des pratiques policières aux limites de la légalité. *Plein droit*. 2009, Vol. 2, n° 81, p. 7.

⁶⁰ Un autre cas problématique concerne l'interpellation de personnes directement au sein de l'administration. En 2009, C. Pouly remarquait par exemple qu'en France, certains demandeurs d'asile convoqués en préfecture pour régulariser leur situation étaient placés pendant plusieurs heures *sous contrainte* de la police dans l'attente du contrôle de leur identité. C. Pouly voyait là une forme de privation arbitraire de liberté dans la mesure où cette forme de détention n'était pas encadrée par la loi. Cf. *Ibid.* pp. 7-8.

⁶¹ JUNTER, Annie. L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : une exigence politique au cœur du droit du travail. *Travail, genre, société*. 2004, Vol. 2, n° 12, pp. 191-202.

hommes⁶², et déplore que les réformes juridiques accompagnent seulement une évolution de ces points de vue⁶³.

b. L'entrave des fins par privation des plaisirs

677. Le cinquième commandement visant à établir les règles de conduite négatives entrevues par Gert est celui de l'interdiction de priver quelqu'un de la satisfaction de ses plaisirs. De la notion de plaisir, Gert donne la définition suivante : « *les personnes ressentent du plaisir lorsqu'elles désirent poursuivre ce qu'elles sont en train de faire ou d'expérimenter* » [nous traduisons]⁶⁴. La lecture de la *Leçon philosophique* de Frédéric Laupies aide à comprendre le sens de cette formule. La sensation de plaisir peut tout d'abord être éprouvée à la suite d'un *attrait prévenant*. Elle est dans ce cas le résultat d'un acte de volonté du sujet qui engage une action dans le but d'éprouver du plaisir. C'est ce que Gert entend par *faire* quelque chose. Mais cette sensation peut aussi être ressentie de manière inattendue. L'individu éprouve alors un attrait *concomitant* à ce qu'il est en train d'*expérimenter*⁶⁵.

678. La crise sanitaire de la Covid-19 et l'inconfort des règles mises en place pour faire face à la pandémie⁶⁶ a largement contribué à nourrir les discussions morales autour de la privation de certains plaisirs de la vie quotidienne, en particulier pour les jeunes et les personnes âgées. Le psychiatre Arnaud Plagnol relève par exemple que la *folie du toucher* instituée par les mesures barrière a comme conséquence insidieuse un contrôle drastique de la *sensualité* et de la *sexualité* chez les jeunes dont les lieux de sociabilité sont réduits à néant par la fermeture administrative des bars, des universités, des parcs et des

⁶² Dans *L'arrangement des sexes*, Goffman considère en effet qu'un grand nombre de discriminations sociales des hommes envers les femmes résulte de la croyance que « *si désolante que soit la place qui leur est faite dans la société, la vision officielle de ce qui distingue leurs caractéristiques naturelles de celles des hommes est exacte et qu'elle l'est éternellement et naturellement* ». Cf. GOFFMAN, Erving. *L'arrangement des sexes*. Paris : La dispute, 2002. p. 61.

⁶³ JUNTER, Annie. L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes... *Op. cit.* p. 192. Il serait toutefois erroné de considérer que l'évolution des mœurs en matière de discrimination au travail est facilitée seulement par les réformes législatives. Pour Michel Miné et Christine Coste par exemple, le juge, en particulier européen, joue aussi un rôle indéniable dans cette évolution. Cf. MINÉ, Michel et COSTE, Christine. *Droit et discrimination sexuelle au travail. Cités*. 2002, Vol. 1, n° 9, p. 102.

⁶⁴ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 38.

⁶⁵ LAUPIES, Frédéric. *Le plaisir. Leçon philosophique*. Paris : Presses Universitaires de France, 2012. p. 5.

⁶⁶ Pour Jean-Louis Gillet, en temps ordinaires, les règles de droit garantissent au citoyen un certain *confort*. Bien que critiquable, leur promulgation offre un cadre clair et légitime des conduites à tenir en société. Au contraire, la multiplication des normes durant la pandémie crée chez les sujets de droit une forme d'*inconfort*. Cf. GILLET, Jean-Louis. De l'inconfort du droit en période de pandémie. *Les Cahiers de la Justice*. 2020, Vol. 2, n° 2, pp. 157-158. Rapidement désuètes, parfois contradictoires, elles se fondent à la fois sur des motivations morales telles que la préservation de la vie, ainsi que sur des justifications techniques et éthiques, telles que l'utilité du masque, ou la fermeture de certains lieux et pas d'autres. Si les premières raisons sont évidemment admises par la plupart des citoyens, les autres sont remises en cause du fait des incertitudes qui entourent chaque préconisation. Cette situation nourrit ainsi de fortes défiances à l'égard des règles imposées.

boîtes de nuit⁶⁷. De même, les restrictions sanitaires ont renforcé l'isolement des personnes âgées. Or cette solitude subie⁶⁸ est un facteur de vulnérabilité très important des sujets les plus fragiles⁶⁹. Dans le cadre de la crise sanitaire, l'impossibilité pour les proches et le personnel soignant d'entretenir des relations sociales avec ces personnes a contribué à la dégradation de leur santé mentale⁷⁰.

679. Tout comme les exemples antérieurs, ces deux illustrations montrent bien que les discussions inhérentes aux codes de conduite visant à préserver la liberté et le plaisir d'autrui occupent quotidiennement une large part des débats au sein de l'espace public. Ces règles morales ne sont pourtant pas les seules garanties apportées aux libertés d'action. Une dernière catégorie de commandements négatifs entend protéger les capacités individuelles d'atteindre les buts poursuivis par chacun.

2. *La prohibition d'entraves dans la sélection des moyens*

680. La sélection des moyens utiles à l'accomplissement d'un but se trouve altérée dès lors que les capacités individuelles sont entravées par un acteur tiers. Dans le point précédent, on remarquait avec Gert que la privation de liberté correspondait à une altération de l'environnement de l'individu susceptible de l'empêcher d'atteindre le but espéré. La privation des capacités correspond pour sa part à l'altération de l'individu lui-même, dans son psyché ou ses facultés physiques ainsi que dans sa faculté de vouloir⁷¹.

681. Pour achever cette étude sur les commandements moraux négatifs de Gert, on s'intéressera donc dans ce qui va suivre aux règles de conduite garantant le respect des capacités individuelles.

a. **L'entrave des moyens par privation des capacités d'agir**

682. Pour éclairer ce qu'il entend par altération des capacités individuelles, Gert prend l'exemple suivant : « couper la main d'une personne cause une incapacité physique, cela lui ôte la capacité de faire de nombreuses activités physiques. Provoquer des lésions cérébrales à quelqu'un cause une incapacité

⁶⁷ PLAGNOL, Arnaud. Déraillement et confinement. Aspects d'une épidémie psychiatrique iatrogène au XXI^{ème} siècle. *Psychiatrie - Sciences humaines - Neurosciences*. 2020, Vol. 2, n° 18, p. 18.

⁶⁸ Il est ici important d'insister sur le caractère contraint de cette solitude. Dans *L'amour la solitude*, André Comte-Sponville remarque avec justesse que la solitude n'est pas quelque chose de mauvais en soi. Seul l'isolement est malheureux. Il est une forme de solitude subie où le sujet perd ses *contacts*, ses *relations*, ses *amis* et ses *amours*. Cf. COMTE-SPONVILLE, André. *L'amour la solitude. Entretiens avec Patrick Vighetti, Judith Brouste, Charles Juliet*. Paris : Albin Michel, 2000. p. 40.

⁶⁹ MARMILLOU, Laure. Solitude au sein de la relation de soin. *Jusqu'à la mort accompagner la vie*. 2020, Vol. 3, n° 142, p. 25.

⁷⁰ AMIEVA, Hélène et PECH, Marion. Les personnes âgées face au confinement et à la crise de la Covid-19 : entre fragilité et résilience. *Revue de neuropsychologie*. 2020, Vol. 2, n° 12, p. 157.

⁷¹ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 34.

mentale » [nous traduisons]⁷². Ainsi, constitue un commandement moral relatif aux capacités d’agir toute règle de conduite visant à préserver les individus de potentiels dommages corporels ou mentaux.

683. On retrouve évidemment des débats au sujet des telles règles concernant la gestion de la pandémie de la Covid-19, en témoignent par exemple les questions éthiques et morales soulevées par la recherche vaccinale. L’objectif de la découverte d’un vaccin est de favoriser un changement de stratégie dans la gestion épidémique. À partir des écrits de Hans Jonas sur le principe de responsabilité, Gérard Reach laisse penser que la possibilité d’immuniser la population contre la maladie permet de basculer d’une *éthique de la précaution* à une *éthique de la responsabilité*⁷³. Alors que l’éthique de précaution consiste à prendre les mesures permettant d’éviter la contamination massive de l’humanité, l’éthique de la responsabilité vise plutôt à un affrontement direct des causes de cette contamination⁷⁴.

684. Cependant, cette possibilité nouvelle n’est pas sans poser plusieurs problèmes moraux, en particulier concernant les expérimentations nécessaires à l’élaboration d’un vaccin. En effet, la mise au point d’une immunité virale comporte deux étapes essentielles : une première étape préclinique, où les expérimentations sont menées *in-vitro* ou sur des animaux, et une seconde organisée en quatre phases⁷⁵, où les tests sont réalisés sur des sujets humains. Cette seconde étape est toutefois problématique puisqu’elle comporte des risques cliniques susceptibles de porter atteinte aux capacités d’agir des personnes cobayes. Pour permettre à ces dernières de justifier rationnellement leur choix de se prêter à de telles expérimentations, la déontologie médicale développe depuis 1945⁷⁶ de nombreuses règles de conduite visant au respect de l’intégrité des patients⁷⁷. En matière vaccinale notamment, les

⁷² GERT, Bernard. *Morality: Its nature and justification*. *Op. cit.* p. 165.

⁷³ REACH, Gérard. Normes et invariants en médecine. Une réflexion au temps du Covid. *Les tribunes de la santé*. 2020, Vol. 2, n° 64, p. 34.

⁷⁴ Pour Hans Jonas, ce basculement est rendu possible par une *heuristique de la peur* qu’il définit comme « un effort conscient pour arriver à une crainte désintéressée, dans laquelle devient visible en même temps que le mal le bien qui en préserve, devient visible en même temps que le désastre le salut auquel on n’adresse pas trop de demandes illusives ». Cf. JONAS, Hans. *Le principe de responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*. Paris : Cerf, 1992. p. 301.

⁷⁵ Les quatre phases de la seconde étape sont organisées de la manière suivante: 1. Vérification de la tolérance et de l’absence d’effets indésirables chez des volontaires sains ; 2. Expérimentation sur des patients pour déterminer la dose de vaccin nécessaire ; 3. Étude comparative ; 4. Suivi des effets secondaires sur le long terme. Cf. GANASCIA, Jean-Gabriel. Éthique et responsabilité à l’heure du MaCoV-19. *Revue de neuropsychologie*. 2020, Vol. 2, n° 12, p. 241.

⁷⁶ En 1945 le procès de Nuremberg doit notamment traiter le cas de plusieurs médecins nazis accusés d’avoir mené de nombreuses expérimentations criminelles sur des prisonniers. Cette mise en lumière d’atteintes abominables à la déontologie médicale brille cependant par l’absence de règles juridiques encadrant les expériences menées sur les êtres humains. À l’issue de ce procès, les quatre juges du tribunal militaire américain se chargent alors d’élaborer dix principes fondamentaux visant à réguler ce genre d’expérimentation. Ces principes sont rassemblés dans le Code de Nuremberg qui fait désormais référence en la matière. Cf. HALIOUA, Bruno. Du procès au Code de Nuremberg : principes de l’éthique biomédicale. Dans : HIRSCH, Emmanuel, *Traité de bioéthique. I- Fondements, principes, repères*. Toulouse : ÉRÈS, 2010, p. 243.

⁷⁷ Dans l’introduction de son ouvrage sur *L’autonomie brisée*, Corine Pelluchon propose une généalogie des règles déontologiques en matière d’expérimentation médicale. Si le *Code de Nuremberg* constitue le premier et le plus spectaculaire code de déontologie sur ce sujet, il n’est cependant pas le seul. La *Déclaration d’Helsinki* adoptée

expérimentations humaines sont désormais encadrées par les *principes cardinaux* de *bienfaisance et non malfaisance*, d'*autonomie de la personne* et de *justice*, introduits par le rapport Belmont de 1979⁷⁸. À cette condition seulement, le patient dispose d'une garantie suffisante pour choisir raisonnablement de se prêter à une expérimentation.

b. L'entrave des moyens par privation des capacités de vouloir

685. Dans le sens entendu par Gert, une personne est en situation d'*incapacité volitionnelle* dès lors qu'elle se trouve submergée par ses propres phobies ou addictions. Est donc condamnable moralement toute action d'un tiers visant à provoquer ou à entretenir ces différents états⁷⁹.

686. Une illustration particulièrement évidente d'atteint aux capacités volitionnelles des individus peut être trouvée dans les actes terroristes. Avec Raymond Aron, on sait qu'un acte terroriste est « *une action de violence dont les effets psychologiques sont hors de proportion avec des résultats purement physiques* »⁸⁰. Comme l'expliquent encore Jérôme Truc, Christian Le Bart et Émilie Née, cette disproportion tient notamment à la *médiatisation* et à l'*indétermination* de l'action terroriste⁸¹. Or ce phénomène, lorsqu'il est destiné à contraindre ou à intimider la population⁸², est tout à fait propice au développement de phobies collectives au sein de la société.

687. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'Henri-Pierre Jeudy assimile le terrorisme à une *violence sinieuse, virale*, où la peur agit par contagion⁸³. « *La peur, explique-t-il, advient souvent sous l'effet grandissant d'une auto-persuasion. Elle trouve sa raison d'être dans les seules raisons que nous lui*

en 1964 à l'issue de l'assemblée générale de l'Association médicale mondiale, ou le *Rapport Belmont* publié en 1979 par le département de la Santé, de l'éducation et des services sociaux des États-Unis, complètent désormais les principes de 1945. Cf. PELLUCHON, Corine. *L'autonomie brisée*. Paris : Presses Universitaires de France, 2009. p. 8.

⁷⁸ GANASCIA, Jean-Gabriel. Éthique et responsabilité à l'heure du MaCoV-19. *Op. cit.* p. 241.

⁷⁹ GERT, Bernard. *Morality: Its nature and justification*. *Op. cit.* p. 165. Il faut ici revenir un instant sur la différence entre privation de la capacité de vouloir et privation du libre arbitre. Conscients de l'ambiguïté de cette distinction, Gert et Duggan se proposent d'éclaircir ces deux concepts. Le libre arbitre doit être regardé comme la possibilité de choisir entre plusieurs alternatives d'action possibles. Cf. GERT, Bernard et DUGGAN, Timothy J. Free Will as the Ability to Will. *Op. cit.* p. 197. La capacité de vouloir correspond à la faculté d'entreprendre et de mener à bien l'une de ces alternatives d'action. Cf. GERT, Bernard et DUGGAN, Timothy J. Voluntary abilities. *American philosophical quarterly*. 1967, Vol. 4, n° 2, p. 127. Ainsi par exemple, une personne dans un état d'ébriété avancé et incapable de conduire son véhicule perd sa capacité de vouloir cette action. Si à cause de cet état, elle perd connaissance ou s'endort, elle n'est plus consciente et ne dispose donc plus de son libre arbitre.

⁸⁰ ARON, Raymond. *Paix et guerre entre les nations*. 3^e éd. Paris : Calmann-Lévy, 2004. p. 176.

⁸¹ TRUC, Jérôme, LE BART, Christian et NÉE, Émilie. L'attentat comme objet de discours : problématique et enjeux. *Mots. Les langages du politique*. 2018, Vol. 3, n° 118, p. 9.

⁸² Alain Bauer et François-Bernard Huyghe rappellent en ce sens que les actions terroristes peuvent être motivées soit par des objectifs de propagande, soit par une volonté de coercition ou d'intimidation de certaines institutions, de certains groupes d'individus ou de la population elle-même. Cf. BAUER, Alain et HUYGHE, François-Bernard. *Les terroristes disent toujours ce qu'ils vont faire. Terrorisme et révolution par les textes*. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. pp. 25-26.

⁸³ JEUDY, Henri-Pierre. *La peur et les médias*. Paris : Presses Universitaires de France, 1979. p. 14.

donnons [...] elle disparaît, elle peut revenir à chaque moment où nous appréhendons les signes devenus familiers de sa manifestation »⁸⁴. La menace terroriste agit ainsi comme un catalyseur des peurs collectives, chaque fois accrues par la survenance de nouveaux attentats qui justifient à leur tour un renforcement des politiques sécuritaires et une atteinte aux libertés⁸⁵.

688. De ce point de vue, le terrorisme n'est donc pas seulement condamnable en raison des faits⁸⁶. Dans une plus large mesure, les actes terroristes font l'objet d'une condamnation morale pour le climat de terreur qu'ils inspirent et qui tend à priver les individus de leurs capacités à vouloir entreprendre certaines activités quotidiennes.

689. Avec cette analyse se conclue donc l'étude des commandements moraux négatifs proposés par Gert comme moyens de régulation des comportements nécessaires à la cohabitation de chacun au sein de la communauté de vie. Les interdictions de priver de libre arbitre et de causer des douleurs sont vues comme des règles de conduite visant à préserver la liberté de choix des personnes. Les libertés d'action sont quant à elles protégées par les commandements prohibant les activités individuelles allant à l'encontre de la liberté et du plaisir d'autrui, ou le privant de ses capacités d'action.

690. Toutefois, pour Gert comme pour J. Habermas ces principes sont insuffisants. Ils n'offrent qu'une garantie partielle du respect des obligations morales qui pèsent sur tout un chacun. Seule l'injonction de réalisation de certains devoirs moraux positifs est alors en mesure de pallier ces lacunes déontologiques.

§ II. LES COMMANDEMENTS POSITIFS COMPLÉMENTAIRES DE PRÉSERVATION DE LA SOCIABILITÉ

691. La seconde catégorie de commandements proposés par Gert rassemble les règles morales positives permettant l'accomplissement des obligations négatives qui incombent aux individus⁸⁷. On convoquera ici les propos de C. Fried :

⁸⁴ JEUDY, Henri-Pierre. La peur virale. *Lignes*. 2004, Vol. 3, n° 15, p. 78.

⁸⁵ *Ibid.* p. 87.

⁸⁶ Bien sûr le terrorisme est condamné moralement sur d'autres plans tels que l'atteinte au libre arbitre, aux libertés et aux plaisirs des individus ou l'infliction de douleurs aux membres de la société.

⁸⁷ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 22. La relation des parents à l'égard de leurs jeunes enfants est en ce sens caractéristique de ce double niveau de responsabilité. Les parents sont évidemment tenus de respecter la règle morale négative interdisant d'infliger des douleurs à leurs enfants. Mais cette douleur n'est pas seulement comprise comme le résultat d'un acte de maltraitance. L'absence de soin résultant de la négligence des parents dans l'accomplissement de certaines actions peut aussi conduire à une sensation de douleur. C'est le cas lorsque l'on se refuse à amener chez le médecin son enfant malade, ou lorsqu'on s'abstient de le protéger lorsqu'il s'expose à un danger. Gert prétend ainsi que la posture strictement libérale limitée aux seules règles morales

Le respect de notre humanité commune a fourni la base à notre description des catégories de maux et des droits négatifs correspondants. Maintenant, cette même humanité commune est également la source de droits positifs [...] il y a des aspects de notre humanité commune que nous partageons tous à cause des efforts des autres pour les produire [traduction de M. Hunyadi]⁸⁸.

692. On comprend dès lors que les cinq règles morales positives proposées par Gert entendent contribuer à la préservation des aspects partagés de l'humanité que sont les *promesses* des uns envers les autres, la transmission d'informations utiles à la compréhension d'une situation, les *règles du jeu* inhérentes à chaque espace de vie, les *lois* de la communauté et les *devoirs* spécifiques à l'égard des autres.

693. Ces règles, qui ne pèsent plus exclusivement sur les épaules des individus⁸⁹, peuvent être regroupées selon deux types de finalités suivant qu'elles favorisent les *interactions* ou les *transactions* sociales⁹⁰. Barbara Simpson comprend la notion d'interaction comme « *quelque chose qui se passe entre des acteurs qui sont physiquement et mentalement indépendants* », et celle de transaction comme une action *rationnellement intégrée* menée en considération de certains acteurs spécifiques⁹¹. Les interactions mobilisent les règles utiles à la coopération langagière contenues dans la loi et les règles du jeu. Le succès des transactions sociales dépend quant à lui de l'accomplissement des devoirs, de la tenue des promesses et de l'obligation d'action.

694. Afin de saisir l'importance de ces règles dans la préservation des relations sociales nécessaires à la vie en communauté, ce second développement étudiera tour à tour la nature des obligations morales de transaction (A.) puis celle des obligations morales d'interaction (B.).

négatives ne suffit pas à assurer la cohabitation des membres de la société. Seule la complémentarité de règles de conduite positives est à même d'assurer cette harmonie.

⁸⁸ FRIED, Charles. *Right and Wrong. Op. cit.* p. 118.

⁸⁹ Avec les règles positives, les commandements moraux perdent leur caractère déterminé. J. Habermas parle en ce sens de *division du travail moral*. L'obligation d'accomplir certaines activités n'est plus universelle mais varie selon la nature du devoir exigé. Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion. Op. cit.* p. 157. Henry Shue cite un exemple convaincant concernant l'obligation de nourrir les enfants affamés. Bien entendu, il est du devoir de tout parent de nourrir correctement ses propres enfants, mais on ne saurait leur reprocher de ne pas subvenir aux besoins de tous les enfants du monde. Cette responsabilité n'est plus la leur mais relève des États, et des organisations internationales. Cf. SHUE, Henry. *Mediating duties. Ethics.* 1988, Vol. 98, n° 4, p. 690. On retrouve encore cette idée dans le concept de *division du travail juridique* de Pierre Bourdieu qui appréhende les règles et les procédures juridiques comme « *le produit d'une division du travail qui résulte de la logique spontanée de la concurrence entre différentes formes de compétence à la fois antagonistes et complémentaires* ». Cf. BOURDIEU, Pierre. *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique.* Paris : Éditions de la Sorbonne, 2017. p. 29.

⁹⁰ Cette distinction est à l'origine utilisée par John Dewey et Arthur Bentley pour préciser la notion d'acte social préalablement définie par Mead. Cf. DEWEY, John et BENTLEY, Arthur F. *Knowing and the known.* Dans : BODYSTON, Jo Ann, *The later works, 1925-1953.* Vol. 16. Carbondale : Southern Illinois University Press, 1991, pp. 113-115.

⁹¹ SIMPSON, Barbara. *Le pragmatisme, Mead et le tournant pratique. Activités.* 2013, Vol. 10, n° 1, p. 160.

A. LES INJONCTIONS AU RESPECT DU SUJET ET DE L'OBJET DE L'ENGAGEMENT, CONDITIONS DE PRÉSERVATION DES LIBERTÉS DE TRANSACTION

695. Dans ses recherches sur la relation entre transaction sociale et pragmatisme, Jean Foucart considère qu'une transaction sociale correspond à la négociation de *micro-compromis* passés avec un ou plusieurs acteurs ou institutions, afin de surmonter la plupart des situations aléatoires rencontrées au cours de la vie quotidienne⁹².

696. Dans ce qui va suivre, on s'attachera à démontrer que ces transactions sont rendues possible par plusieurs règles morales positives visant d'une part à prendre en considération chacun des membres de la relation et d'autre part à respecter l'objet de l'engagement.

1. Les obligations d'action en considération du sujet

697. Lorsqu'ils s'engagent dans une transaction, chacun des acteurs est tenu au respect de règles morales qui favorisent la réciprocité et le succès de l'échange. Le premier de ces commandements est l'obligation de tenir ses promesses. Quiconque se compromet à réaliser quelque chose pour autrui espère en retour le voir réaliser l'action promise. Le second est relatif à l'injonction d'honnêteté qui pèse sur les participants. Toute manœuvre frauduleuse porte préjudice à la stabilité de la transaction et complique la possibilité de négocier les compromis pratiques du quotidien. Ces deux formes d'obligation feront l'objet du développement à venir.

a. La considération du sujet par le respect de ses engagements

698. Dans *Common Morality*, Gert identifie deux sortes de promesses. Les premières sont dites *formelles* et correspondent aux engagements codifiés qui contraignent les membres de la transaction à remplir leurs obligations. Les secondes sont *informelles* et prennent la forme de déclarations d'intention entre les partenaires de l'échange⁹³.

⁹² FOUCART, Jean. La transaction sociale et le pragmatisme. Dans : RÉMY, Jean, *La transaction sociale*. Toulouse : ÉRÈS, 2020, pp. 413-414.

⁹³ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 42. On reconnaît là la définition déjà donnée par Georg Wilhelm Friedrich Hegel à propos de la notion de promesse : « La différence entre une simple promesse et un contrat réside en ce que, en celle-là, ce que je veux offrir, faire, exécuter, est énoncé comme quelque chose de futur et demeure encore une détermination subjective de ma volonté, détermination qu'ainsi je puis encore changer. En revanche, la stipulation du contrat est déjà elle-même l'être-là de la décision de ma volonté ». Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principes de la philosophie du droit*. 3^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2013. p. 230.

699. Concernant les premières, Lucien Jaume observe à la suite de Hobbes que ce type d'engagement marque le passage d'un *droit pour l'homme* à un *droit pour le citoyen*⁹⁴, c'est-à-dire la transformation d'un *droit de*, tel que le droit de se faire justice soi-même, à un *droit à obtenir* d'un tiers certaines interventions pour le bénéfice de sa propre liberté⁹⁵. Avec l'idée de *division du travail moral* soulevée par J. Habermas⁹⁶, on comprend que la nature de ces promesses varie selon la qualité de l'interlocuteur impliqué dans la transaction. C'est d'ailleurs autour de cette question que gravitent la plupart des discussions relatives à cette forme d'échange.

700. Dans son analyse des premiers jours de gestion de la pandémie de coronavirus, Paul-André Rosental montre par exemple que le partage des responsabilités concernant la protection de la population a été abordé de multiples façons⁹⁷. En France, c'est essentiellement l'État qui a rempli cette tâche, en raison de son rôle historique de protection sociale. Le pays a ainsi reconnu l'obligation de tenir cette promesse malgré la crise. Cette position est par contre bien différente en Suède où le choix s'est porté sur une responsabilisation de la population. Dans ce cas, la responsabilité de protection pèse d'abord sur les individus, en vertu d'autres principes moraux tels que l'interdiction d'infliger des douleurs, ou de priver quelqu'un de ses capacités.

701. À la différence des promesses formelles, les promesses informelles n'engagent les partenaires de la transaction qu'à la condition de la survenance d'un événement extérieur à leurs volontés propres. Rompre son engagement dans un tel cas est considéré comme immoral, sauf si des justifications raisonnables permettent de s'en défaire⁹⁸. On observe par exemple des interrogations à ce sujet à travers les réflexions que Jean-Philippe Duranthon a pu mener sur la question du temps politique. Dans sa *recherche du temps long*, l'auteur prend prétexte de la crise sanitaire pour montrer, à la suite de Fernand

⁹⁴ JAUME, Lucien. *Hobbes et l'État représentatif moderne*. Paris : Presses Universitaires de France, 1986. p. 145.

⁹⁵ L. Jaume reprend ici la définition donnée par George Burdeau. Cf. BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 4^e éd. Paris : L.G.D.J, 1972. Dans le même sens, on citera aussi l'explication de Robert Pelloux selon qui les droits créances confèrent à l'individu « *le droit d'exiger certaines prestations de la part de la société ou de l'État* ». Cf. PELLOUX, Robert. Vrais et faux droits de l'Homme, problèmes de définition et de classification. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. 1981, Vol. 1, p. 54. L'ensemble de ces définitions sont rassemblées par Laurence Gay dans sa thèse sur *Les « droits-créances » constitutionnels*. Cf. GAY, Laurence. *Les « droits-créances » constitutionnels*. FAVOREU, Louis (dir.). Thèse de doctorat, droit. Aix-en-Provence : Aix-Marseille 3, 2001. p. 13.

⁹⁶ Cf. *Infra*. n°693.

⁹⁷ ROSENTAL, Paul-André. Les trente premiers jours. Leçons comparatives de la lutte contre la pandémie de coronavirus. Dans : LAZAR, Marc, PLANTIN, Guillaume et RAGOT, Xavier, *Le monde d'aujourd'hui. Les sciences sociales au temps de la Covid*. Paris : Presses de Sciences Po, 2020, p. 39.

⁹⁸ Gert prend ici l'exemple d'une personne dont certains proches se trouveraient physiquement menacés par quelqu'un, et qui n'aurait d'autre choix que de formuler une promesse pour les mettre en sécurité. Il n'est pas immoral ici de rompre sa promesse puisque la raison pour laquelle celle-ci avait été tenue était elle-même immorale. Cf. GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 43.

Braudel et de Pierre Rosanvallon⁹⁹, le problème spécifique des démocraties à mener des politiques structurelles de long terme pour anticiper ou dépasser les grands désastres de l'humanité. Aveuglés par ce *raccourcissement de l'horizon temporel de la vie politique* les gouvernants préfèrent aux engagements lointains, des micro-compromis visant à *préparer l'épreuve du lendemain* ou à *surmonter l'embuche du jour*¹⁰⁰. Cette stratégie favorise la formulation de promesses à des fins électoralistes, ou pour atténuer les effets de crise. S'ouvre alors un large débat sur le caractère moral d'un possible non-respect de ces engagements¹⁰¹.

b. La considération du sujet par l'honnêteté de son comportement

702. L'obligation d'honnêteté est comprise par Gert comme une *interdiction de décevoir*. Celui qui, par son silence complice¹⁰² ou son comportement mensonger¹⁰³, conduit un tiers à croire quelque chose d'erroné porte atteinte à ce commandement¹⁰⁴. Cette définition suppose toutefois de bien distinguer le fait d'informer et celui d'opiner. D'un côté, la transmission d'une fausse information est moralement condamnable en ce qu'elle induit en erreur une ou plusieurs personnes dans le choix des alternatives d'action possibles. De l'autre, la communication d'une opinion ne saurait souffrir un tel jugement, à condition toutefois que celle-ci n'ait pas été formulée dans l'intention de blesser¹⁰⁵.

703. Cette obligation d'honnêteté fait aujourd'hui sens dans les débats très actuels sur la diffusion massive de *fake news*, en particulier en période de crise. Angeliki Monier rappelle que ce concept, apparu à l'orée des années 2000, consiste à médiatiser des informations fausses ou non vérifiées pour

⁹⁹ Fernand Braudel est ici convoqué pour sa critique du *péché événementialiste* des sciences sociales, dont l'analyse empirique et chaque fois actuelle ne permet qu'une *enquête sur le vif*, restreinte au *temps court*, qui limite les chercheurs dans leurs capacités à formuler des considérations générales. Cf. BRAUDEL, Fernand. Histoire et Sciences Sociales : La longue durée. *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 1958, Vol. 13, n° 4, p. 19. Dans la même dynamique Pierre Rosanvallon s'intéresse à la question du long terme en démocratie. De manière analogue aux problèmes rencontrés par les sciences sociales, il montre la difficulté des démocraties à se saisir des questions de long terme telles que l'environnement ou le climat. En effet, prédomine en démocratie la *course éperdue au court terme* dictée par les *rythmes électoraux* et les *impératifs sondagiers*. Cf. ROSANVALLON, Pierre. La myopie démocratique. *Commentaire*. 2010, Vol. 3, n° 131, p. 599.

¹⁰⁰ DURANTHON, Jean-Philippe. À la recherche du temps long. *Commentaire*. 2020, Vol. 3, n° 171, p. 605.

¹⁰¹ En matière électorale notamment, cette question a souvent été débattue au sujet de l'instauration d'un mandat impératif visant à contraindre les candidats élus à respecter leurs engagements de campagne. Cf. GUINAUDEAU, Isabelle et PERSICO, Simon. Tenir promesse. Les conditions de réalisation des programmes électoraux. *Revue française de science politique*. 2018, Vol. 68, n° 2, p. 216.

¹⁰² Par silence complice, on entend la rétention d'une information susceptible de porter préjudice aux droits négatifs des personnes. Cf. GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 40. Gert prend comme illustration le fait de ne pas avertir autrui de l'existence d'un danger imminent. Ce silence aura sans doute pour conséquence de priver l'autre de son droit à ne pas souffrir de douleurs, à ne pas être privé de ses capacités ou à ne pas mourir.

¹⁰³ Par comportement mensonger, on pense par ailleurs à toute activité verbale ou non verbale visant à biaiser le jugement des membres de l'échange. Cf. *Ibid.*

¹⁰⁴ GERT, Bernard. *Morality: Its nature and justification. Op. cit.* p. 165.

¹⁰⁵ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 41. Un exemple évident de cet état de fait se conçoit dans l'expression d'une opinion désagréable sur l'apparence physique de quelqu'un, sans que cette personne n'ait au préalable sollicité cette observation.

instrumentaliser les émotions et les croyances personnelles dans le but d'influencer l'opinion publique¹⁰⁶. À ce titre, pandémie de Covid-19 est certainement l'événement récent le plus illustratif de ce phénomène¹⁰⁷, et en mai 2020, la situation était d'ailleurs devenue tellement préoccupante pour les personnels de santé qu'une lettre ouverte fut adressée aux réseaux sociaux pour prendre des mesures *systémiques* et *immédiates* pour limiter la désinformation sur les conséquences sanitaires de la crise¹⁰⁸.

704. Cet exemple éclaire avec éloquence l'intérêt des discussions morales sur le manque de considération de l'obligation d'honnêteté sur les réseaux sociaux. En raison du commandement moral négatif protégeant la liberté d'expression, la confusion est grande entre diffusion d'informations et communication des opinions, et les initiatives mises en place sur les réseaux demeurent insuffisantes pour faire face à la masse de désinformation mondiale¹⁰⁹. Cette carence de différenciation incite donc à approfondir la réflexion sur l'importance donnée à cette règle de conduite en matière d'information des populations.

705. En fin de compte, à travers l'analyse de ces deux premiers commandements, on comprendra donc que l'obligation de tenir ses promesses et l'interdiction de décevoir impliquent que le sujet respecte les engagements formels et informels dans lesquels il s'est investi et fasse preuve d'honnêteté lors de l'échange des informations nécessaires à la transaction. Toutefois, ces principes ne garantissent le respect mutuel des partenaires de l'échange que dans le cadre d'une transaction ordinaire. Reste donc à savoir quels commandements guident les sujets lorsque celle-ci est motivée par les raisons spécifiques d'un devoir déterminé.

2. Les obligations d'action en considération de l'objet

706. L'obligation d'accomplir son devoir trouve chez Gert deux formes de justifications. *Faire son devoir*, c'est d'abord se soumettre à l'exercice d'une activité que l'on est prédisposé à réaliser en raison de son rôle au sein de la communauté de vie. L'enseignant est ainsi tenu de transmettre son savoir, le

¹⁰⁶ MONNIER, Angeliki. Covid-19 : de la pandémie à l'infodémie et la chasse aux fake news. *Recherches & éducatives*. 2020, H-S.

¹⁰⁷ JAUBERT, Elsa et DOLBEAU-BANDIN, Cécile. Infox et coronavirus Covid-19 : une relative contagiosité ? *Le carnet de la MRSH*. 2020. p. 5. Cet événement apparaît ici fort pertinent pour illustrer ce point, mais on relèvera toutefois que le phénomène n'est absolument pas inédit. Ainsi, deux ans avant la crise sanitaire, une étude approfondie du *Massachusetts Institute of Technology* au sujet de la diffusion des *fake news* sur le réseau social *Twitter* montrait déjà la remarquable efficacité de ces contre-vérités. Non seulement celles-ci touchent l'ensemble des secteurs de la vie publique (de la politique aux divertissements en passant par les légendes urbaines, les affaires économiques, le terrorisme et la guerre, les sciences, les techniques et les catastrophes naturelles) mais elles ont en outre une vitesse de propagation six fois supérieure à celle des informations vérifiées. Cf. VOSOUGHI, Soroush, ROY, Deb et ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. *Science*. 2018, Vol. 359, n° 6380, pp. 1149-1150.

¹⁰⁸ MONNIER, Angeliki. *Op. cit.*

¹⁰⁹ JAUBERT, Elsa et DOLBEAU-BANDIN, Cécile. *Op. cit.* p. 6.

gardien de nuit d'effectuer ses rondes, ou les parents d'élever leurs enfants¹¹⁰. Mais *faire son devoir* c'est aussi se compromettre à réaliser certaines actions lorsque des circonstances particulières l'exigent, et dans la mesure où cela n'a qu'une incidence supportable pour l'auteur de la transaction¹¹¹. Sauver quelqu'un de la noyade correspond à un tel devoir, mais il n'est pas immoral de s'en abstenir en cas de risque élevé de concourir à sa propre mort.

707. Avec Jean-Fabien Spitz, on remarque que le premier aspect de ce commandement prend la forme d'un *transfert contraint* toujours complété par une batterie de règles déontologiques qui obligent l'individu à accomplir son devoir¹¹². Le second aspect en revanche rassemble les *transferts non-contraints* qui varient systématiquement selon les contingences de l'action¹¹³. Ces deux types de transferts structureront la réflexion à venir sur l'obligation de devoir pesant sur les individus.

a. La considération de l'objet par l'accomplissement des transferts contraints

708. Chez Gert on l'a vu, l'obligation de faire son devoir se comprend comme l'injonction adressée aux individus de *jouer leur rôle* dans la société. L'exemple le plus évident est bien-sûr celui des devoirs liés à l'exercice d'une profession, mais cette illustration demeure insuffisante. D'un point de vue anthropologique en effet, les devoirs ne se limitent pas au seul domaine marchand mais concernent l'ensemble des *fonctions sociales* attribuées aux membres de la communauté¹¹⁴. Cette définition permet à Michèle Ferrand de rappeler la double lecture nécessaire du concept de travail, perçu à la fois comme une activité rémunérée dans la sphère publique et non rémunérée dans le domaine privé¹¹⁵. Ainsi, les devoirs moraux tiennent également compte des responsabilités domestiques qui incombent à tous dans cet autre espace de vie.

709. Le respect de ces obligations est néanmoins l'objet de critiques. Parmi les nombreux débats sur la question, celui sur les violences policières est l'un des plus médiatisés. Nombre d'entre elles sont dénoncées et considérées comme des manquements flagrants aux devoirs de protection des populations

¹¹⁰ GERT, Bernard. *Morality: Its nature and justification*. *Op. cit.* p. 211.

¹¹¹ GERT, Bernard. *Common Morality...* *Op. cit.* p. 50.

¹¹² J.-F. Spitz, ne considère toutefois que la régulation juridique de ces transferts, notamment à travers le système des contrats. On verra que dans le domaine de la morale, ce champ doit être élargi aux règles déontologiques en général et ne se limite plus de ce fait aux relations contractuelles.

¹¹³ SPITZ, Jean-Fabien. L'assistance à personne en danger : le problème de la sanction des actions négatives ou omissions. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 2018, Vol. 1, n° 80, p. 62.

¹¹⁴ CHAMOIX, Marie-Noëlle. Sociétés avec et sans concept de travail. *Sociologie du travail*. 1994, Vol. 36, p. 59.

¹¹⁵ FERRAND, Michèle. *Féminin Masculin*. Paris : La Découverte, 2004. p. 9. La précision est importante car elle permet d'étendre le champ des devoirs et éclaire les formes diverses de discriminations en matière de division du travail social. Elle permet ainsi d'entretenir le débat sur la répartition des responsabilités morales entre les sujets de la communauté.

auxquels sont tenus les responsables du maintien de l'ordre. Selon Walter Benjamin, seules sont légitimes les manifestations de violence inscrites dans un cadre légal garant d'une *reconnaissance historique générale de leurs fins*¹¹⁶. Toute activité violente qui échapperait à cette couverture juridique serait par conséquent perçue comme illégitime. Or c'est précisément ce point qui pose le plus grand problème moral. Dans un chapitre de leur *Sociologie de la police* consacré aux déviances policières, Fabien Jobard et Jacques de Maillard montrent que le travail de qualification des faits relève d'une véritable lutte d'objectivation entre le récit de la victime présumée et celui des auteurs de *l'acte disputé*¹¹⁷. La validité des récits dépend alors de la clarté des faits discutés ainsi que du rapport de force qui s'impose entre les prétentions contraires concernant la qualification licite ou illicite des faits de violence.

710. L'obligation de remplir son devoir impose alors la plus grande transparence dans le processus d'enquête permettant d'établir les faits, ce qui ne manque pas d'alimenter le débat public autour des moyens et des pratiques permettant de mettre en lumière la véritable nature de ces violences¹¹⁸.

b. La considération de l'objet par la réalisation de transferts non-contraints

711. Le second cas de figure pour lequel s'applique l'obligation morale d'accomplissement des devoirs concerne les transferts non-contraints. Ce sens du devoir est cependant paradoxal en ce qu'il prend le contre-pied des activités intéressées que représentent les transferts contraints¹¹⁹.

¹¹⁶ « Le droit positif exige bien plutôt de chaque violence [...] un document justifiant de son origine historique, et qui sous certaines conditions pourrait la légitimer ou la sanctionner. Comme la reconnaissance des violences du droit se manifeste de la façon la plus tangible par la soumission sans résistance à leurs fins, ainsi il faut prendre pour base hypothétique de distinction des violences l'existence ou le manque d'une reconnaissance historique générale de leurs fins. Les fins qui manquent de cette reconnaissance peuvent être appelées fin naturelles, les autres fins légales ». Cf. BENJAMIN, Walter. *Critique de la violence*. Paris : Payot & Rivages, 2012. pp. 60-61.

¹¹⁷ Les auteurs distinguent trois étapes essentielles de cette lutte d'objectivation. La première consiste à faire reconnaître l'existence et la nature de la violence exercée, le qualificatif de *violence* étant lui-même trop confus pour déterminer la nature des faits. La deuxième est la plus délicate. Elle correspond à la confrontation des points de vue qui souvent ne coïncident pas et peuvent inciter à un approfondissement d'enquête. La troisième étape est celle de la mise en accusation qui survient à l'issue du processus de qualification juridique des faits. Cf. JOBARD, Fabien et MAILLARD (DE), Jacques. *Sociologie de la police*. Paris : Armand Colin, 2015. p. 161.

¹¹⁸ Pour le cas français, l'étude de Cédric Moreau de Bellaing sur les *violences illégitimes* et la *publicité de l'action policière* révélait qu'au tournant du XX^{ème} siècle (1996-2001), 33,3% des dossiers ouverts par l'inspection générale des services l'étaient pour faits de violences commis par les agents en fonction, et 16,7% de ces dossiers étaient suivis de sanction. Cf. MOREAU DE BELLAING, Cédric. *Violences illégitimes et publicité de l'action policière*. *Politix*. 2009, Vol. 3, n° 87, p. 126. Bien qu'ancienne, cette étude a le mérite de montrer que les discussions morales au sujet des violences policières sont nécessaires et ne doivent pas échapper au débat public.

¹¹⁹ L'idée de transfert contraint ne se départit pas d'une certaine logique de négociation. Comprise dans cette perspective, l'obligation du devoir est toujours motivée par une compensation, qui peut prendre la forme d'une rémunération, ou *a minima* de la reconnaissance des bénéficiaires de la transaction. Cf. WEINRIB, Ernest J. *The Case for a Duty to Rescue*. *The Yale Law Journal*. 1980, Vol. 90, n° 2, p. 268. Du fait de leur caractère spontané, les transferts non-contraints ne sont pas justifiés par de telles ambitions bien que certaines compensations soient toujours trouvées *a posteriori*.

712. Pour Claude Obadia en effet, il n'est plus ici question d'agir conformément à un devoir prescrit¹²⁰ mais « de le faire sans aucune raison autre que celle que constitue le sentiment du devoir qui définit ainsi ce que nous pourrions appeler la droiture »¹²¹. L'obligation morale du devoir est alors comprise comme une loi générale. Elle n'est plus déterminée empiriquement selon la nature de la tâche à accomplir, elle n'est pas non plus motivée par le respect des autres règles de conduite morale, mais se trouve directement justifiée par son caractère catégorique et universel. Lorsque quelqu'un court un grave péril que l'on est seul à pouvoir éviter et que l'on n'est aucunement tenu envers cette personne à la réalisation d'un transfert contraint, alors l'unique motivation du devoir d'action en sa faveur tient en ce que l'on veuille que soit reconnue comme loi universelle la protection de son prochain en cas de survenance d'un tel malheur.

713. De nouveau, la crise sanitaire relative à la pandémie mondiale de coronavirus apporte une illustration intéressante. On pense ici à la réflexion menée par un collectif de juristes de l'Institut d'Études Politiques de Paris qui remarquait au début de la crise une rupture stratégique de certains Gouvernements dans la pondération des *impératifs nationaux* tels que la santé et le développement de l'économie. Pour un temps au moins, la vie humaine est élevée au rang de *valeur suprême* ce qui suppose « *d'admettre des solutions clairement "attentatoires à la libre circulation des marchandises", telles les restrictions d'exportation d'équipements médicaux essentiels* » et à « *accepter des dépenses publiques "déséquilibrées" dès lors qu'elles visent à maintenir un accès universel aux services hospitaliers* »¹²².

714. Ce changement de perspective dans l'organisation des politiques publiques, cette volonté d'affronter l'urgence sanitaire en raison de la *valeur d'intangibilité* attribuée aux *formes élémentaires de la vie humaine*, peut être perçue comme le devoir de l'État de réaliser un transfert non-contraint de protection de la population. La prise en charge des besoins de santé ou d'aides liées à la perte d'emploi de certains membres de la communauté n'est plus assurée dans la limite des ressources acquises sous la forme de cotisations sociales, mais est au contraire attribuée de manière absolue, sans compromis préalable. En outre, cette responsabilité ne peut être assumée que par l'État qui est le seul à même de garantir une protection globale des individus face aux calamités de la pandémie. Ces deux facteurs laissent ainsi penser que l'État va au-delà de ses pratiques habituelles, et remplit ses obligations pour des raisons supérieures à son devoir contraint de protection.

¹²⁰ On pense par exemple à la responsabilité d'un commerçant qui accomplirait son devoir d'échange de marchandises dans l'intérêt d'une rémunération.

¹²¹ OBADIA, Claude. Éditorial : Les paradoxes du devoir. *Le Philosophoire*. 2008, Vol. 2, n° 30, p. 5.

¹²² ALVIAR, Helena, AZOULAI, Loïc, BISMUTH, Régis, et al. Ce que la Covid-19 révèle du rapport entre le monde et le droit. Dans : LAZAR, Marc, PLANTIN, Guillaume et RAGOT, Xavier, *Le monde d'aujourd'hui*. Paris : Presses de Sciences Po, 2020, p. 174.

715. Avec cet exemple, s'achève donc l'examen des commandements moraux positifs visant au respect de l'objet de la transaction. On aura ainsi observé que le succès d'un tel échange est permis par une obligation de devoir qui prend la forme de règles de conduites codifiées lors de transferts contraints et d'injonctions universelles d'action en cas de transferts non-contraints.

716. Plus largement, cette double dimension de l'obligation d'accomplissement des devoirs permet de clore l'étude relative aux règles morales positives nécessaires à la réussite d'échanges motivés par les considérations personnelles, mais cet exposé ne permet pas encore de saisir l'étendue des préconisations déontologiques indispensables aux interactions simples. Ce qui va suivre permettra d'en éclairer le sens.

B. LES INJONCTIONS AU RESPECT DES RÈGLES ET DE LA LOI, CONDITIONS DE PRÉSERVATION DES LIBERTÉS D'INTERACTION

717. Dans son ouvrage sur *L'universalité de l'herméneutique* le philosophe Jean Grondin explore la relation qu'entretient J. Habermas avec l'herméneutique philosophique. À cette occasion, il rappelle que pour J. Habermas toute vie en société se trouve structurée par des interactions communicationnelles organisées par des normes¹²³. C'est d'ailleurs pour lui le sens premier donné au concept de morale :

La morale se rapporte à des interactions réglées par des normes. Celles-ci obligent les destinataires à satisfaire aux normes de comportement reliées réciproquement les unes aux autres, en choisissant, au sein d'un plus large spectre, quelques orientations axiologiques et en faisant une obligation générale¹²⁴.

718. Cette lecture laisse entrevoir un parallèle avec les deux ultimes règles morales positives de Gert relatives aux obligations faites à tout membre de la société de *respecter les règles* et de *respecter la loi*. Bien que distinctes quant à leur portée, ces deux règles s'inscrivent dans une même dynamique de régulation générale des comportements individuels pour rendre tolérable l'ensemble des interactions sociales. On s'intéressera donc ici à ce qui motive Gert à ajouter ces principes à sa liste des commandements moraux absolus et universels.

¹²³ GRONDIN, Jean. *L'universalité de l'herméneutique*. Paris : Presses Universitaires de France, 1993. p. 205.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 159.

1. L'obligation d'action en considération des règles du jeu

719. Le respect des règles est essentiel à toute interaction sociale. Pour appuyer cette affirmation, Ahti-Veikko Pietarinen prend l'exemple du jeu. Lorsque l'on participe à un jeu, les règles présentent le double intérêt de définir le rôle joué par chaque participant et de permettre à chacun d'eux d'anticiper un nombre fini de stratégies d'action possibles chez ses adversaires¹²⁵. Cette approche conduit logiquement Gert à affirmer qu'un joueur triche dès lors qu'il viole les règles du jeu pour obtenir un avantage vis-à-vis de ses concurrents¹²⁶. Pour considérer un tel cas de figure, l'individu doit toutefois savoir qu'il participe à une activité¹²⁷, être conscient qu'il en enfreint les règles, et causer un préjudice à *au moins un* autre participant¹²⁸.

720. Cependant, ces trois conditions n'éclairent pas encore la distinction entre non-respect de la règle du jeu et non-respect de la loi. Dans un article qu'il consacre justement à *La règle du jeu*, Pierre Berloquin s'intéresse à cette différenciation : « *un jeu et sa règle se situent dans un espace de temps circonscrit, dont le début et la fin sont précisés, tandis que la société baigne dans l'univers de la loi sans avoir la possibilité de s'en évader* »¹²⁹. Le commandement visant au respect des règles doit donc être compris comme l'injonction faite aux individus de suivre les normes spécifiques aux activités auxquelles ils participent et aux espaces de vie dans lesquels ils évoluent. Ces normes ont un caractère moral ou juridique selon qu'elles se trouvent ou non, régies par le droit.

¹²⁵ PIETARINEN, Ahti-Veikko. Games as formal tools versus games as explanations in logic and science. *Foundations of science*. 2003, Vol. 8, n° 4, pp. 341-342. La lecture que fait E. Picavet du sens donné par Herbert Hart de la notion de règle du jeu va dans le même sens : « *les règles du jeu doivent être appréhendées comme des éléments de motivation des participants à cette "entreprise sociale" qu'est un jeu. Veulent-ils déplacer un pion, ou mettre un roi en échec ? Cela n'a de sens que relativement aux règles du jeu* ». Cf. PICAVET, Emmanuel. *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*. Paris : Presses Universitaires de France, 2000. p. 80.

¹²⁶ GERT, Bernard. *Common Morality...* *Op. cit.* p. 44.

¹²⁷ Ici s'arrête le parallèle avec le normativisme. En effet, Gert prend le contrepied de Kelsen en affirmant qu'il n'est pas immoral de déroger à une règle que l'on ignore ou que l'on a décidé de ne pas suivre puisque l'on ne participe pas au jeu. De nouveau, E. Picavet contribue à la compréhension de cette approche : « ce que veut dire Kelsen n'est pas quelque chose du genre : « *si tu veux jouer au jeu X, tu dois suivre les règles constitutives du jeu X* » [...]. Il veut plutôt dire quelque chose comme : « *les règles du jeu X constituent un devoir-être qui s'applique à ta vie; et pour le penser précisément comme un devoir-être, on doit admettre que les règles du jeu X doivent être respectées* » ». Cf. PICAVET, Emmanuel. Sur le rapport aux règles et la résistance au positivisme juridique. *Archives de Philosophie*. 2004, Vol. 4, n° 67, pp. 594-595.

¹²⁸ GERT, Bernard. *Common Morality...* *Op. cit.* pp. 45-46. Hors de ces critères, le cas de triche n'est pas avéré. On ne peut reprocher à quelqu'un qui ignore qu'il joue à un jeu d'enfreindre ses règles. De même, il n'est pas immoral de tricher envers soi-même. Il est donc impératif que le jeu implique *a minima* un second joueur.

¹²⁹ BERLOQUIN, Pierre. La règle du jeu. *Médium*. 2012, Vol. 1, n° 30, pp. 91-92.

a. La considération des règles par obéissance aux normes juridiques particulières

721. La manifestation la plus évidente de l'obligation de respecter les règles vaut d'abord pour les actes juridiques encadrant certaines activités ou espaces de vie des membres de la communauté. Le sens donné à ces normes n'a pas le caractère indéterminé des lois générales ou de la Constitution mais concerne plutôt certaines situations spécifiques auxquelles peuvent choisir de participer les sujets. Un exemple intéressant est relatif aux règles entourant les dispositifs de vote au cours de l'élection.

722. Pour Alessandro Pizzorno, l'acte de vote est une *activité constitutive d'identités* qui permet la reconnaissance réciproque des individus, l'expression de leur solidarité et la coordination de leurs activités futures¹³⁰. De ce point de vue, la codification juridique apparaît comme nécessaire pour *ritualiser l'acte électoral* et lui imposer une *scénographie spécifique* afin de contraindre les comportements politiques au respect d'une certaine déontologie démocratique¹³¹.

723. Le mécanisme de l'élection est donc un jeu dont on est tenu d'accepter les règles si l'on souhaite voter ou se faire élire. Cette affirmation est d'autant plus éloquente qu'elle occupe régulièrement le débat public lorsque la régularité d'une élection se trouve contestée pour des raisons de fraude, en particulier lorsqu'un faible écart sépare les candidats à l'issue du vote¹³². Pour Bernard Maligner, la fraude électorale désigne « *tout acte violant délibérément une disposition du Code électoral* »¹³³. Bien que triviale, cette définition a le mérite de la clarté : est constitutif d'une fraude toute activité contraire aux règles juridiques régissant l'organisation du scrutin.

724. Cette règle est alors utile pour contester la régularité d'une élection, non seulement par les observateurs extérieurs, mais encore par les candidats eux-mêmes. Une illustration de ce phénomène est observable à travers la campagne de l'élection présidentielle étasunienne de 2020. Plusieurs semaines avant la fin de l'élection, le président sortant et candidat à sa réélection Donald Trump avait cherché à anticiper de possibles votes défavorables à son encontre, en discréditant le système de vote par correspondance, propice selon lui à l'organisation de fraudes à grande échelle¹³⁴. L'attitude de D. Trump

¹³⁰ PIZZORNO, Alessandro. Sur la rationalité des choix démocratiques. Dans : BIRNBAUM, Pierre et LECA, Jean, *Sur l'individualisme. Théories et méthodes*. Paris : Presses de Sciences Po, 1991, p. 359.

¹³¹ Pour Olivier Ihl et Yves Déloye, seule cette contrainte juridique est à même de permettre la pacification du lieu de vote et de contribuer plus généralement à la civilisation des mœurs propice à la bonne gouvernance démocratique. Cf. IHL, Olivier et DÉLOYE, Yves. *L'acte de vote*. Paris : Presses de Sciences Po, 2008. p. 16.

¹³² *Ibid.* p. 498.

¹³³ MALIGNER, Bernard. *Halte à la fraude électorale*. Paris : Economica, 1986. p. 26.

¹³⁴ Bien qu'aucune preuve tangible n'ait pu étayer ses affirmations, D. Trump s'était par exemple indigné du fait que ce procédé favoriserait l'impression de milliers de bulletins de vote à l'étranger pour bourrer les urnes et offrir ainsi la possibilité aux électeurs démocrates de voter de multiples fois. Cf. NARDON, Laurence. Les États-Unis au-delà des élections. *Études*. 2020, n° 11, p. 12.

est ici caractéristique d'une instrumentalisation à des fins électoralistes d'un jugement moral visant à condamner l'obligation faite à ses opposants de respecter les règles du scrutin.

b. La considération des règles par reconnaissance des normes morales

725. Si certaines activités particulières ont une importance telle qu'elles doivent être régies par des règles juridiques, il en est d'autres qui reposent sur des obligations déontologiques d'ordre moral. Reste qu'au même titre que les premières, ces règles ont vocation à réguler les activités humaines pour favoriser la cohabitation de chacun en société. Elles rassemblent l'ensemble des textes et des principes échappant aux réglementations étatiques et visant à promouvoir ce que Bruno Oppetit qualifie d'*éthique autonome des affaires*¹³⁵. On peut schématiquement distinguer deux niveaux d'application.

726. Le premier concerne l'ensemble des règles inhérentes à certains lieux de vie. On pense par exemple aux règlements intérieurs des entreprises¹³⁶ ou de certains établissements recevant du public tels que les écoles, les théâtres ou les restaurants. Pour Oppetit, ces normes entendent inciter les personnes à *valoriser légitimement l'exercice de l'activité considérée* pour garantir la préservation du *bien commun* au sein de l'espace de vie.

727. Le second est relatif aux règles applicables à certains types de comportements. Pan Wei estime que ces règles correspondent à « *l'ensemble des relations sociales accumulées au cours des siècles [et] cristallisées au fil du temps en normes et en sens commun* »¹³⁷. Les normes de comportement sont en ce sens fortement imprégnées des conseils cliniques dictés par les réflexions éthiques autour de l'identité et du projet de vie d'une communauté. Elles évoluent donc au gré du *contexte social* et des *traditions culturelles* caractérisant chaque société.

728. On retrouve de nombreuses discussions morales de ce genre dans le domaine du sport. L'ouvrage *Éthique et sport* publié en 2016 par Philippe Sarremejane apporte d'intéressantes réflexions à ce sujet. Selon l'auteur, la justesse d'une pratique sportive s'évalue toujours en fonction d'un double critère *règlementaire* et *éthique*. Sous peine de sanctions ou de disqualification, le sportif est contraint de respecter les règles du jeu auquel il a pris part, mais doit aussi adopter un comportement juste. Les principes de *loyauté*, de *fair-play* ou d'*honnêteté* sont ainsi considérés comme des commandements moraux

¹³⁵ OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. Paris : Presses Universitaires de France, 1998. p. 271.

¹³⁶ Dans l'introduction de sa *Réflexion sur les codes de conduites privés*, Gérard Farjat apporte les illustrations des plus diverses. Ainsi existe-t-il des codes de conduites régissant les activités des pompes funèbres, des sociétés d'assurance ou de location de bateaux de plaisance. Cf. FARJAT, Gérard. *Réflexions sur les codes de conduite privés*. Dans : *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*. Paris : Litec, 1987, pp. 47-48.

¹³⁷ WEI, Pan. Les valeurs fondatrices des sociétés contemporaines. *Diogène*. 2008, Vol. 1, n° 221, p. 75.

complémentaires aux obligations réglementaires qui contribuent au respect des règles, même lorsque l'arbitre n'est pas présent pour en attester¹³⁸.

729. Ainsi, l'obligation de se plier aux règles morales et juridiques apporte la garantie d'une juste participation des individus aux multiples activités sociales qui jalonnent leur existence. Ces normes déontologiques sont érigées par Gert au rang de commandements moraux dans la mesure où elles contribuent à une interaction sociale raisonnable entre chaque membre de la société. Mais de telles règles n'encadrent pas encore toutes les formes d'interaction possibles entre les acteurs. La plupart des interactions interviennent en effet en dehors de toute activité. Un ultime commandement moral doit donc enjoindre les sujets à respecter la lettre de la loi pour toutes les situations indéterminées qui échappent aux règles du jeu.

2. *L'obligation d'action en considération de la loi*

730. La notion de loi est comprise par Gert comme une partie du système de droit dont l'existence est connue de tous les agents moraux susceptibles d'en ressentir les effets. Elle influence directement ou indirectement l'environnement des personnes, dépasse leurs volontés propres, et laisse craindre l'infliction de pénalités en cas de violation de ses prescriptions¹³⁹. Elle se distingue ainsi de l'obligation de suivre les règles par son caractère absolu : là où les règles ne sont valables que pour une activité particulière dont l'agent a décidé de prendre part, la loi a une portée générale et s'applique à l'ensemble de la communauté de vie.

731. Si la plupart de ces commandements sont le produit de l'ouvrage législatif, les lois trouvent aussi leurs origines dans la coutume¹⁴⁰. Ces deux formes d'obligations seront donc étudiées dans ce qui va suivre.

¹³⁸ SARREMEJANE, Philippe. *Éthique et sport*. Auxerre : Éditions Sciences humaines, 2016. pp. 45-46. En outre la notion de règle dans le sport intéresse la philosophie morale sur un autre aspect. Il existe en effet une relation étroite entre l'obligation de respecter la règle et plusieurs autres obligations morales. P. Sarremejane prend l'exemple de sports violents comme le rugby ou la boxe. Frapper ou bousculer quelqu'un au milieu de la rue est contraire aux commandements moraux interdisant d'infliger des douleurs et obligeant d'obéir à la loi. Mais il n'est en revanche pas immoral de commettre de tels actes sur un terrain ou sur un ring, à condition de s'en tenir aux règles. Dans ce cas précis, l'obligation de respecter la règle n'est pas seulement motivée par les injonctions éthiques de probité que sont le *fair-play*, l'*honnêteté* et la *loyauté*, mais par la crainte de porter atteinte à d'autres commandements conduisant à des sanctions juridiques et morales.

¹³⁹ GERT, Bernard. *Common Morality...* *Op. cit.* pp. 47-48.

¹⁴⁰ GERT, Bernard. *Morality: Its nature and justification*. *Op. cit.* p. 202.

a. La considération de la loi par obligation légale générale

732. Gert trouve chez Hobbes de solides raisons pour justifier la règle morale d'obéissance à la loi : « *sauf dans le cas de lois moralement injustifiables, il résulte moins de nuisances si tous suivent le même ensemble de règles régissant leurs interactions que si chaque personne s'en réfère à son propre ensemble de règles* » [nous traduisons]¹⁴¹. De ce point de vue, une loi valide sur le plan légal ne peut être condamnée au niveau moral qu'à la condition de contrarier sans justification un ou plusieurs autres commandements moraux¹⁴². Pour François Sureau ce principe a longtemps été respecté, chacun préférant se compromettre à l'avenir radieux de l'obéissance à la loi plutôt que de s'exposer au chaos de son insoumission. La désobéissance tenait plus d'un comportement révolutionnaire ou pathologique, que d'une volonté commune d'ébranlement de la norme¹⁴³. À divers égards pourtant, cette passive résignation semble aujourd'hui révolue, et les manifestations épisodiques de remise en cause de la loi sont désormais concurrencées par de plus insidieuses stratégies. On prendra ici quelques exemples.

733. Concernant les formes classiques de désobéissance, on pense d'abord aux discussions soulevées par les actes de désobéissance civile ou d'alerte. La désobéissance civile est perçue par Jean L. Cohen et Andrew Arato comme un acte illégal à haute valeur symbolique commis pour persuader l'opinion publique et politique de l'injustice d'une loi ou d'une activité¹⁴⁴. Le mythe d'Antigone en constitue une bonne illustration¹⁴⁵. L'alerte quant à elle, s'érige contre la loi dans le but de dénoncer des actes illégaux ou des comportements nuisibles¹⁴⁶. La célèbre affaire Snowden est emblématique de ce type de pratique¹⁴⁷.

¹⁴¹ GERT, Bernard. *Common Morality... Op. cit.* p. 47.

¹⁴² GERT, Bernard. Le droit de nature. Dans : ROUX, Louis et TRICAUD, François, *Le Pouvoir et le Droit. Hobbes et les fondements de la Loi. Actes du colloque tenu à l'Université Jean Moulin Lyon III, les 17, 18 et 19 mars 1989 pour le quatrième centenaire de la naissance de Hobbes*. Saint-Étienne : Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1992, pp. 43-44.

¹⁴³ F. Sureau convoque à titre d'exemple les cas de résistance face au régime de Vichy ou les manifestations dans l'espace public pour dénoncer certaines injustices sociales ou morales. Cf. SUREAU, François. *Obéissance à la loi ? Pouvoirs*. 2015, Vol. 4, n° 155, p. 75.

¹⁴⁴ COHEN, Jean L. et ARATO, Andrew. *Civil society and political theory*. 4^e éd. Cambridge : MIT Press, 1997. pp. 587-588.

¹⁴⁵ Le désir d'Antigone de donner une digne sépulture à son frère Polynice, tombé en disgrâce sur ordre de Créon pour s'être attaqué à sa propre cité, est en effet particulièrement illustratif d'une critique maîtrisée du pouvoir pour dénoncer les effets d'une loi considérée comme injuste. Cf. BANTIGNY, Ludivine. Le principe d'Antigone. Pour une histoire de la désobéissance en démocratie. *Pouvoirs*. 2015, Vol. 4, n° 155, p. 17. De nombreux autres exemples peuvent aussi être cités. On pense notamment aux multiples cas de désobéissance civile des noirs américains qui ont contribué à la dénonciation du système ségrégationniste aux États-Unis. Cf. MASTOR, Wanda. Désobéir pour être : les Noirs américains. *Pouvoirs*. 2015, Vol. 4, n° 155, pp. 88-89.

¹⁴⁶ Pour Danielle Lochak le lanceur d'alerte « *est celui qui, dans son champs professionnel, constate l'existence d'un danger grave et collectif, et qui, après avoir en vain cherché à faire intervenir ceux qui ont compétence pour le prendre en charge, entre dans des stratégies de résistance au risque de s'attirer des mesures de rétorsion* ». Cf. LOCHAK, Danièle. L'alerte éthique. Entre dénonciation et désobéissance. *AJDA*. 2014, n° 29, p. 2236.

¹⁴⁷ En 2013, l'informaticien Edward Snowden transmet à la presse de nombreux documents relatifs aux pratiques de surveillance massive et systématique des réseaux informatiques par l'agence nationale de sécurité des États-

734. Pour F. Sureau il existe toutefois une atteinte plus informelle au principe d'obéissance à la loi qui consiste en une altération progressive du caractère transcendantal de certaines normes législatives. Lorsque la loi l'oblige, le refus d'un maire de marier des personnes du même sexe ou celui d'un médecin de pratiquer un avortement traduisent une volonté délibérée des acteurs « [d'attendre] *simplement dans l'illégalité que l'illégalité disparaisse par l'effet d'un changement de la loi* »¹⁴⁸. Il ne s'agit plus ici d'une opposition publique à l'injonction d'obéissance à la loi, mais d'une stratégie individuelle visant à faire tomber la norme en désuétude afin d'en atténuer les effets de contrainte.

b. La considération de la loi par habitude coutumière

735. Le terme de coutume est abondamment défini par la littérature juridique¹⁴⁹. Avec Louis Assier-Andrieu on pourrait la considérer comme une forme de contrainte à la croisée de la règle du jeu et de la loi. Comme pour la règle du jeu, la coutume a un caractère obligatoire et entend réguler les interactions humaines. Au même titre que la loi, elle a une vocation générale et acquiert une dimension universelle à force de répétitions. L. Assier-Andrieu y voit ainsi un rapprochement avec la vieille notion de mœurs chère à Pierre Jean Grosley¹⁵⁰ et conçue comme « *une représentation des normes d'organisation des rapports sociaux distincte de la norme légale, opposable à elle tout en lui étant soumise* »¹⁵¹.

736. Dès lors, le respect de la coutume peut être compris comme un commandement dérivé de l'obligation faite aux individus de respecter la loi. Sauf bonne raison, le sujet est donc contraint de s'en tenir aux règles coutumières qui organisent sa vie en société. C'est d'ailleurs autour de la qualité de ces raisons que gravitent les débats moraux questionnant la légitimité de ce type de règle. Les nombreuses polémiques autour des injonctions vestimentaires faites aux femmes en constituent une brillante illustration.

Unis. Bien qu'illégal, cet acte est perçu par Francesca Musiani comme un *puissant catalyseur de l'indignation citoyenne* contre la contrôle généralisé de la population. Cf. MUSIANI, Francesca. Edward Snowden, l'« homme-controverse » de la vie privée sur les réseaux. *Hermès, La Revue*. 2015, Vol. 3, n° 73, p. 209.

¹⁴⁸ SUREAU, François. Obéissance à la loi ? *Op. cit.* p. 76.

¹⁴⁹ Jean Bart cite par exemple la définition donnée par Louis Assier-Andrieu : « *la coutume désigne [...] un ordre implicite, propre à chaque culture, qui se manifeste dans des modèles positifs de comportement ou dans les façons dont le groupe réagit aux conflits qui surviennent en son sein. La coutume, sous ce jour, c'est l'obligation fondamentale qui réalise l'harmonie du groupe* ». Cf. BART, Jean. *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*. 2^e éd. Paris : Montchrestien, 2009. p. 95. On pensera aussi à l'explication de Michel Troper qui considère la coutume comme « *une pratique répétée pendant une certaine durée, et tenue pour obligatoire [qui] donne alors naissance à une règle, selon laquelle il faut se conduire comme on l'a fait jusque-là* ». Cf. TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. *Op. cit.* p. 127.

¹⁵⁰ Contemporain et grand commentateur de Montesquieu, Grosley s'est notamment illustré par un ouvrage sur l'influence des lois sur les mœurs dans lequel il étudie la relation entre ces deux types de normes. Cf. GROSLEY, Pierre-Jean. *De l'influence des lois sur les mœurs, mémoire présenté à la Société royale de Nancy*. Nancy : Hoener, 1757.

¹⁵¹ ASSIER-ANDRIEU, Louis. *Chroniques du juste et du bon*. Paris : Presses de Sciences Po, 2020. pp. 51-52.

737. Une partie des discussions concerne par exemple les dérogations possibles à certaines coutumes religieuses en vertu du respect de la loi. Cette justification est celle invoquée en France pour interdire le port du voile à l'école, ou celui de vêtements dissimulant le visage dans l'espace public. Pour Catherine Le Bris le rejet de ces pratiques s'explique par le refus du droit français « *d'accueillir une coutume étrangère s'il la considère contraire à l'ordre public, c'est-à-dire à la culture* »¹⁵². De ce point de vue, le fait pour une femme de s'opposer à la loi pour privilégier sa propre coutume traduit moins un acte de désobéissance civile qu'une vision différente de la *licéité*. Pour citer encore Catherine Le Bris, « *l'auteur de l'acte transgressif ne s'inscrit pas dans l'anormalité qui caractérise traditionnellement les comportements déviants incriminés par la norme juridique. Son acte relève de la normalité, mais d'une "autre normalité"* »¹⁵³.

738. D'autres discussions prennent par ailleurs le contre-pied de ce type de débat et entendent au contraire condamner certaines libertés vestimentaires en invoquant des raisons coutumières. C'est le cas lorsqu'en 2016, le maire de la commune de Villeneuve-Loubet prend un arrêté pour « *interdire le port de tenues qui manifestent de manière ostensible une appartenance religieuse lors de la baignade* ». Les *bonnes mœurs* et le principe de *laïcité* sont alors invoqués comme des raisons suffisantes pour priver certaines personnes, en l'occurrence des femmes musulmanes, de la possibilité de se vêtir librement¹⁵⁴. C'est encore le cas en 2017 sur une plage de Necochea en Argentine lorsqu'à la suite de la plainte d'un baigneur, trois femmes pratiquant le *topless* sont invitées par la police à se rhabiller ou à quitter les lieux alors même qu'aucune règle ou disposition législative ne les y oblige¹⁵⁵. De nouveau, l'injonction

¹⁵² LE BRIS, Catherine. La contribution du droit à la construction d'un « vivre ensemble » : entre valeurs partagées et diversité culturelle. *Droit et société*. 2016, Vol. 1, n° 92, p. 83.

¹⁵³ *Ibid.* p. 77. En aucun cas on ne cherche ici à justifier ou à décourager ces pratiques. Au gré des discussions, on remarquera que de nombreux arguments d'ordre éthique et moral soutiennent ou condamnent ces comportements. À travers ces deux exemples, on vise plutôt à décrire l'une des formes possibles de conflit susceptible de se former lorsque le sujet est contraint par des obligations morales contradictoires de respect de la loi et de sa propre coutume.

¹⁵⁴ DEGOFFE, Michel. Chronique de droit administratif. *Société, droit et religion*. 2017, Vol. 1, n° 7, p. 173.

¹⁵⁵ BARQUÍN CENDEJAS, Alfonso. El « Tetazo »: La arbitrariedad política de las clasificaciones. *ANDES. Antropología e Historia*. 2019, Vol. 30, n° 1, pp. 18-19. On rappellera à ce sujet l'intéressante réflexion sur le concept de *nudité* publiée en 2016 par Juliette Gaté dans l'*Encyclopédie critique du genre* : « *Les seins des femmes paraissent en effet tout spécialement cristalliser les perceptions genrées en matière de nudité. [...] Dans les sociétés occidentales, seules les poitrines de femmes sont susceptibles d'être considérées comme organes sexuels, mais encore, curieusement, parmi les poitrines de femmes, celles qui sont en mouvement. [...] Le droit et son application semblent en effet montrer que, à rebours des textes évoqués, c'est plutôt lorsque les seins sont exhibés sans connotation sexuelle – ou du moins érotique – que la société les juge, les refusent. Dès lors, les seins d'une femme lascivement étendue sur une serviette de plage ne sont pas constitutifs d'exhibition sexuelle, mais les seins d'une femme jouant au ping-pong sur la plage (Cour de cassation, Chambre criminelle, 22 décembre 1965, n° 65-91 997) ou exhibant sa poitrine pour défendre une cause politique l'ont été en France (Tribunal correctionnel de Paris, 17 décembre 2014, Éloïse Bouton, Femen)* ». Cf. GATÉ, Juliette. *Nudité*. Dans : RENNES, Juliette, *Encyclopédie critique du genre*. Paris : La découverte, 2016, p. 412.

coutumière faite aux femmes de porter certains types de vêtements sur la plage permet de justifier l'atteinte à leurs libertés.

739. En fin de compte, on aura compris que la règle morale positive de Gert selon laquelle chacun est tenu d'obéir à la loi se décline en une obligation de respecter à la fois les normes juridiques et coutumières. Bien qu'elles diffèrent sur la forme, ces deux normes ont en commun de réguler l'ensemble des interactions sociales échappant à l'exercice d'une activité particulière. Néanmoins, cette régulation est souvent l'objet de controverses et suscite de nombreux débats moraux mettant en cause leur légitimité.

740. Conclusion de section. Avant même d'influencer les normes juridiques, les règles morales contribuent à la régulation des conduites nécessaires à la coopération des membres de la communauté. J. Habermas voit dans l'œuvre de Gert l'une des réflexions les plus abouties dans ce domaine. Ce dernier considère en effet que tout jugement moral est systématiquement formulé en fonction de commandements positifs et négatifs qui rassemblent les principes déontologiques utiles aux activités quotidiennes.

741. Les commandements moraux négatifs entendent tout d'abord préserver les libertés de choix et les libertés d'action des individus. Dans cette perspective, les interdictions de tuer, de causer des douleurs ou de provoquer des sensations déplaisantes sont comprises comme des obligations garantissant le libre choix des sujets. Les prohibitions de privation des libertés, des plaisirs ou des capacités de vouloir et d'agir sont quant à elles appréhendées comme des normes de protection des libertés d'action.

742. Cette première catégorie de commandements n'est toutefois efficiente que dans la mesure où d'autres règles contraignent les acteurs à la réalisation de certaines activités. On distingue alors les normes morales de transaction obligeant chacun à tenir des promesses, à se compromettre de manière honnête et à remplir ses devoirs, des normes morales d'interaction, visant le respect des règles et le respect de la loi.

743. Cependant, de l'aveu de Gert lui-même, il semble à première vue impossible d'affirmer le caractère catégorique de ces obligations¹⁵⁶. Ce constat motive alors J. Habermas à voir dans les discussions juridiques un moyen de surmonter cette aporie.

¹⁵⁶ Dans les pages de *Morality : Its nature and justification*, Gert admet que seule une étude empirique englobant l'ensemble des personnes rationnelles permettrait de s'assurer de la valeur universelle de ces commandements. Cf. GERT, Bernard. *Morality: Its nature and justification*. *Op. cit.* pp.160-161. Une telle étude est bien évidemment impossible et incite donc à recourir à d'autres moyens de vérification.

SECTION 2. LA TRANSFORMATION DES RÈGLES EN DROITS FONDAMENTAUX, CONTINGENCES JURIDIQUES UNIVERSELLES

744. Pour J. Habermas, les questions relatives à la justice ne trouvent de réponse impartiale qu'à l'unique condition que l'ensemble des participants à la discussion puissent se prévaloir d'une réflexion menée du seul *point de vue moral*. Or on sait déjà que dans son *Éthique de la discussion*, J. Habermas remet en cause les diverses tentatives entreprises pour atteindre la neutralité de ce point de vue¹⁵⁷. Albrecht Wellmer explique parfaitement les difficultés inhérentes à une telle *opération d'universalisation*. Il s'agit d'une part « de déterminer pour tout un chacun les conséquences et les effets secondaires résultant d'une observation universelle de la norme », et d'autre part « de trouver si tous pourraient accepter sans contrainte les conséquences et les effets secondaires qui en résulteraient pour chacun » [traduction de M. Hunyadi]¹⁵⁸.

745. Pour sortir de l'impasse transcendantale dans laquelle se trouvent Kant et Rawls, J. Habermas propose une relecture discursive de l'impératif catégorique. Il n'est plus question d'imposer une maxime dont on peut vouloir qu'elle soit une loi universelle, mais de mettre cette maxime en discussion afin d'observer si tous peuvent admettre la prétention à l'universalité d'une telle loi¹⁵⁹. J. Habermas voit dans le système juridique le moyen de réussir cette conversion. Il qualifie de *démocratique* le principe selon lequel « seules peuvent prétendre à une validité légitime les lois juridiques qui sont à même, dans un processus d'institution du droit par la discussion ayant lui-même été établi dans une perspective juridique, de trouver l'adhésion de tous les sociétaires juridiques »¹⁶⁰. Le principe démocratique se distingue ainsi du principe moral par la restriction opérée dans le projet de définition des normes d'action. Le principe moral s'applique en effet à l'ensemble des règles de conduite trouvant leur justification dans des raisons morales. Le principe démocratique ne vaut quant à lui que pour les normes juridiques, c'est-à-dire celles

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 139. En effet, on a déjà évoqué plus haut les tentatives infructueuses de Kant et de Rawls pour atteindre ce point de vue. Cf. *Infra.* n°118.

¹⁵⁸ WELLMER, Albrecht. *Ethik und dialogue. Elemente des moralischen urteils bei Kant in der diskursethik*. Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1999. p. 64.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Morale et communication...* *Op. cit.* p. 87. Thomas McCarty parle encore d'un glissement du centre de gravité du point de vue moral. Celui-ci « ne réside plus dans ce que chacun peut souhaiter faire valoir, sans être contredit, comme étant une loi universelle, mais dans ce que tous peuvent reconnaître comme une norme universelle » [traduction C. Bouchindhomme]. Cf. MCCARTY, Thomas. *The critical theory of Jürgen Habermas*. 3^e éd. Cambridge : MIT Press, 1985. p. 326.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 126.

des normes morales que l'on a jugé particulièrement utile de préserver *au fur et à mesure de l'évolution sociale*¹⁶¹.

746. Désormais, le caractère impartial des commandements moraux ne repose plus sur les interprétations monologiques abstraites des membres de la société, mais sur un *processus d'institution du droit* garanti par le principe démocratique. J. Habermas s'en remet ici aux travaux de Klaus Günther pour expliquer les deux grandes étapes de cette procédure. La première consiste en une *discussion de fondation* visant à déterminer si, dans les limites des connaissances de l'ensemble des participants, tous peuvent vouloir que chacun observe les prescriptions de la règle de droit¹⁶². Ce premier débat n'épuise toutefois pas complètement l'idée d'impartialité puisqu'il est impossible à ce stade d'anticiper *la masse future et non prévisible de toutes les circonstances situationnelles* dans lesquelles sera appliquée la norme¹⁶³. Des corrections et des précisions devront donc être apportées au cours d'une *discussion d'application* pour savoir *si et comment* observer la règle en considération d'une situation particulière¹⁶⁴.

747. Le droit chez J. Habermas est donc deux systèmes à la fois¹⁶⁵. En tant que *système symbolique*, il contribue à la fondation d'un *savoir empirique* donnant à la norme sa forme *générale et universelle*¹⁶⁶. En tant que *système d'action*, il accompagne l'application d'un *savoir pratique* inspiré de *la nature même de l'action*¹⁶⁷. Cette dualité explique que l'on puisse considérer qu'à ces deux systèmes correspondent aussi deux niveaux de normes. Ainsi, J. Habermas voit dans la norme constitutionnelle le niveau de

¹⁶¹ *Ibid.* p. 127. On trouve déjà des traces de ce raisonnement dans le premier tome de la *Théorie de l'agir communicationnel*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* pp. 269-270. J. Habermas avait alors convoqué Wolfgang Schluchter pour qui les principes juridiques sont dérivés des principes métajuridiques contenus dans la morale. À travers le prisme du système juridique les principes moraux perdent leur caractère hypothétique et s'autonomisent, sans parvenir toutefois à s'émanciper de leurs fondations extra-juridiques. Cf. SCHLUCHTER, Wolfgang. *The rise of western rationalism. Max Weber's developmental history*. Berkeley : University of California Press, 1981. p. 99. Cette réflexion est encore approfondie dans *Droit et démocratie*. On en citera ici un passage : « *les questions morales et juridiques renvoient aux mêmes problèmes ; il s'agit tout à la fois de savoir comment les relations interpersonnelles peuvent s'ordonner de manière légitime, comment les actions peuvent être coordonnées en fonction de normes justifiées, et comment les conflits pratiques peuvent, sur l'arrière-plan de règles et de principes normatifs reconnus intersubjectivement, être résolus de manière consensuelle. Cela étant, si elles se réfèrent aux mêmes problèmes, elles le font chacune de façon différente. En dépit de leur référence commune, morale et droit se distinguent en premier lieu par le fait que la morale post-traditionnelle ne représente qu'une forme de savoir culturel alors que le droit acquiert en même temps, au plan institutionnel, une force d'obligation* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 122-123.

¹⁶² GÜNTHER, Klaus. *The Sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Albany : State University of New York Press, 1993. p. 37.

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion. Op. cit.* p. 128.

¹⁶⁴ GÜNTHER, Klaus. *The Sense of appropriateness... Op. cit.* p. 38. Yves Cusset apporte un éclairage intéressant concernant la compréhension de ces deux étapes : « *ces deux types de discussions ne se rapportent pas à deux ordres distincts de réalité, mais découpent la rationalité des normes selon une double exigence de légitimité et de cohérence, ou de justesse normative et de consistance herméneutique* ». Cf. CUSSET, Yves. *Habermas. L'espoir de la discussion*. Paris : Michalon, 2001. p. 98.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 123.

¹⁶⁶ SINTOMER, Yves. *La démocratie impossible... Op. cit.* p. 300.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion. Op. cit.* p. 129.

protection des droits fondamentaux formés par interprétation empirique du contenu des règles morales¹⁶⁸, et dans la loi celui de l'application de ces droits à toutes les situations particulières d'action¹⁶⁹.

748. Dès lors, comprendre le processus de transcription des règles morales en règles juridiques incite à étudier les mécanismes d'élaboration communicationnelle de la norme dans chacun de ces deux niveaux. Toutefois, compte tenu du fait que ce travail n'explore que les discussions relatives aux normes constitutionnelles, on ne s'intéressera dans cette seconde section qu'aux seuls droits fondamentaux dérivés des commandements moraux. Dans un premier développement on entendra donc étudier la formation discursive de ce type de droits (I.) avant d'aborder, dans un second temps, les tests d'universalisation permettant l'examen de leur validité (II.).

§ I. LA FONDATION EN RAISON DES DROITS FONDAMENTAUX

749. En 1986, F. Michelman s'intéresse à l'étendue des justifications permettant de fonder les règles de droit et les règles morales. À cette occasion, il propose une définition fonctionnaliste du concept de droit en tant que *relation et pratique sociale* : « *les droits sont des propositions publiques, incluant des obligations envers les autres mais aussi des exigences légitimes à faire valoir contre eux. En apparence du moins, ils sont une forme de coopération sociale* » [traduction de C. Bouchindhomme]¹⁷⁰. Dans un sens proche, J. Habermas considère le droit comme « *un complément de la morale destiné à stabiliser les attentes* »¹⁷¹. Cette fonction première de la norme juridique justifie ainsi la formation de libertés fondamentales permettant aux citoyens de réguler légitimement leurs interactions au sein de la communauté. De telles libertés prennent alors racine dans le terreau abstrait des normes morales et acquièrent peu à peu leur forme juridique concrète par le biais de *mécanismes de production* du droit¹⁷².

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 122.

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 424. J. Habermas appuie cette seconde affirmation en s'inspirant des travaux de Konrad Hesse : « *Le droit constitutionnel assigne au législateur [...] la tâche de traduire le contenu des droits fondamentaux, en le différenciant et en le concrétisant, dans un droit qui engage directement les intéressés [...]. Il lui incombe par principe d'apporter les multiples modifications qui sont nécessaires pour permettre aux droits fondamentaux d'exercer leur influence* » [traduction de R. Rochlitz]. Cf. HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und privatrecht*. Heidelberg : C. F. Müller, 1988. p. 27.

¹⁷⁰ MICHELMAN, Frank I. Justification (and justifiability) of law in a contradictory world. *Nomos*. 1986, n° 28, p. 91.

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 136.

¹⁷² *Ibid.* pp. 135, 139. Édouard Challe fournit en ce sens d'intéressants éléments de compréhension. J. Habermas trouve dans la rationalité communicationnelle un moyen de surmonter la contradiction entre la prétention à l'universalité des règles morales et les contingences *historiques* et *géographiques* qui déterminent le droit positif. Par une *radicale reconstruction du système des droits* structurée autour des garanties procédurales apportées par le principe démocratique, il rend notamment possible la reconnaissance de *droits fondamentaux aux libertés subjectives* et de *prérogatives de l'État providence* au moyen d'une transformation discursive des normes morales

750. À ce stade, il est utile de rappeler la distinction opérée par J. Habermas entre les principes d'*autonomie privée* et d'*autonomie publique* des membres de la société. Dans un article qu'il consacre aux *trois versions de la démocratie libérale*, il associe la première notion à la pensée *libérale* selon laquelle l'autonomie individuelle serait réductible au seul respect des droits de l'Homme, indépendamment de la question de la fondation de ces droits. La seconde, au contraire, appartiendrait à la posture *républicaine* qui ne considère la légitimité de la norme qu'au regard de l'expression populaire de la volonté politique, libérant ainsi le législateur de toute entrave normative d'ordre supérieur¹⁷³. Bien qu'antagoniques, ces principes ne sont toutefois pas irréconciliables et jouent même chez J. Habermas un rôle *co-originaire* dans la formation des normes de droit¹⁷⁴. Les droits fondamentaux qui dérivent des principes moraux visent alors à garantir à la fois l'autonomie privée (A.) et l'autonomie publique (B.) des sujets de droit.

A. LES DROITS À L'EXERCICE ET À LA PROTECTION DES LIBERTÉS DE CHOIX ET D'ACTION, GARANTIES FONDAMENTALES DE L'AUTONOMIE PRIVÉE

751. Dans la perspective de J. Habermas, l'autonomie privée est relative à l'ensemble des libertés négatives dont peut jouir un sujet de droit sans avoir à se justifier, c'est-à-dire sans devoir prouver la légitimité de son activité en invoquant des *raisons publiquement acceptables*. Sous ce principe sont ainsi rassemblés tous les droits subjectifs politiquement autonomes et moralement catégoriques qui échappent aux exigences de *concessions réciproques* propres à la rationalité communicationnelle¹⁷⁵. Ces libertés ne trouvent alors de protection efficace qu'à travers la consécration constitutionnelle de trois principes fondamentaux visant d'une part à reconnaître le droit personnel à *l'étendue la plus large possible* de ses

en normes juridiques. Cf. CHALLE, Édouard. Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit. *Le Philosophoire*. 1999, Vol. 3, n° 9, p. 198.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. Trois versions de la démocratie libérale. *Le Débat*. 2003, Vol. 3, n° 125, p. 127. L'auteur ne fait ici qu'un rapide résumé de deux concepts largement développés par ailleurs. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 100-120.

¹⁷⁴ « Les citoyens ne peuvent faire un usage adéquat de leur autonomie publique garantie par des droits politiques que s'ils sont suffisamment indépendants, et ce parce que la possibilité leur est garantie de tous jouir d'une égale autonomie privée, laquelle leur permet de mener leur vie comme ils l'entendent. Mais, de la même manière, les membres de la société ne peuvent jouir dans l'égalité de leur égale autonomie privée – dès lors qu'elles sont également réparties, les libertés pratiques subjectives ont pour eux la "même valeur" – que s'ils font, en tant que citoyens, un usage adéquat de leur autonomie politique ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Trois versions de la démocratie libérale. Op. cit.* p. 127. La question du rapport de réciprocité entre autonomie publique et autonomie privée a été explorée dans de multiples travaux de J. Habermas. Il y consacre notamment plusieurs pages dans *Droit et démocratie*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 100-120. Il y revient encore dans ses essais de théorie politique sur *L'intégration républicaine*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*. Paris : Fayard, 1998. pp. 275-286.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 137. On retrouve ici la conception de la norme morale dans sa forme la plus pure, celle d'une règle absolue et universelle, hermétique à toute forme de compromis. Cela ne l'empêche pas pour autant de faire l'objet d'aménagements au cours des discussions d'application.

libertés subjectives d'action, et d'autre part à conférer aux sujets le *statut de membre* et la *protection juridique* utiles à la préservation de leur autonomie¹⁷⁶.

752. Ainsi, pour éclairer la nature des discussions morales inhérentes à la fondation juridique de ces principes fondamentaux, ce premier paragraphe s'intéressera successivement aux débats normatifs portant sur le droit d'exercice des libertés d'action et à ceux traitant des garanties requises pour permettre la réalisation effective de ces activités.

1. *Les droits fondamentaux à l'exercice des libertés privées*

753. La perspective d'une fondation communicationnelle des règles déontologiques de vie en communauté ne permet pas de concevoir les droits subjectifs comme des moyens donnés aux individus de s'opposer les uns aux autres dans un *esprit possessif*, mais leur fournit au contraire une opportunité de collaborer pour se reconnaître mutuellement en tant que *sociétaires juridiques libres et égaux*. Des droits fondamentaux tels que la *dignité de l'Homme*, le *droit à la vie*, la *liberté de choisir sa profession*, ou *l'inviolabilité du domicile* sont de ce point de vue compris comme des manifestations juridiques du droit universel à des *libertés subjectives égales pour tous*¹⁷⁷ dérivées des principes moraux régulant les conduites sociales.

754. Étudier les discours sur la fondation de ces droits fondamentaux revient donc à appliquer aux discussions constitutionnelles la distinction de Gert entre les règles négatives protégeant la liberté de choix et celles protégeant les libertés d'action.

a. Les droits fondamentaux garants de la liberté de choix

755. Les premiers commandements moraux négatifs de Gert entendent, on le sait, préserver les individus des altérations partielles ou définitives de leurs libertés de choix¹⁷⁸. Privés de libre arbitre, les sujets sont incapables d'honorer ou d'être protégés par les autres commandements moraux. Cette obligation est donc un préalable nécessaire au respect de toutes les autres règles morales.

756. Dès lors, il n'est pas étonnant de constater que de nombreuses Constitutions intègrent ces injonctions morales à leurs catalogues des droits fondamentaux. C'est d'ailleurs ce qu'observe R.

¹⁷⁶ *Ibid.* pp. 139-140.

¹⁷⁷ *Ibid.* pp. 104, 143.

¹⁷⁸ *Cf. Infra.* n° 651.

Gargarella à travers la révision de la Constitution argentine de 1994 qui œuvre à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle des droits de l'Homme contenus dans plusieurs traités internationaux¹⁷⁹.

757. Parmi les libertés consacrées par ces traités figure notamment le *droit à la vie*¹⁸⁰ qui coïncide avec la prohibition morale de privation de conscience. L'examen des discussions de fondation relatives à l'intégration de cette nouvelle norme dans la Constitution illustre bien l'intention des représentants de la Convention constituante d'appréhender les différentes dimensions de ce droit de la manière la plus large possible. Ceci explique qu'une partie du débat ait notamment été focalisée sur la notion de vie. Si la volonté de protection de la vie fait en effet consensus chez tous les conventionnels, tous ne sont cependant pas d'accord sur la définition même de ce droit.

758. Le droit à la vie est consacré par l'article 4.1 du Pacte de San José qui reconnaît que « *toute personne a le droit au respect de sa vie* », celui-ci étant « *protégé par la loi et, en général, à partir du moment de la conception* » [nous traduisons]¹⁸¹. L'intégration de l'article ainsi rédigé dans la Constitution argentine met en exergue une divergence de point de vue d'ordre sémantique qui met à nu l'antagonisme éthique sous-jacent entre les membres de la discussion concernant le concept de personne. Pour une partie des interlocuteurs, cet article doit faire l'objet d'une interprétation substantielle visant à renforcer la protection du droit à la vie en général¹⁸². D'autres, au contraire, dénoncent l'ambivalence rédactionnelle de la seconde partie du texte et anticipent une interprétation de ce droit contraire à leurs valeurs au cours des discussions d'application¹⁸³.

759. Dans un cas comme dans l'autre, les représentants de la Convention convoquent leur propres valeurs et leur propres connaissances pour discuter de la pertinence d'insérer cet article en considération des conséquences probables de ses effets sur les conduites individuelles. Ils contribuent ainsi à la fondation d'une règle générale dont l'applicabilité aux cas particuliers devra ensuite être précisée par le législateur.

¹⁷⁹ R. Gargarella remarque notamment la haute valeur symbolique que représente l'intégration constitutionnelle de ces traités. Par cette manœuvre le constituant entend transformer des droits moraux *essentiellement superstructurels* en droits juridiques opposables. Cf. GARGARELLA, Roberto. 30 años de derechos humanos en la Argentina (1983-2013). *Revista SAAP*. 2013, Vol. 7, n° 2, p. 290.

¹⁸⁰ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2832.

¹⁸¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Traité multilatéral. San José : Secretaría de Asuntos Jurídicos del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 22 novembre 1969. p. 2.

¹⁸² CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2833.

¹⁸³ *Ibid.* p. 2909.

b. Les droits fondamentaux garants de la liberté d'action

760. Les principes moraux garants de la liberté d'action rassemblent toutes les normes de conduite permettant de prévenir les privations de libertés et de plaisirs ainsi que celles limitant les capacités d'agir et de vouloir. De même que pour les commandements garants de la liberté de choix, la valeur morale de ces principes se trouve souvent renforcée par leur reconnaissance juridique en tant que droits fondamentaux. La révision argentine de 1994 apporte là-encore d'intéressantes illustrations.

761. Un premier exemple de discussion inhérente à la protection des libertés d'action peut être trouvé dans la volonté du constituant de 1994 de conférer une valeur constitutionnelle à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée lors de l'Assemblée générale des Nations unies le 18 décembre 1979¹⁸⁴. Au cours du débat, les conventionnels s'accordent sur le principe moral général visant à ne pas priver les femmes de leur capacité d'agir et de leur capacité de vouloir. Pour autant, certains redoutent que l'inclusion de cette Convention ne favorise le développement d'une législation anarchique et contraire aux mœurs de la société¹⁸⁵. Le rejet du texte est alors motivé par l'anticipation des conséquences supposées que le droit fondamental à la non-discrimination pourrait induire au cours des discussions d'application.

762. L'inclusion du *droit de réponse* par reconnaissance de la valeur constitutionnelle du Pacte de San José apporte encore un exemple similaire. À travers une telle norme, la Convention interaméricaine des droits de l'Homme entend renforcer le principe de libre expression en permettant à toute personne victime de la diffusion publique d'une information calomnieuse ou infamante d'apporter, par le même canal d'information et dans le respect de la loi, les corrections qu'elle juge nécessaires¹⁸⁶. Dans ce cas, la discussion de fondation de ce droit est alimentée par les craintes de plusieurs membres de la Convention de voir cette règle de conduite contrarier le principe de liberté de la presse¹⁸⁷. De nouveau, les critiques au

¹⁸⁴ RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela. *Fascículo 6. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*. 2^e éd. México (DF) : Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015. p. 16.

¹⁸⁵ Les plus radicaux vont jusqu'à prophétiser un véritable *Mengele sociologique* qui entendrait imposer par la force certains *patrons socioculturels de conduite* sur le modèle des politiques criminelles hitlériennes et staliniennes. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2899.

¹⁸⁶ BOUZAT, Gabriel. Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 1989, Vol. 2, n° 3, p. 93. Dans une perspective proche de celle du rationalisme habermassien, Gabriel Bouzat considère en outre ce droit comme « un mécanisme institutionnel neutre qui promeut et canalise le caractère argumentatif et critique de la rationalité pratique » [nous traduisons]. Cf. *Ibid.* p. 99.

¹⁸⁷ Il est par exemple reproché au droit de réponse de porter atteinte à la liberté de la presse en contraignant les espaces médiatiques de diffusion à accorder systématiquement le même temps de parole aux propos des journalistes et aux réponses des personnes mentionnées. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2898.

sujet de l'intégration de ce droit dans la Constitution se fondent sur l'anticipation de ses effets sur l'œuvre du législateur.

763. Dans un cas comme dans l'autre, et de la même manière que pour la liberté de choix, on observe donc que les commandements moraux prohibant les privations de liberté d'action sont intégrés au droit par la consécration constitutionnelle des traités internationaux. Lors de la révision de 1994, les débats relatifs à leur fondation ont pu occasionner des échanges d'arguments visant à encadrer les nouveaux droits fondamentaux de manière à appréhender avec la plus grande justesse possible les conséquences attendues lors de l'application de ces règles.

764. Toutefois, ces droits ne constituent qu'une partie des garanties juridiques apportées à l'autonomie privée de la personne. Reste donc à examiner l'étendue des débats concernant les droits fondamentaux indispensables à la protection effective des libertés d'action.

2. *Les droits fondamentaux à la protection des libertés privées*

765. Pour J. Habermas, il ne fait aucun doute que la reconnaissance des libertés d'action des membres de la communauté ne peut être assurée qu'en corrélation avec *au moins* deux autres droits fondamentaux inhérents à la protection efficiente de ces libertés. Le premier résulte « *du développement politiquement autonome, du statut de membre dans une association volontaire de sociétés juridiques* ». Il rassemble par exemple les normes régissant le droit d'asile, l'extradition ou le statut de citoyen. Le second concerne « *l'exigibilité des droits et [le] développement politiquement autonome, de la protection juridique individuelle* ». On pense alors aux *garanties procédurales* de non-rétroactivité et d'indépendance de la justice ou à l'application du principe *non bis in idem* pour juger des crimes et délits¹⁸⁸.

766. Les discussions normatives relatives à ces questions ne sont pas étrangères aux processus constituants étudiés dans ce travail. Ce qui va suivre permettra d'apporter plusieurs commentaires à ce sujet.

a. Les droits fondamentaux à la reconnaissance du statut de sociétaire juridique

767. Au sein d'une communauté de vie¹⁸⁹, les individus ne sont disposés à abandonner aux pouvoirs publics leur *monopole de contrainte légitime* en matière de protection de leurs libertés qu'à la seule

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. pp. 139-140, 143.

¹⁸⁹ J. Habermas insiste sur ce point : « *tout monopole sur la force existant sur terre, serait-il celui dont disposerait un gouvernement mondial, est une grandeur finie – qui reste provinciale comparé à ce que sont l'avenir et l'univers* ». Cf. *Ibid.* p. 142.

condition d'être reconnus comme des membres à part entière du groupe social. Toute *association de sociétés juridiques* ayant la prétention d'exercer ce monopole est alors tenue de fixer les limites d'exercice de cette prérogative en établissant les droits d'appartenance permettant de distinguer les *membres* et les *non-membres* de la communauté. En ce qui concerne ce travail de recherche, on s'intéresse avec J. Habermas au statut particulier du citoyen¹⁹⁰, garanti par les droits fondamentaux d'appartenance nationale régis par la Constitution¹⁹¹.

768. La révision constitutionnelle française de 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes apporte un exemple intéressant de discussion sur le renforcement du statut de membre de la communauté. En reconnaissant l'insuffisante participation des femmes à *la vie publique* et à ses *institutions*, la loi constitutionnelle de 1999 entend « *promouvoir par des mesures appropriées l'objectif de parité entre les femmes et les hommes* »¹⁹². Elle prévoit ainsi de compléter l'article 3 de la Constitution par un nouvel alinéa disposant que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et aux*

¹⁹⁰ Ces premiers éléments de réflexion font indéniablement émerger certaines critiques. En effet, en ayant recours à la notion de *citoyen*, J. Habermas propose une définition pour le moins restreinte du statut de membre de la communauté nationale : est membre tout sociétaire juridique pourvu des droits spécifiques de la citoyenneté et acceptant de renoncer à faire usage de la violence pour protéger ses libertés. Ce faisant, il n'éclaire pas le cas des étrangers présents sur le territoire national, ni celui des sujets privés de prérogatives politiques, soit qu'ils n'en aient pas l'âge légal, soit qu'ils en soient rendus incapables par la loi. Concernant les premiers, D. Lochak observe que « *dans le cadre de l'État-nation, le citoyen, présumé titulaire d'une parcelle de la souveraineté nationale, doit être membre de la nation, ce qui exclut ipso facto les étrangers des prérogatives attachées à la citoyenneté* ». Cf. LOCHAK, Danièle. Faire bouger les frontières de la citoyenneté : un combat voué à l'échec ? Dans : PERREAU, Bruno et SCOTT, Joan W, *Les défis de la République. Genre, territoires, citoyenneté*. Paris : Presses de Sciences Po, 2017, p. 58. Or en suivant le raisonnement de J. Habermas, seuls les citoyens, en tant que membres statutaires de la communauté nationale, pourraient se voir reconnaître le droit à une protection juridique effective. Les non-membres en seraient donc privés. J. Habermas répond toutefois partiellement à cette remarque en considérant qu'il revient à la communauté internationale de reconnaître le statut juridique des étrangers afin de contraindre les États à assurer leur protection. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 143. La seconde critique est plus préoccupante. J. Habermas n'apporte à première vue aucune réponse au sujet de la protection des sociétés juridiques ne jouissant pas de droits politiques. On est ici fondé à considérer qu'il opte pour une lecture kantienne de la notion de citoyenneté qui place côte à côte les citoyens actifs capables de prendre part aux activités politiques, et les citoyens passifs ayant vocation à passer à plus ou moins long terme de la *condition passive* à la *condition active*. Cf. KANT, Emmanuel. *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit (première partie de la métaphysique des mœurs), suivis d'un essai philosophique sur la paix perpétuelle, et d'autres petits écrits relatifs au droit naturel*. Paris : Auguste Durand, 1853. p. 178. Ces personnes étant vouées à exercer leurs droits politiques, elles doivent par conséquent jouir comme les premières du droit à une protection juridique effective. Reste le cas des individus dépourvus définitivement de leurs moyens d'actions politiques. Ceux-là auront un statut proche de ceux des étrangers et seront assurés d'une protection en vertu du droit international.

¹⁹¹ On pourrait aussi être tenté de voir dans le texte de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen la reconnaissance de droits politiques. Catherine Colliot-Thélène n'est toutefois pas de cet avis. La Déclaration ne considère pas les droits politiques des membres de la communauté nationale mais affirme un *droit à la politique* qui prend la forme d'une obligation indéterminée faite à l'État d'organiser la participation politique des gouvernés. C'est donc bien à la Constitution et à la Loi qu'incombe le devoir d'organiser ces droits et d'offrir aux citoyens la protection juridique qui leur est due. Cf. AUBERT, Isabelle. Entretien avec Catherine Colliot-Thélène. *Le Philosophoire*. 2020, Vol. 1, n° 53, p. 20.

¹⁹² JOSPIN, Lionel et GUIGOU, Élisabeth. *Projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes... Op. cit.* p. 2.

fonctions »¹⁹³. Anticipant les effets possibles de cette révision, un député avait alors proposé d'amender cette rédaction en prévoyant la parité des candidatures dans les scrutins de liste. Cette proposition n'avait toutefois pas été retenue. On avait considéré qu'un tel amendement n'avait pas sa place dans les discussions de fondation visant à établir la parité de manière générale, mais qu'il serait par contre opportun d'aborder cette question au cours de discussions d'application¹⁹⁴.

b. Les droits fondamentaux à une protection juridique effective

769. La reconnaissance du statut des sociétés juridiques ne suffit pas à garantir la protection effective de leurs libertés d'action. Si les individus acceptent de transférer à l'État le monopole d'exercice de la force contraignante, alors ces derniers doivent pouvoir faire librement usage de leurs *prérogatives à porter plainte* pour faire valoir leurs droits devant des tribunaux *indépendants* et *efficaces*. Autrement dit, il incombe au droit d'apporter « *la garantie des recours juridiques par lesquels chaque personne qui se sent lésée dans ses droits peut faire valoir ses revendications* »¹⁹⁵.

770. En France, le phénomène de renforcement progressif des mécanismes de garantie des droits a notamment été étudié par J. Chevallier¹⁹⁶. Les développements les plus récents concernent la création d'autorités administratives indépendantes qui culmine avec la consécration constitutionnelle du *Défenseur des droits*¹⁹⁷. La révision de 2008 prévoit en effet d'insérer dans la Constitution un nouvel article disposant que « *toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public peut, dans les conditions et sous les réserves prévues par la loi organique, adresser une réclamation au Défenseur des droits des citoyens* »¹⁹⁸.

¹⁹³ *Ibid.* p. 3.

¹⁹⁴ TASCIA, Catherine. *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°985) relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes*. Rapport n°1240. Paris : Assemblée nationale, 1998. p. 95.

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 142.

¹⁹⁶ Pour J. Chevallier, il convient de distinguer en ce sens deux dynamiques. La première correspond à l'approche traditionnelle d'un renforcement de la figure du juge, et en particulier de celle du juge constitutionnel, érigé en rempart de la garantie des droits dont il assure la *protection contre la loi elle-même*. La seconde plus récente, correspond au développement de *moyens de protection souples* et indépendants des juridictions afin de pallier les lacunes des procédures juridictionnelles ordinaires. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *État des droits versus État de droit ?* Dans : BAUDOT, Pierre-Yves et REVILLARD, Anne, *L'État des droits. Politique des droits et pratiques des institutions*. Paris : Presses de Sciences Po, 2015, p. 251.

¹⁹⁷ Afin d'éclairer les avantages que représente la possibilité de saisine du Défenseur des droits, on pourra se reporter à un article de Lucie Cluzel-Métayer paru en 2011 dans la *Revue française d'administration publique*. Le Défenseur des droits explique-t-elle, « *peut, d'une part, être saisi directement par les personnes lésées, sans qu'aucun filtre ne vienne entraver la procédure ; il peut, d'autre part, se saisir d'office* ». Cf. CLUZEL-MÉTAYER, Lucie. *Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits*. *Revue française d'administration publique*. 2011, Vol. 3, n° 139, p. 449.

¹⁹⁸ FILLON, François et DATI, Rachida. FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République... Op. cit.* p. 26.

771. Les discussions morales relatives à la fondation de cet article font globalement consensus quant à l'utilité de la création de ce nouvel organe. En offrant aux justiciables la possibilité de faire valoir leurs droits, cette norme renforce en effet le droit fondamental à une protection juridique effective. Néanmoins, on observe certaines dissensions au sujet de la dénomination de *Défenseur des droits des citoyens*. Certains députés s'inquiètent en effet d'une possible confusion entre le titre de la fonction et les compétences réelles de l'autorité administrative indépendante susceptibles de porter préjudice aux individus non-membres de la communauté¹⁹⁹. Ils anticipent de ce fait les questions amenées à être débattues au cours des discussions d'application.

772. Ainsi, à travers l'examen des discussions visant à l'intégration constitutionnelle des principes moraux négatifs, on aura saisi comment le constituant concourt à la fondation des droits fondamentaux garants de l'autonomie privée des membres de la communauté. Ces droits permettent d'une part la reconnaissance des libertés subjectives d'action qui fondent l'autonomie individuelle, et concrétisent d'autre part la protection juridique effective des sujets en cas d'atteinte à ces libertés.

773. Toutefois à ce stade, rien ne permet encore d'expliquer ce qui permet d'arbitrer la fondation et la distribution équitable de ces droits. C'est sans doute cette intuition qui pousse J. Habermas à aborder le champ des droits fondamentaux garants de l'autonomie publique. Le paragraphe à venir se propose d'en explorer les différentes dimensions.

B. LES DROITS DE PARTICIPATION AUX ACTIVITÉS POLITIQUES ET SOCIALES, GARANTIES FONDAMENTALES DE L'AUTONOMIE PUBLIQUE

774. À la différence du libéralisme politique radical, J. Habermas ne donne aucun crédit à la théorie essentialiste des droits fondamentaux. Les libertés individuelles ne dérivent pas du droit naturel mais de l'expression communicationnelle de la volonté politique des membres de la communauté. Pour Dominique Terré, cette posture volontariste ne permet plus de concevoir seulement la Constitution comme un moyen de régulation des rapports entre l'État et les citoyens. Elle est aussi un outil de définition des procédures par lesquelles « *les citoyens, en exerçant leur droit à l'autodétermination, sont en mesure de poursuivre, de manière coopérative et prometteuse, le projet de créer des conditions de vie justes* »²⁰⁰.

¹⁹⁹ Le député Christian Vanneste remarque en ce sens que cette dénomination restreint la mission réelle du Défenseur des droits dont l'objet est d'assurer non seulement la protection des droits des citoyens, mais aussi celle de toutes les personnes présentes sur le territoire national. Il préconise ainsi de faire évoluer le titre de la fonction en ayant recours à une notion plus englobante. Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIIe Législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 175e séance - 2e séance du jeudi 29 mai 2008 - Compte rendu intégral. *JORF A.N.* (C.R.). Mai 2008, Vol. 2, n° 41, p. 2710.

²⁰⁰ TERRÉ, Dominique. *Les questions morales du droit*. Op. cit. p. 162.

775. Ce changement de paradigme, J. Habermas le justifie à travers une relecture de l'impératif catégorique kantien. La maxime selon laquelle une activité n'est juste que si l'on peut vouloir qu'elle devienne en même temps une loi universelle ne permet en effet de reconnaître les libertés subjectives individuelles que dans la mesure où celles-ci sont également bonnes pour tous²⁰¹. De ce point de vue, la fondation des normes de droit apparaît comme un processus endogène aux jugements moraux des membres de la communauté dont l'autonomie publique facilite l'intercompréhension des lois auxquelles chacun est soumis²⁰².

776. Comprendre le sens des discussions morales contribuant à la formulation des droits fondamentaux garants de cette autonomie est alors primordial pour apprécier les normes déontologiques de la Constitution dans leur globalité. Ce second paragraphe porte l'ambition d'une telle analyse.

1. Les droits fondamentaux de la participation politique

777. Avec J. Habermas, on comprend les droits fondamentaux de la participation politique comme les droits « à participer à chances égales aux processus de formation de l'opinion et de la volonté » à travers l'institutionnalisation de moyens de délibération et de décision visant à légitimer les résultats du processus de discussion²⁰³. Sous cette perspective, on retrouve en arrière-plan l'inspiration de commandements moraux positifs qui font peser sur l'État l'obligation de mettre à disposition des citoyens les outils juridiques utiles à leur participation politique.

778. Ce premier point entendra donc étudier les discussions de fondation de ces différents outils à travers l'étude successive des droits fondamentaux de délibération et de décision.

a. Les droits fondamentaux de participation aux processus de délibération

779. En démocratie, la fondation ou le renforcement des droits politiques fondamentaux de participation des sociétaires juridiques aux processus de délibération dérive d'une obligation morale de transaction visant à contraindre l'État à satisfaire les engagements informels de respect de la souveraineté

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 137. L'hypothèse d'une fondation inégale des libertés individuelles est absolument antinomique avec le principe d'universalisme de la volonté propre à la morale kantienne. On ne peut en effet s'attribuer un droit de manière exclusive et vouloir en même temps que ce droit soit érigé en loi universelle.

²⁰² RAWLS, John et HABERMAS, Jürgen. *Débat sur la justice politique.* Op. cit. p. 46. Pour parer à toute confusion, J. Habermas rappelle en outre que la reconnaissance des droits politiques se démarque de la reconnaissance du statut de sociétaire juridique en ce que la première organise la souveraineté du législateur tandis que la seconde rend seulement possible l'exercice de cette souveraineté. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 146.

²⁰³ *Ibid.* pp. 140-145.

du peuple²⁰⁴. Les discussions relatives à l'inclusion d'un mécanisme de consultation populaire non contraignant lors de la révision constitutionnelle argentine de 1994²⁰⁵ apportent une illustration intéressante d'un tel renforcement.

780. Dans sa version définitive, le deuxième alinéa de l'article 40 de la Constitution confère au Congrès et au Président de la République le pouvoir de réclamer l'organisation de consultations populaires de portée non contraignante. Or cette disposition ne fut pas unanimement acceptée par les membres de la Convention. Certains opposants au texte ont pu notamment s'inquiéter de laisser à l'exécutif la possibilité de faire usage de cet outil dans des situations *d'extrême urgence*²⁰⁶ afin de dépasser toute forme de contestation parlementaire²⁰⁷. Cette observation anticipe ainsi les effets délétères de la faculté de saisine gouvernementale dans le renforcement des droits de participation du peuple et de ses représentants. La consécration du référendum sous cette forme renforce certes le pouvoir populaire de décision, mais elle prive en contrepartie le Congrès de toute possibilité de délibération générale et contradictoire sur le sujet soumis au vote.

781. Les détracteurs de la disposition constitutionnelle craignent ainsi que les projets de consultation populaire, lorsqu'ils sont commandés par l'exécutif, se meuvent en plébiscites visant à renforcer l'autorité du pouvoir en place au détriment des droits de participation des représentants du peuple²⁰⁸.

²⁰⁴ On repense ici à un passage du *Contrat social* de Jean-Jacques Rousseau : « *le corps politique ou le Souverain, ne tirant son être que de la sainteté du contrat ne peut jamais s'obliger, même envers autrui, à rien qui déroge à cet acte primitif, comme d'aliéner quelque portion de lui-même ou de se soumettre à un autre Souverain. Violent l'acte par lequel il existe serait s'anéantir, et ce qui n'est rien ne produit rien. [...] Ainsi le devoir et l'intérêt obligent également les deux parties contractantes à s'entraider mutuellement, et les mêmes hommes doivent chercher à réunir sous ce double rapport tous les avantages qui en dépendent* ». Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris : Flammarion, 2001. p. 55. Cette idée d'entraide mutuelle empêche la remise en cause du pacte social et impose donc aux partenaires du contrat de mettre en œuvre les moyens utiles à la bonne gouvernance de l'État de droit démocratique.

²⁰⁵ LISSIDINI, Alicia. *Democracia directa en Latinoamérica...* Op. cit. p. 69.

²⁰⁶ On pense notamment à l'exemple déjà cité du référendum convoqué par le Président Raúl Alfonsín relatif au *Traité de paix et d'amitié* signé entre le Chili et l'Argentine au sujet de la délimitation de la zone frontalière entourant le canal de Beagle. Cf. MÍGUEZ, María Cecilia. *El Canal Beagle y consulta popular en 1984*. Op. cit. p. 79.

²⁰⁷ On pourra ici rappeler les propos tenus par Enrique Gustavo Cardesa, représentant à la convention pour la province de Buenos Aires: « *La meilleure manière de réclamer une consultation populaire est d'envoyer un projet de loi au Congrès, ce qui n'est évidemment pas interdit au pouvoir exécutif. Pourquoi affirmons-nous qu'il s'agit du meilleur mécanisme ? Parce que dans le Congrès se trouve représenté le peuple dans sa pluralité, garantissant ainsi un débat horizontal et les temps nécessaires de réflexion que méritent les propositions soumises à la consultation populaire* » [nous traduisons]. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 17^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 26 juillet 1994, p. 2025.

²⁰⁸ L'ampleur de cette possibilité sera toutefois relativisée par les discussions d'application de l'article 40. Daniel Zovatto montre par exemple que dans le cas d'une consultation populaire réclamée par le pouvoir exécutif, le référendum ne peut être organisé qu'à l'issue d'un décret signé par l'ensemble des ministres. En outre, les résultats de ce référendum ne pourront pas contraindre la promulgation du projet de loi en discussion. Cf. ZOVATTO, Daniel. *Las instituciones de la democracia directa*. *Revista de derecho electoral*. 2015, n° 20, pp. 39-40.

b. Les droits fondamentaux de participation aux processus de décision

782. De la même manière que pour les règles visant à renforcer la contribution des sociétés juridiques aux activités politiques, les droits fondamentaux de participation aux processus de décision dérivent de l'obligation morale faite à l'État démocratique de favoriser l'autonomie politique des membres de la communauté. Toutefois, à la différence des premières, ce second type de norme entend permettre aux acteurs non pas de participer mais de décider de l'issue d'une discussion de manière définitive.

783. Dans un article consacré à l'analyse des mécanismes de démocratie directe dans le droit argentin, José Guillermo García s'interroge en ce sens sur les qualités attendues d'un outil efficace de prise de décision par l'ensemble des citoyens. Les *mécanismes de démocratie directe* ne sont pour lui véritablement efficaces qu'à la condition de rassembler trois qualités essentielles²⁰⁹ : que l'initiative de la participation puisse venir des citoyens eux-mêmes, que la décision prise soit dotée d'une force contraignante, et que le sujet abordé ne puisse pas faire l'objet de délibérations ultérieures par les différents pouvoirs étatiques.

784. Ces qualités se retrouvent partiellement dans les articles 39 et 40 de la Constitution de 1994. L'article 39 offre aux citoyens la possibilité de réclamer par voie de pétition l'examen de tout projet de loi ne relevant pas du domaine du droit international, du droit constitutionnel, du droit des finances publiques ou du droit pénal. L'alinéa premier de l'article 40 autorise par ailleurs la Chambre des députés du Congrès à soumettre au référendum l'ensemble des projets de loi, exception faite de ceux faisant l'objet d'une régulation constitutionnelle spécifique. La décision prise à l'issue de ce type de consultation est considérée comme définitive et, en cas de vote positif, aucun veto ne saurait empêcher la promulgation de la loi²¹⁰.

785. Au cours des discussions de fondation de ces deux articles, certains représentants de la Convention constituante avaient toutefois remarqué qu'une telle rédaction contrariait les exigences de la démocratie directe. Dans le cas de l'article 39, l'initiative populaire est respectée mais rien n'oblige le Congrès à donner suite au projet de loi²¹¹. Concernant l'article 40, les citoyens sont en mesure de formuler une décision contraignante mais sont dépourvus de l'initiative de convoquer eux-mêmes le référendum²¹².

²⁰⁹ GARCÍA, José Guillermo. Los mecanismos de democracia directa como procedimientos institucionales de participación ciudadana en Argentina. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*. 2009, Vol. 51, n° 205, p. 87.

²¹⁰ ZOVATTO, Daniel. Las instituciones de la democracia directa. *Op. cit.* p. 40.

²¹¹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 17ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2075.

²¹² Cette dimension a fait l'objet d'une analyse particulière par Francisco Soto Barrientos qui observe cette problématique non seulement en Argentine mais aussi dans de nombreux États latinoaméricains. Cf. SOTO BARRIENTOS, Francisco. El referéndum en Latinoamérica: un análisis desde el derecho comparado. *Boletín Mexicano de derecho comparado*. 2013, n° 136, pp. 317-346.

Afin d'anticiper les limites de l'application de ces deux articles, il avait alors été proposé d'enrichir la rédaction de chaque disposition des qualités nécessaires à un véritable exercice direct de l'autonomie politique²¹³.

786. Ainsi, par l'examen des droits fondamentaux de participation aux processus de délibération et de décision aura été expliqué comment les discussions de fondation des normes constitutionnelles concourent à la formation de l'autonomie publique des sociétés juridiques. Dans les sociétés démocratiques, de telles discussions sont motivées par l'obligation morale de respect mutuel des engagements informels pris entre l'État et l'ensemble des sociétés juridiques.

787. Cependant, la mise en place de ces libertés fondamentales d'exercice de l'autonomie publique ne permet pas de garantir la participation réelle des membres de la communauté aux activités politiques. Bien que les outils existent, il n'est pas certain en effet que tous les individus dotés de droits politiques puissent prendre une part active aux processus démocratiques de délibération et de décision. D'autres droits fondamentaux sont donc requis pour assurer le succès de cette participation.

2. Les droits fondamentaux de la participation sociale

788. L'ultime catégorie de normes déontologiques utiles au respect de l'autonomie individuelle intègre les « droits fondamentaux à l'octroi de conditions de vie qui soient assurés au niveau social, technique et écologique, dans la mesure où cela peut s'avérer nécessaire, dans des conditions données, à la jouissance à égalité de chances des droits civiques »²¹⁴. J. Habermas justifie la consécration constitutionnelle de tels droits pour des raisons d'efficacité. Les libertés protégeant l'autonomie privée et publique des sociétés juridiques ne sont socialement efficaces que dans la mesure où tous les sujets sont susceptibles d'en ressentir les effets. Or la compétence à mobiliser le droit varie selon le niveau d'instruction, l'âge, le sexe, ou l'origine sociale des individus de sorte que personne ne puisse jouir à part égale de ses libertés²¹⁵. Cette injustice motive l'existence de droits fondamentaux visant à consolider les conditions individuelles d'existence²¹⁶ de manière à permettre à tous de faire valoir leurs droits.

²¹³ Cette position avait notamment été tenue par Iván José María Cullen, représentant à la Convention pour la province de Santa Fe. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 17^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2076.

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 140.

²¹⁵ *Ibid.* p. 438.

²¹⁶ C'est en tous cas le sens que l'on donne à l'idée de *protection juridique compensatoire* invoquée par J. Habermas pour justifier l'inclusion dans la Constitution de ce dernier type de droit fondamental.

789. Dans ce qui va suivre, on se proposera donc d'analyser les discussions relatives à la fondation de ces normes dans la Constitution en prenant soin de distinguer les droits à une égale distribution des choses des droits à une égale distribution des opportunités.

a. Les droits fondamentaux à une égale distribution des choses

790. J. Habermas qualifie de *droits d'intéressement* les droits au bénéfice de certaines prestations étatiques visant à *assurer au citoyen un statut autonome*. Il convoque en ce sens les réflexions d'Ulrich Preuss sur la *justification normative de l'État providence* :

Le point de départ ultime de la qualification au titre de citoyen est (aujourd'hui) la liberté égale de tout citoyen, abstraction faite de ses aptitudes, capacités et talents naturels, très divers selon les personnes [...]. La répartition inégale des biens vitaux réduit la qualification des citoyens et en conséquence le degré de rationalité que peuvent atteindre les décisions collectives. Une politique visant à compenser la répartition inégale des biens disponibles dans une société peut, par conséquent, être justifiée à titre de "politique soucieuse de la qualification des citoyens" [traduction de R. Rochlitz]²¹⁷.

791. En France, on remarque que le préambule de la Constitution de 1946 s'inscrit dans cet esprit. En reconnaissant comme *particulièrement nécessaire à notre temps* le principe selon lequel « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* », le dixième alinéa du préambule entend par exemple renforcer la sécurité matérielle des sociétaires juridiques en offrant à tous l'opportunité d'un égal développement²¹⁸.

792. Au cours des discussions morales qui accompagnent la fondation de ce principe, on observe que la plupart des députés s'accordent sur l'idée d'une contribution de l'État à un tel développement. Néanmoins, plusieurs membres conservateurs de l'Assemblée constituante préconisent d'amender le texte pour n'appliquer ce principe qu'aux seules *familles légitimes fondées sur le mariage*²¹⁹. On devine

²¹⁷ PREUSS, Ulrich. Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates. Dans : SACHSSE, Cristoph et ENGELHARDT, H. Tristram, *Sicherheit und Freiheit: zur Ethik des Wohlfahrtsstaates*. Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1990, p. 125.

²¹⁸ PALIER, Bruno. *Gouverner la sécurité sociale. Les réformes du système français de protection sociale depuis 1945*. Paris : Presses Universitaires de France, 2005. p. 75.

²¹⁹ On pourra prendre l'exemple de l'intervention de Germaine Poinso-Chapuis pour appuyer un amendement de son collègue Pierre July : « *quand il est question de la stabilité de la famille ou des droits de la famille, il ne peut s'agir que de la famille légitime et fondée sur le mariage, la famille naturelle n'ayant pas de réalité autrement que par un abus de langage* ». Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – 2e séance du 29 août 1946 – Débats de l'Assemblée nationale

ainsi qu'en formulant cette réclamation les opposants au texte original anticipent un possible bouleversement de ce que représente pour eux la valeur de famille lors des discussions d'application.

b. Les droits fondamentaux à une égale distribution des opportunités

793. On pourrait considérer que la consécration de droits fondamentaux à une égale distribution des choses suffise à garantir l'autonomie publique et privée des membres de la communauté. En réalité cependant, l'obligation faite à l'État d'agir en ce sens ne satisfait pas pleinement aux exigences d'égalité réelle des sociétaires juridiques dans la jouissance de leurs libertés. L'affaiblissement des inégalités matérielles est certes propice à une meilleure reconnaissance des droits de tout un chacun, mais cela n'efface pas encore les logiques d'oppression et de domination à l'œuvre dans la société.

794. Cette problématique est parfaitement décrite par Iris Marion Young dans son étude sur le rapport entre justice et politiques de la différence²²⁰. Pour la philosophe, la justice est en général appréhendée du seul point de vue de la distribution des droits, c'est-à-dire de la régulation des relations sociales permettant une répartition équitable des *choses matérielles*, des *ressources* ou des *revenus*. Rien dans ce type de raisonnement ne permet toutefois de garantir les possibilités d'exercice des *capacités individuelles*, et encore moins la *communication* et la *coopération* entre les sociétaires juridiques²²¹.

795. Dans les dernières pages de *Droit et démocratie*, J. Habermas accepte la critique de Young quant à l'insuffisance de sa première appréciation de la justice distributive. Les droits fondamentaux ne doivent pas seulement protéger la juste distribution des choses entre les individus, mais doivent aussi permettre « une réciprocité de reconnaissance de tous en tant que membres égaux et libres »²²², réciprocité qui, chez Young, suppose la régulation de nouveaux domaines tels que les *procédures de décision*, la *division du travail* et la *culture*.

796. Ces questions ne sont toutefois pas extérieures aux préoccupations des rédacteurs de la norme constitutionnelle²²³. On trouve par exemple trace de discussions sur la consécration de droits

constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. Août 1946, n° 85, p. 3406.

²²⁰ GARRAU, Marie et LE GOFF, Alice. Différences et solidarités. À propos du parcours philosophique d'Iris Marion Young. *Cahiers du genre*. 2009, Vol. 1, n° 46, p. 211.

²²¹ YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. *Op. cit.* pp. 25, 39.

²²² HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 447.

²²³ À la fin du XVIII^{ème} siècle, Nicolas de Condorcet s'intéressait déjà à cet aspect de l'égalité. Cf. POIRMEUR, Yves. Le double jeu de la notion d'égalité des chances. Dans : KOUBI, Geneviève et GUGLIELMI, Gilles J., *L'égalité des chances...* *Op. cit.* p. 97. Dans son *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, il préconisait la construction d'un État « où tous auront les lumières nécessaires pour se conduire d'après leur propre raison dans les affaires communes de la vie, et la maintenir exempte de préjugés, pour bien connaître leurs droits et les exercer d'après leur opinion et leur conscience ; où tous pourront, par le développement de leurs facultés, obtenir des moyens sûrs de pourvoir à leurs besoins ; où, enfin, la stupidité et la misère ne seront plus que des accidents, et non l'état habituel d'une portion de la société ». Cf. CONDORCET, Jean-Antoine-

fondamentaux à une égale distribution des opportunités dans le compte rendu des débats de l'Assemblée nationale constituante de 1946. Le cas du douzième alinéa du préambule de la Constitution relatif à l'instruction en fournit une bonne illustration. Dans sa version originale, cet alinéa dispose que « *la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* »²²⁴. Les deux amendements déposés contre ce projet de rédaction ne cherchent pas à minimiser la responsabilité de l'État dans ce devoir de renforcement des opportunités individuelles, mais s'inquiètent que l'organisation d'une éducation laïque puisse porter atteinte à la liberté d'enseignement. Les auteurs de ces textes craignent que les discussions d'application de ce principe ne favorisent le monopole d'enseignement de l'État et la disparition de l'éducation catholique sur le territoire national. Il ne remettent donc pas en cause l'universalité du droit fondamental à l'instruction mais estiment nécessaire d'en limiter la portée pour éviter une atteinte future à leurs propres valeurs éthiques²²⁵.

797. Avec cet ultime exemple s'achèvent les observations de ce travail de recherche relatives aux discussions de fondation des droits fondamentaux garants de l'autonomie publique. On aura ainsi appris que les débats moraux inhérents aux capacités d'action concernent d'une part les droits de participation des sociétaires juridiques aux activités politiques de délibération et de décision, et d'autre part l'ensemble des droits à une égale distribution des choses et des opportunités indispensables à la participation de chacun à toutes les activités sociales.

798. De manière plus générale, ce dernier point permet de conclure l'étude des discussions de fondation dans la Constitution des droits fondamentaux à l'autonomie individuelle des sociétaires juridiques. Les débats visant au renforcement de l'autonomie publique n'ont de sens que dans la mesure où ils favorisent l'autodétermination par les citoyens des garanties de leur autonomie privée. Ce n'est qu'à cette condition que peut être reconnu, par l'entrelacs du principe de discussion, la rationalité des libertés d'actions et du droit à la protection efficiente de ces libertés.

799. À ce stade, on est donc capable d'identifier les différents aspects des arguments moraux concourant à la formation des principes déontologiques contenus dans la norme constitutionnelle. Mais l'examen de ces différentes propositions langagières ne dit rien des tests de validité attestant de la rationalité de ces prétentions. Aussi, le dernier développement de ce chapitre entendra s'y intéresser.

Nicolas de Caritat. *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*. Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 1970. p. 266.

²²⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 - 2e séance du 29 août 1946... *Op. cit.* p. 3413.

²²⁵ *Ibid.* p. 3419

§ II. L'UNIVERSALITÉ DES PROPOSITIONS MORALES EN QUESTION

800. En 1934, la publication de *Mind, self and society* par les étudiants du défunt George Herbert Mead offre aux héritiers de Kant l'opportunité de reconsidérer l'universalisme moral au prisme de la discussion²²⁶. Cette nouvelle forme d'interprétation fondée sur *l'adoption idéale de rôle*²²⁷ permet à J. Habermas de dégager le principe d'universalisation :

Toute norme valable doit [...] satisfaire la condition selon laquelle : les conséquences et les effets secondaires qui (de manière prévisible) proviennent du fait que la norme a été universellement observée dans l'intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun peuvent être acceptés par toutes les personnes concernées (et préférés aux répercussions des autres possibilités connues de règlement)²²⁸.

801. J. Habermas on le sait, ne se fait toutefois aucune illusion quant à la possibilité d'anticiper l'ensemble des conséquences et des effets secondaires d'une *observation universelle de la norme* à l'issue d'une unique délibération²²⁹. Aussi, ce scepticisme épistémologique le pousse à préciser sa définition. La *version faible* du principe d'universalisation proposée par K. Günther apparaît plus convaincante : « *une norme est valide si les conséquences et les effets secondaires résultant d'une observation universelle de la norme peuvent être acceptées par tous dans l'intérêt de tout un chacun* sous des conditions restant identiques » [traduction de M. Hunyadi]²³⁰.

802. Ces éléments rendent désormais tangible l'idée de soumettre à un test de validité les discussions de fondation des dispositions déontologiques contenues dans la Constitution. Une proposition morale n'acquiert ainsi de caractère universel qu'à la double condition de réunir le « *consentement rationnellement motivé de tous les concernés possibles* » et d'anticiper dans un contexte limité de temps

²²⁶ Dans son ouvrage, Mead s'intéresse notamment aux formes du discours universel idéal : dans une démocratie « *un système de communication pourrait être théoriquement parfait [si] un individu peut vouloir pour lui-même ce qu'il inflige à autrui en toutes circonstances* » [nous traduisons]. Cf. MEAD, Georges H. *Mind, self and society from the standpoint of a social behaviorist*. Op. cit. p. 327. On comprend dès lors que Mead se détache de l'appréciation monologique de la justesse des règles morales et voit dans la discussion un moyen d'attester la validité universelle des normes déontologiques.

²²⁷ L'action individuelle n'est plus motivée par la recherche de vérité *dans son for intérieur* mais par *l'entente* vis-à-vis des autres sociétaires juridiques. Cf. FERRY, Jean-Marc. *La religion réflexive*. Paris : Éditions du Cerf, 2010. p. 68.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Morale et communication...* Op. cit. p. 87.

²²⁹ À cela explique-t-il, « *des participants à une argumentation ne pourraient évidemment satisfaire que s'ils disposaient d'un temps infini ou d'un savoir absolu au moment présent, qui leur permettrait un pronostic sûr à propos de toutes les situations qui pourraient possiblement surgir* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Op. cit. p. 127.

²³⁰ GÜNTHER, Klaus. *The Sense of appropriateness...* Op. cit. p. 35.

et de savoir « toutes les situations possibles dans lesquelles une telle norme digne d'assentiment peut trouver son application »²³¹. En se fondant sur les prémisses de cette nouvelle grille de lecture, cet ultime développement se proposera donc d'explorer les différents aspects de ce type d'examen.

A. LA RÉCIPROCITÉ DU POINT DE VUE MORAL, UNE EXIGENCE DE COMPATIBILITÉ VIS-À-VIS DES PRÉFÉRENCES INDIVIDUELLES

803. Le premier critère de validité auquel se trouve soumis tout argument moral faisant l'objet d'un test d'universalisation est celui de sa compatibilité vis-à-vis de l'ensemble des préférences individuelles²³². Une telle comparaison n'est toutefois possible qu'en opérant un *décloisonnement universel* des points de vue de chaque membre de la discussion, c'est-à-dire en s'assurant du respect des *présuppositions d'argumentation* garantes de la situation idéale de parole²³³. Pour être considérée comme idéale, une pratique argumentative doit se dérouler en public en incluant *tous les intéressés*, garantir une *égale répartition des droits de communication*, n'admettre que *la force non coercitive du meilleur argument*, et reposer sur la *sincérité des déclarations faites par tous les participants*²³⁴.

804. Nombreuses sont les critiques qui remettent en cause une telle approche de la rationalité communicationnelle²³⁵. La plus préoccupante de toutes est toutefois celle relative à l'impossibilité de réunir l'ensemble des personnes intéressées. À cela, J. Habermas apporte deux solutions selon que les membres de la discussion se trouvent ou non concernés par l'objet du débat. On verra ici comment ces alternatives s'appliquent aux discussions de fondation des droits fondamentaux dans la Constitution.

²³¹ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 127.

²³² HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 140.

²³³ COMETTI, Jean-Pierre. Jürgen Habermas et le pragmatisme. Dans : ROCHLITZ, Rainer, *Habermas. L'usage public de la raison*. Paris : Presses Universitaires de France, 2002, p. 84.

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Vérité et justification*. *Op. cit.* p. 300.

²³⁵ On pense notamment à celle adressée par Richard Rorty à J. Habermas concernant la méthode discursive de recherche du vrai. Rorty dénonce notamment la posture pragmatique non objectivante de J. Habermas qui voit dans l'échange de prétentions langagières réglées par les normes de procédure le seul moyen de comprendre le réel et de parvenir à la vérité. Or, un tel point de vue laisserait craindre une remise en cause des prétentions scientifiques à la découverte monologique de ces vérités. Cf. RORTY, Richard. Les assertions expriment-elles des prétentions à une validité universelle? Dans : GAILLARD, Françoise, POULAIN, Jacques et SCHUSTERMAN, Richard, *La modernité en questions. De Richard Rorty à Jürgen Habermas. Actes de la décade de Cerisy-la-Salle, 2-11 juillet 1993*. Paris : Cerf, 1998, pp. 81-85. La remarque n'est pas nouvelle et inspire d'ailleurs J. Habermas dans la rédaction de son *Discours philosophique de la modernité*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Le discours philosophique de la modernité*. *Op. cit.* p. IX. On considère toutefois que la présupposition idéalisante visant à privilégier systématiquement la force du meilleur argument permet de réfuter au moins partiellement ce type de critique.

1. *L'universalité des énoncés à l'épreuve de l'expérience*

805. Pour J. Habermas, l'interprétation intersubjective des règles déontologiques présente l'avantage d'ouvrir *de l'intérieur* l'accès herméneutique au monde moral. La validité de la règle ne dépend plus des rationalités individuelles mais de la mise en relation des horizons d'interprétation du monde vécu de chaque membre de la discussion. L'acte de parole rend désormais manifeste *la charge de la preuve du principe d'universalisation*. La justesse d'une action n'est plus seulement vérifiée si l'on peut vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle, mais parce que l'on est en mesure de constater empiriquement que les personnes concernées partagent cette même vue²³⁶.

806. Dans ce premier point, on s'intéressera donc aux deux types de témoignages susceptibles d'être invoqués pour attester de la validité d'une proposition morale.

a. **Les témoignages directs de compatibilité**

807. Au cours d'une discussion de fondation des droits fondamentaux, l'universalité d'un argument moral est remise en cause lorsque l'un des participants au débat justifie sa divergence de point de vue en témoignant d'un préjudice subi sur sa propre personne²³⁷. Dans *L'égalité introuvable*, Éléonore Lépinard montre que les débats législatifs et constitutionnels menés en France sur la parité dans l'exercice des activités politiques illustrent remarquablement la critique faite à l'encontre de certaines dispositions normatives quant à leur défaut d'universalité²³⁸.

808. L'étude des échanges de prétentions déontologiques lors de la révision constitutionnelle de 1999 relative à l'égalité entre les hommes et les femmes montre ainsi que dans de nombreux cas des femmes parlementaires d'appartenance politiques diverses témoignent de la validité de la révision en fonction de leur propre situation²³⁹. On citera ici deux exemples.

²³⁶ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* pp. 139, 141.

²³⁷ Lorsqu'il est question de la validité des arguments moraux, chacun des participants, y compris les plus dominés, disposent de la même capacité de remettre en cause l'universalité de la règle de conduite d'après leur propre expérience de vie. Cf. ROUSSEL, Violaine. *Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit* de Pierre Bourdieu. *Droit et société*. 41-55, Vol. 1, n° 56-57, 2004. p. 52.

²³⁸ LÉPINARD, Éléonore. *L'égalité introuvable. La parité, les féministes et la République*. Paris : Presses de Sciences Po, 2007. p. 194.

²³⁹ En outre, on remarque avec Manon Tremblay que la discussion de l'égalité d'accès aux mandats électoraux et aux fonctions électives n'est pas seulement éprouvée par les preuves directes apportées par les femmes parlementaires de l'Assemblée nationale et du Sénat au cours du débat. La validité des propositions faites autour de cette question est aussi examinée de manière indirecte, notamment par le biais des groupes parlementaires ayant déjà introduit la parité dans leurs modalités de fonctionnement. Cf. TREMBLAY, Manon. *Women and legislative representation. Electoral systems, political parties, and sex quotas*. New York : Palgrave MacMillan, 2008. p. 91. On remarque par ailleurs avec Éléonore Lépinard que, concernant ce projet de loi constitutionnelle en particulier, certaines députées font le choix de se démarquer des positionnements éthiques traditionnels de leur

809. Le premier peut être trouvé du côté du Sénat. Lors de la discussion en première lecture du projet de loi constitutionnelle, la sénatrice Dinah Derycke affronte le parti majoritaire hostile à l'adoption du texte en critiquant la proposition de maintien du *statu quo* dans la reconnaissance de l'égalité entre les hommes et les femmes. À la prétention universaliste selon laquelle le renforcement arbitraire de l'égalité des sexes porterait atteinte à une juste représentation politique au sein des assemblées, la sénatrice Derycke oppose au contraire l'injustice de cette situation qui reflète, selon sa propre expérience de vie, les discriminations sexuelles dont sont victimes toutes les femmes au sein de la société²⁴⁰.

810. Le second provient de l'Assemblée nationale. E. Lépinard fait dans ce cas référence aux propos de la députée de l'opposition Nicole Ameline qui, malgré la posture traditionnellement libérale de son parti politique d'appartenance, appuie et convainc son propre groupe parlementaire de soutenir la réforme proposée par la majorité. L'un de ses arguments entend interroger les potentiels détracteurs de la révision quant à leur prétention au maintien d'une représentation des femmes sur la base de leur seul mérite. De son point de vue, une telle motivation n'est universelle qu'à l'unique condition de pouvoir constater une parité naturelle dans toute assemblée politique. Or l'observation empirique de la proportion de femmes présentes dans l'hémicycle de l'Assemblée nationale au moment de la discussion illustre de façon flagrante le défaut de validité de cette proposition²⁴¹.

811. Dans un cas comme dans l'autre, on remarque donc que les vérités morales contenues dans les propositions langagières de certains parlementaires voient leur universalité contestée sur le fondement des informations apportés par des témoins directs d'une réalité divergente.

b. Les témoignages indirects de compatibilité

812. Dans le point précédent, on remarquait qu'au cours d'une délibération sur la fondation constitutionnelle de droits fondamentaux, la validité d'un argument moral est vérifiable dès lors que l'on se trouve en mesure d'attester directement de la vérité contenue dans la proposition langagière. Pourtant dans une majorité de cas, le nombre réduit de partenaires au débat empêche les participants d'apporter de telles justifications. Il devient alors primordial de convoquer des preuves indirectes importées de discours extérieurs au groupe de discussion. De nouveau, l'exemple du débat de la Convention nationale constituante argentine de 1994 sur la liberté de la presse éclaire bien cette méthode de vérification.

groupe politique d'appartenance, en invoquant des arguments moraux fondés sur les injustices de genre. Cf. LÉPINARD, Éléonore. *L'égalité introuvable*. Op. cit. p. 193.

²⁴⁰ SÉNAT. Session ordinaire de 1998-1999 - 48e séance - Séance du mardi 26 janvier 1999 - Compte rendu intégral. *JORF S. (C.R.)*. Janvier 1999, n° 4, p. 254.

²⁴¹ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIe législature - Session ordinaire de 1998-1999 - 120e séance - 3e séance du mardi 15 décembre 1998 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Décembre 1998, Vol. 3, n° 118, pp. 10517, 10554.

813. Depuis l'analyse des propositions de fondation en raison des droits fondamentaux proposée au début de cette seconde section, on sait que la question de la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du Pacte de San José dans la Constitution argentine inquiète certains membres de la Convention en raison de l'atteinte supposée du droit de réponse au principe de la liberté de la presse²⁴². Le caractère universel de ce principe justifierait dès lors que la Convention interaméricaine des droits de l'Homme soit écartée du corpus constitutionnel.

814. La validité de cet argument est toutefois critiquée par d'autres partenaires de la discussion. Pour la représentante à la Convention pour la capitale Alicia Oliveira, l'inclusion dans la Constitution des stipulations du Pacte de San José renforce au contraire l'universalité de la liberté de la presse²⁴³. Son affirmation repose sur les conclusions de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme au sujet de l'affaire *Verbtsky v. Argentina*²⁴⁴ où le requérant avait obtenu de la Commission la reconnaissance de la primauté du principe de libre expression par voie de presse sur l'obligation de respect de la figure du magistrat²⁴⁵. En montrant qu'en cas de conflit le principe de la liberté de la presse est susceptible de primer sur d'autres droits fondamentaux, A. Oliveira remet donc en cause la prétention universalisante de ses collègues à concevoir le Pacte de San José comme un danger pour la pondération des droits contenus dans la Constitution. Elle conteste ainsi la validité de cet argument sur la base de preuves indirectes apportées par la Commission interaméricaine des droits de l'Homme.

²⁴² Cf. *Infra*. n° 762.

²⁴³ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2867-2868.

²⁴⁴ L'ensemble des conclusions de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme sur cette affaire peuvent être retrouvées dans le *Rapport annuel de la Commission* de 1994. Cf. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe n°22/94 - Caso 11.012 - Argentina - Solución amistosa - 20 de septiembre de 1994*. Rapport n°22/14. Washington, D.C. : Organización de los Estados americanos, 17 février 1995.

²⁴⁵ En 1988, le journaliste Horacio Verbtsky publie dans les colonnes du journal *Página 12* un article à charge contre le Président de la Cour suprême argentine opposé à un projet de réforme visant à élargir le nombre de juges au sein de son institution. Il qualifie le Président de *répugnant* et se voit attaqué en justice pour *outrage à magistrat*, alors même que ses propos sont prononcés en dehors de toute juridiction. Condamné en Argentine, H. Verbtsky forme un recours devant la Commission interaméricaine des droits de l'Homme pour violation des principes de liberté d'expression et d'égalité devant la loi reconnus par les articles 13 et 24 du Pacte de San José. La confrontation des deux parties aboutit finalement à un accord amiable où l'État argentin renonce aux poursuites et s'engage à supprimer du Code pénal le délit d'insubordination. Cf. GONZÁLEZ, Felipe. *Leyes de desacato y libertad de expresión. Cuadernos de Análisis Jurídico*. 2000, n° 10, pp. 249-250. En outre, il n'est pas difficile d'observer que cette décision fait directement écho à la jurisprudence *New York Times v. Sullivan* prononcée trois décennies auparavant par la Cour suprême des États-Unis. Il avait alors été demandé à la Cour de trancher entre le respect de l'honneur du chef de la police de New York et la liberté d'expression des auteurs d'une tribune publiée dans le *New York Times* pour dénoncer la répression policière d'une manifestation en faveur de Martin Luther King. Cf. GARGARELLA, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia*. *Op. cit.* pp. 23-24. La Cour avait alors considéré que le respect de la libre expression était une des composantes essentielles de toute société démocratique et que par conséquent une opinion, même inexacte, publiée par voie de presse, ne pouvait être empêchée en raison de l'honneur bafoué d'un agent de l'État. Cf. PIERCE, Samuel R. *The Anatomy of an Historic Decision: New York Times Co. v. Sullivan*. *North Carolina Law Review*. 1965, Vol. 43, n° 2, p. 338.

815. En fin de compte, on sait désormais qu'un argument moral concourant à la fondation discursive d'un droit fondamental est considéré comme valide lorsqu'aucune preuve directe ou indirecte ne peut être apportée à son encontre par l'un des participants à la discussion. Dans la plupart des débats, ces deux types de preuves suffisent pour contrôler la validité des propositions. Toutefois, cette forme de test apparaît inadaptée lorsqu'il est techniquement impossible d'obtenir l'avis des sujets concernés. D'autres moyens doivent alors contribuer à l'examen de la validité des prétentions émises dans ce type de situation.

2. *L'universalité des énoncés à l'épreuve des valeurs et de la technique*

816. Dans son *Introduction à l'Éthique*, Jean-Cassien Billier s'intéresse aux spécificités de la philosophie du *contractualisme moral* chez J. Habermas. Il rappelle à cette occasion que dans la pensée de J. Habermas, « *l'objectivité morale est produite non pas par une délibération individuelle et "intérieure" de l'agent moral sur ce qu'accepteraient idéalement des codélibérateurs égaux [...], mais par une délibération "concrète", ayant "réellement" lieu* »²⁴⁶.

817. Il existe pourtant des cas où les agents moraux ne peuvent satisfaire aux présuppositions idéalisantes de la discussion morale. La délibération elle-même est rendue impossible en raison des spécificités ontologiques de certains des sujets concernés. Si l'enfant à naître, la nature ou l'avenir de l'humanité justifient la fondation d'obligations morales pesant sur les sociétés juridiques, ni le fœtus, ni les animaux, ni les générations futures ne peuvent prendre part à la discussion. Gérald Hess fait cependant remarquer que ce problème n'est pas étranger aux anticipations de J. Habermas, notamment en matière d'écologie²⁴⁷. Cette préoccupation apparaît d'ailleurs dès les premières pages de *l'Éthique de la discussion* : « *comment une théorie, qui se limite au cercle des destinataires capables de parler et d'agir, peut-elle se comporter à l'égard de la vulnérabilité d'une créature muette ?* »²⁴⁸.

818. Les techniques de dépassement de cette *absence de réciprocité principielle*²⁴⁹ ont largement été étudiées et divisent la doctrine. Günther Patzig se sert par exemple de la posture utilitariste de Jeremy Bentham pour élargir le champ d'action de la philosophie morale²⁵⁰. De ce point de vue, la finalité des normes déontologiques n'est pas de préserver la raison individuelle mais d'empêcher la *souffrance* et les

²⁴⁶ BILLIER, Jean-Cassien. *Introduction à l'éthique*. Paris : Presses Universitaires de France, 2014. p. 217.

²⁴⁷ HESSE, Gérald. *Éthiques de la nature*. Paris : Presses Universitaires de France, 2013. p. 108.

²⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 31.

²⁴⁹ La formule est de Günther Patzig. *Cf. Ibid.* 194.

²⁵⁰ Dans sa célèbre *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, Jeremy Bentham s'intéresse aux motivations morales qui inspirent les règles de conduite envers les êtres non-vivants. « *La question, dit-il, n'est pas peuvent-ils raisonner, ou peuvent-ils parler, mais peuvent-ils souffrir ?* » [nous traduisons]. *Cf. BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford : Clarendon press, 1823. p. 311.

*douleurs*²⁵¹. Néanmoins, les prémisses d'une rationalité formée dans la discussion empêchent J. Habermas de souscrire à une telle approche. L'absence de réciprocité communicationnelle entre les partenaires du débat et les sujets concernés ne permet pas de s'assurer de l'universalité des règles morales formées à leur égard. Mais il n'est toutefois pas impossible de trouver ailleurs des indices de cette réciprocité. Or c'est précisément cet argument qu'utilise J. Habermas pour justifier la régulation des conduites individuelles envers les animaux. Le devoir moral de protection dépend dans ce cas du degré d'interaction sociale que l'on est en mesure d'entretenir avec eux²⁵². La validité des propositions de fondation de règles de droit peut alors être évaluée en recourant au mécanisme classique de la preuve indirecte.

819. Reste que cette approche n'épuise toujours pas le problème des êtres vivants incapables de communiquer. De l'aveu de J. Habermas lui-même, il n'existe alors pas d'autre solution que de s'intéresser aux raisons *techniques* et *éthiques* pour déterminer la validité des règles morales organisant les interactions de ces sujets particuliers avec les sociétaires juridiques²⁵³. On s'intéressera dans ce qui va suivre à quelques exemples.

a. Les raisons techniques de compatibilité

820. Un des cas les plus éloquents de normes morales exemptes de test d'universalisation au cours des discussions de fondation est relatif aux interactions des sociétaires juridiques avec les autres sujets du monde vivant. Depuis Christopher Stone et la parution de son célèbre article sur les droits de la nature au début des années 1970²⁵⁴, nombre de philosophes et de juristes s'intéressent aux possibilités de faire

²⁵¹ On pourra ici rapporter un extrait de *l'Éthique écologique* de Günter Patzig cité par J. Habermas : « Notre théorie d'une morale rationnelle explique d'une autre manière la norme selon laquelle il faut éviter la souffrance inutile : chacun de nous sait ce que sont la souffrance et la douleur et attend de tous les autres hommes qu'ils respectent son intérêt vital, qui est de l'éviter autant qu'il est possible. Il ne serait cependant pas raisonnable d'opérer une distinction plus radicale entre les hommes et les êtres vivants non humains, aussi longtemps que ceux-ci se comportent de telle manière que nous devons admettre qu'ils peuvent également éprouver souffrance et douleur. C'est ainsi que l'interdiction d'infliger des douleurs et de se comporter de manière brutale s'étend au-delà du domaine de l'homme, à celui des êtres vivants non humains » [traduction de M. Hunyadi]. Cf. PATZIG, Günther. *Ökologische Ethik – innerhalb der Grenzen bloßer Vernunft*. Dans : ELSTER, Hans J., *Umweltschutz : Herausforderung unserer Generation*. Mayence : v. Hase u. Koehler, 1984, p. 73.

²⁵² HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 197.

²⁵³ *Ibid.* p. 199.

²⁵⁴ STONE, Christopher D. Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects. *Southern California Law Review*. 1972, Vol. 2, n° 45, p. 450-501. La publication de l'article n'est pas anodine, elle fait écho à l'affaire qui oppose à la même époque le *Sierra Club* de Californie et le Gouvernement américain au sujet de la construction d'un parc d'attraction au cœur de la Sierra Nevada. Stone y défend la thèse selon laquelle la nature peut être considérée comme un sujet de droit, c'est-à-dire une entité capable de se pourvoir en justice, de réclamer la réparation d'un préjudice subit, et de se voir attribuer les bénéfices de cette réparation dans son intérêt exclusif. Cf. LARRÈRE, Catherine. Faire droit au vivant. *Délibérée*. 2019, Vol. 3, n° 8, p. 14. Cette publication inspire la célèbre opinion dissidente du juge William O. Douglas dans la décision de la Cour suprême *Sierra Club v. Morton* de 1972. Le juge se prononce en faveur de la reconnaissance de la *personnalité juridique* des lacs, des prairies et des rivières. Son opinion ainsi que l'article de Stone ont été édités en français par Catherine Larrère.

évoluer la qualification juridique de l'environnement en passant d'une conception *anthropocentrique* de la nature *objet de droit* à une approche *éco-centrique* de la nature *sujet*²⁵⁵.

821. Marie-Angèle Hermitte fait d'ailleurs remarquer que la Charte de l'environnement de 2005 n'est pas sourde à cette évolution et contribue même à une *personnification procédurale de la nature et de ses éléments*²⁵⁶. Cette dynamique s'observe par exemple dans les prescriptions instituées par l'article 4 de la Charte disposant que « *toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement* »²⁵⁷. Aussi, la fondation de cette norme inspire des discussions morales qui poussent les participants à opérer des tests de validité en se fondant sur des caractéristiques techniques. On pourra notamment rapporter les propos du député communiste André Chassaigne qui conteste la validité du texte en raison d'une rédaction confuse laissant craindre un manque d'universalité de ses dispositions. Son argument repose sur l'idée que la survenance d'un dommage environnemental n'est jamais le fait d'un seul sociétaire juridique mais d'un ensemble d'acteurs responsables à différents niveaux. Il serait donc erroné de penser que ce devoir de réparation incombe seulement à la personne située *au bout de cette chaîne* comme la rédaction de l'article peut le laisser entendre²⁵⁸.

822. Le commandement positif induit par cette norme ne relève donc pas d'une obligation morale dans la mesure où le sujet en bout de chaîne ne peut vouloir que soit reconnue comme universelle la loi selon laquelle lui seul devrait être tenu responsable des dommages environnementaux causés par son activité.

b. Les raisons cliniques de compatibilité

823. En 1994, la Convention constituante argentine vote l'inclusion de la Convention interaméricaine des droits de l'Homme dans le corpus des normes constitutionnelles. Or les développements précédents

Cf. STONE, Christopher D. et LARRÈRE, Catherine. *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider?* Paris : Le passager clandestin, 2017.

²⁵⁵ MORINIÈRE, Lucas. Éco-centrisme ou anthropocentrisme en droit public de l'environnement, une controverse doctrinale. Dans : BAKIR, Lauren et AUBERT, Charles-Edouard, *L'opposition doctrinale*. Paris : Mare et martin, 2019, p. 144. On pense notamment à Michel Serres et à ses réflexions sur *Le contrat naturel*. Cf. SERRES, Michel. *Le contrat naturel*. 2^e éd. Paris : Flammarion, 2020. On s'intéresse aussi aux travaux de C. Larrère sur *Les éthiques environnementales*. Cf. LARRÈRE, Catherine. Les éthiques environnementales. *Natures Sciences Sociétés*. 2010, Vol. 18, n° 4, pp. 405-413.

²⁵⁶ HERMITTE, Marie-Angèle. La nature, sujet de droit ? *Annales. Histoire, sciences sociales*. 2011, Vol. 1, n° 66, p. 197. La *personnification procédurale* survient lorsque « *des mécanismes d'action en justice donnent une voix plus ou moins perceptible à des non-humains* ». Celle-ci accompagne un changement de paradigme de la nature *objet* vers la nature *sujet*. Elle se démarque cependant de la démarche plus approfondie de *personnification substantielle* où « *les textes et la jurisprudence dotent certaines choses de caractères qui étaient jusque-là réservés aux personnes humaines* ». Cf. *Ibid.* p. 175.

²⁵⁷ On voit ici que cet exemple de site *au milieu du gué*, selon la logique propre à la personnification procédurale. S'il est vrai que cet article contribue à la reconnaissance du dommage environnemental en tant que tel, il demeure fortement imprégné par la philosophie anthropocentriste en favorisant l'institutionnalisation d'un système marchand de droits à polluer.

²⁵⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIe Législature - Session ordinaire de 2003-2004 - 230e séance - 3e séance du mardi 25 mai 2004 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Mai 2004, Vol. 2, n° 50, p. 4077.

ont permis de montrer que ce texte fait l'objet de plusieurs oppositions²⁵⁹, notamment en raison des stipulations du premier alinéa de l'article 4 prescrivant la protection du droit à la vie, *en général*, à partir de la conception²⁶⁰. L'observation des discussions de fondation opposées à l'adoption de cet article dans sa rédaction originale met en exergue le recours à des arguments éthiques pour critiquer l'universalité de l'obligation morale. Parmi les nombreuses illustrations de cette stratégie²⁶¹, deux peuvent être convoquées à l'appui de ce travail.

824. La première se situe dans les propos tenus par Á. F. Pardo pour qui, la rédaction confuse de l'article 4 du Pacte de San José prive le commandement de protection de la vie de toute prétention à l'universalité. Le droit à la vie ne peut être considéré comme une norme morale qu'à la seule condition de porter sur l'ensemble des étapes de la vie humaine, autrement dit *depuis la conception et jusqu'à la mort naturelle*. Il convient donc d'amender le texte constitutionnel en ce sens. Cette justification résiste évidemment aux observations empiriques nécessaires à la fondation d'un argument moral puisque qu'aucun enfant à naître n'a jamais pu prendre part à la discussion pour préciser la définition du concept de vie. Á. F. Pardo n'a dès lors pas d'autre choix que de recourir à une motivation éthique pour justifier sa proposition²⁶².

825. La seconde illustration figure dans une déclaration prononcée le jour suivant par la représentante pour la province de Buenos Aires, Stela Maris Schiuma. L'objet du discours est aussi d'inciter les membres de la Convention à amender la Constitution pour préciser la notion de vie humaine. Toutefois, son argument diffère de celui de Á. F. Pardo en ce qu'il repose sur l'interprétation d'une règle de conduite importée des commandements de la religion catholique²⁶³. On retrouve ici le principe même de

²⁵⁹ Cf. *Infra*. n°758 (droit à la vie) ; n°762 (droit de réponse).

²⁶⁰ Pour Patricia Mejía, rapporteure de la Convention interaméricaine, ce choix de rédaction s'explique par la volonté des auteurs du Pacte de San José de réunir le plus grand nombre possible d'États signataires en ne s'opposant ni aux pays hostiles à l'avortement, ni à ceux disposant déjà d'une législation en la matière. Cf. MORÁN FAÚNDES, José M., MONTE, María E., SÁNCHEZ, Laura J., et al. *La inevitable maternidad. Actores y argumentos conservadores en casos de aborto no punible en la Argentina*. Dans : PEÑAS DEFAGO, María A. et VAGGIONE, Juan M., *Actores y discursos conservadores en los debates contemporáneos sobre sexualidad y reproducción*. Córdoba : Católicas por el Derecho a Decidir Argentina, 2011, p. 143.

²⁶¹ Deux séances furent consacrées exclusivement à l'échange de propositions entre les membres de la Convention constituante pour dénoncer, amender, ou intégrer le Pacte de San José à la Constitution. L'essentiel des critiques formulées contre le texte concernent le droit à la vie. Un commentaire sur ces débats peut être lu dans les travaux de Mónica Petracci et Mario Pecheny sur le rapport entre droits de l'Homme et sexualité dans la législation argentine. Cf. PETRACCI, Mónica et PECHENY, Mario. *Argentina, derechos humanos y sexualidad*. Buenos Aires : Centro de estudios de Estado y Sociedad, 2007. pp. 32-34.

²⁶² On pourra ici rappeler un extrait de son argumentation : « Dieu créa l'univers et l'homme à son image et à sa ressemblance [...] s'il vous plaît, évitons la divagation consistant à soutenir que la vie humaine a plus de valeur après la naissance qu'avant de naître. Si nous commençons à évaluer plus ou moins la vie humaine, nous allons justifier l'euthanasie, l'infanticide, l'avortement et les assassinats de masse, comme fit Hitler » [nous traduisons]. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2911.

²⁶³ « Le commandement de Dieu est péremptoire : tu ne tueras point ! Il ne distingue, ni ne formule aucune exception, il ne fixe aucun âge dans le développement de l'Homme. Il ordonne simplement : tu ne tueras point !

l'intercompréhension herméneutique de traditions rivales visant à fonder de nouvelles propositions cliniques. Là-encore, la validité de l'article 4 du Pacte de San José se trouve contestée en ayant recours à une justification éthique.

826. De l'examen de ces deux exemples, il ressort donc, qu'outre les moyens techniques à leur disposition pour évaluer la rationalité des propositions, les sociétaires juridiques mobilisent des arguments éthiques pour s'assurer de la validité des règles de conduite proposées au cours des discussions de fondation.

827. À partir des questions environnementales et du droit à la vie, aura ainsi été observé qu'en l'absence des sujets concernés, les membres de la discussion n'ont d'autre choix que de recourir à des tests de validité relevant de l'éthique ou de la technique pour examiner la rationalité des propositions déontologiques. Plus largement, cette analyse a permis de dessiner la première étape des tests d'universalisation visant à s'assurer de la validité des propositions relatives à l'élaboration des principes moraux contenus dans les normes constitutionnelles. Reste toutefois à s'assurer que chacune de ces propositions anticipe bel et bien l'ensemble des situations d'action connues au moment de l'élaboration de la norme. Cette seconde condition sera l'objet de l'ultime paragraphe de ce chapitre.

B. L'OMNISCIENCE DU POINT DE VUE MORAL, UNE EXIGENCE DE COMPATIBILITÉ VIS-À-VIS DES EFFETS POSSIBLES

828. Dans l'introduction de ce second développement, on rappelait avec K. Günther que la validité d'une norme morale dépend de l'acceptabilité par tous, et *dans l'intérêt de tout un chacun*, des conséquences et des effets secondaires résultant de son observation universelle *sous des conditions restant identiques*²⁶⁴. L'ajout de cette clause *rebus sic santibus*²⁶⁵, spécifique à la version faible du principe d'universalisation, s'explique par le fait que « *personne ne peut anticiper toutes les situations d'application (id. chaque situation individuelle) d'une norme, mais seulement celles des situations qui peuvent être hypothétiquement prises en compte dans les limites de l'horizon éclairé de notre expérience du monde et de nous-même* » [nous traduisons]²⁶⁶.

Le «*tu ne tueras point*» de Dieu inclut le fœtus humain, qui est une personne dès sa conception » [nous traduisons]. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 23^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 3 août 1994, p. 3003.

²⁶⁴ Cf. *Infra*. n°801.

²⁶⁵ J. Habermas parle aussi d'un *indice de temps et de savoirs*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 128.

²⁶⁶ GÜNTHER, Klaus. *The Sense of appropriateness... Op. cit.* p. 36.

829. Cette nouvelle perspective élargit l'examen de validité des arguments moraux au cours des discussions de fondation des droits fondamentaux dans la Constitution. Les participants au débat ne se contentent plus de soumettre ces propositions au test de réciprocité qu'implique la réception communicationnelle de l'impératif catégorique, mais veillent également à la compatibilité de ces énoncés au regard des situations d'action connues. Ainsi, la validité d'un argument peut désormais être contestée en fonction des conséquences (1.) et des effets secondaires (2.) susceptibles de survenir lors de l'application de la règle.

1. *L'universalité des énoncés à l'épreuve des conséquences*

830. La première forme d'examen de compatibilité à laquelle se réfère K. Günter concernant les situations d'action connues est inhérente aux conséquences probables de l'application d'une norme de conduite sur les sociétés juridiques. Ce dernier met toutefois en garde contre une appréciation trop large de la notion de *conséquence*. Les exigences morales du test d'universalisation n'impliquent pas que soient prises en considération toutes les conséquences probables – y compris éthiques et techniques – de l'application de la norme. Seules importent les conséquences qui inquiètent le partenaire de la discussion en raison d'une altération possible de ses propres intérêts²⁶⁷.

831. À partir de cette précision, ce premier point entendra saisir comment la question des conséquences probables influence les tests visant à évaluer la validité des obligations morales au cours des discussions de fondation. Un premier temps de réflexion sera consacré aux commandements négatifs contenus dans les droits fondamentaux et un deuxième temps permettra de s'intéresser aux devoirs positifs.

a. **Les conséquences probables sur les droits négatifs**

832. En 1946, l'Assemblée nationale constituante inscrit le droit de grève au septième alinéa du préambule de la Constitution française. En déclarant que « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* », le constituant reconnaît une *liberté individuelle collectivement exercée*²⁶⁸. Ce droit se présente selon Alain Supiot, comme un *choix ouvert* laissant les individus libres de se mobiliser,

²⁶⁷ *Ibid.* p. 31.

²⁶⁸ Cette expression est empruntée à Hélène Sinay et Jean-Claude Javillier dans le sixième tome du traité de *Droit du travail*, consacré à *La grève*. Cf. SINAY, Hélène et JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du travail. La grève*. Vol. 6. 2^e éd. Paris : Dalloz, 1984. p. 100. La thèse de Valérie Bernaud est d'ailleurs tout à fait explicite à ce sujet. Le droit de grève est ainsi appréhendé comme une liberté contribuant à la consécration constitutionnelle d'une *sphère d'autonomie* profitable aux travailleurs. Cf. BERNAUD, Valérie. *Les droits constitutionnels des travailleurs*. FAVOREU, Louis (dir.). Thèse de doctorat, droit. Aix-en-Provence : Université Aix-Marseille 3, 2001. p. 68.

ou au contraire de *ne pas faire grève* en vertu de la *liberté du travail*, également reconnue par le préambule de 1946²⁶⁹.

833. Cette rédaction fait toutefois l'objet d'une tentative d'amendement de la part du député Olivier de Sesmaison. Dans un discours prononcé devant l'Assemblée constituante, le représentant du Parti Républicain de la Liberté admet la validité de la proposition visant à faire du droit de grève un droit fondamental consacré par la Constitution, mais il exprime certains doutes au sujet de la rédaction du texte. Il remarque en effet que le droit de grève est assorti d'une réserve législative²⁷⁰ et alerte l'Assemblée quant à une possible rupture de l'égalité des travailleurs devant la loi²⁷¹. Cette observation est motivée par les plaintes reçues de la part de commerçants, d'industriels et de paysans, inquiets d'être exclus de la jouissance de ce nouveau droit²⁷². Le député exprime ainsi sa préoccupation pour une égale reconnaissance des droits de ces travailleurs particuliers, et partage leur intérêt à voir évoluer cette disposition constitutionnelle.

834. À travers ces déclarations, on retrouve donc les deux caractéristiques d'une critique de la validité d'un droit sur le fondement des conséquences probables qu'induisent ses dispositions. D'une part, De Sesmaison anticipe les effets possibles de cette nouvelle norme sur certains sociétaires juridiques. De l'autre, il manifeste sa légitimité à formuler une telle réserve en démontrant son intérêt à agir au nom des administrés²⁷³.

²⁶⁹ SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris : Presses Universitaires de France, 2011. p. 143.

²⁷⁰ L'association entre le droit de grève et le concept de réserve de loi a été mise en exergue par Aurore Catherine dans un article publié en 2013 dans la *Revue française de droit constitutionnel*. Cf. CATHERINE, Aurore. Compétence du pouvoir réglementaire et définition des conditions d'exercice de droits constitutionnellement protégés : le cas du droit de grève et du droit à l'information et à la participation du public en matière environnementale. *Revue française de droit constitutionnel*. 2013, Vol. 2, n° 94, p. 272. Elle-même se réfère à la thèse de Jérôme Tremeau pour recourir à cette notion. Cf. TRÉMEAU, Jérôme. *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*. FAVOREU, Louis (dir.). Thèse de doctorat, droit. Aix-en-Provence : Aix-Marseille 3, 1996. p. 16.

²⁷¹ On rappellera à ce titre l'intéressante réflexion que Bertrand Mathieu consacrait au *Droit constitutionnel de la grève* dans le IXe Cours International de Justice Constitutionnelle : « *Cette réglementation [le droit constitutionnel de la grève] est alors soumise à deux conditions : l'une explicite, elle est attribuée au législateur ; l'autre implicite, elle doit s'opérer dans le respect de la Constitution* ». Cf. MATHIEU, Bertrand, BERNAUD, Valérie, GAY, Laurence, et al. Le droit constitutionnel de la grève. *Annuaire international de justice constitutionnelle*. 1997, Vol. 13, Les discriminations positives – Le droit constitutionnel du travail, p. 322. Cette analyse aide à saisir les écueils ouverts par l'insertion de la réserve de loi concernant le droit de grève. Rien n'empêche en effet de législateur de donner une lecture restreinte de cette norme fondamentale au cours des discussions d'application.

²⁷² « *D'une part, les commerçants et les industriels nous disent : même si, par une loi ayant un effet rétroactif, nous sommes acculés à la faillite, nous n'avons pas le droit de fermer notre entreprise ; nous n'avons pas d'autre alternative que de violer la loi, ou de nous déshonorer. D'autre part, les paysans n'ont pas le droit de retenir leurs produits, sous peine de tomber sous le coup de la loi du 14 mai 1946* ». Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 - Séance du mercredi 28 août 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des débats de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. Août 1946, n° 84, p. 3371.

²⁷³ Cette illustration montre toutefois qu'au cours de l'examen de validité d'une proposition en fonction de ses conséquences probables, la limite entre arguments technique, éthique et moral est relativement ténue. On prendra

b. Les conséquences probables sur les droits positifs

835. En 1994, la Convention nationale constituante argentine entend renforcer l'égalité entre les sexes en garantissant l'accès paritaire des hommes et des femmes aux mandats électoraux. Le nouvel article 37 de la Constitution prévoit ainsi la mise en place d'actions positives visant à réguler l'organisation des partis politiques et du système électoral²⁷⁴. Pour Liliana Ronconi, cette évolution traduit le passage d'une position strictement libérale du constituant, qui jusqu'alors n'accordait d'importance qu'à l'égalité des situations individuelles, à une posture plus globale, situant l'individu dans son univers de vie²⁷⁵. Cette nouvelle normativité fait passer l'État d'une attitude passive visant simplement à ne pas discriminer les sujets de droit, à un comportement actif cherchant à « *éliminer les barrières structurelles qui empêchent [les membres de certains groupes sociaux] de jouir de leurs droits dans des conditions d'égalité réelle* » [nous traduisons]²⁷⁶.

836. Deux jours durant, l'inclusion de cet article fait débat au sein la Convention. Nombre d'arguments entendent justifier la validité de la proposition en raison des conséquences attendues sur le renforcement

pour exemple la réponse adressée au député De Sesmaison par le rapporteur général Paul Coste-Floret : « *La formule proposée aurait donc pour résultat d'interdire le droit de grève aux travailleurs étrangers. C'est tout autre chose que ce qui vient d'être exposé à la tribune ; cela nous paraît inadmissible* ». Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946... *Op. cit.* p. 3371. En l'absence de l'expression d'intérêt des individus concernés, cet argument ne prend pas la forme morale d'une critique de l'universalisme de l'amendement proposé par le député, mais celle d'une critique technique des implications performatives de sa proposition.

²⁷⁴ Cf. *Infra.* n°487. Cette consécration de nouveaux droits à une participation politique inclusive a été très bien décrite par Nancy Fraser dans sa discussion avec Axel Honneth sur le concept de justice. Pour la philosophe, ce type de proposition traduit l'intention du constituant de « *désinstitutionnaliser les modèles culturels de valeurs qui empêchent la parité de participation et de les remplacer par des modèles qui la favorise* » [nous traduisons]. Cf. FRASER, Nancy et HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Londres : Verso, 2003. p. 30.

²⁷⁵ On soulignera sur ce point l'intéressante tentative de *reconstruction du politique* de Ronald M. Mason contre le dogme libéral dominant. De son point de vue, les droits de participation ne sont pour le libéralisme classique qu'un moyen de maximisation des ambitions individuelles. Lui voit au contraire dans la consécration de tels droits le lien nécessaire entre participation politique et développement humain : « *si une personne naît tabula rasa, alors seul son investissement actif au sein de son environnement lui permettra de se développer* » [nous traduisons]. Cf. MASON, Ronald M. *Participatory and workplace democracy: a theoretical development in critique of liberalism*. Carbondale : Southern Illinois University Press, 1982. pp. 21-22.

²⁷⁶ Liliana Ronconi opère cette distinction en se fondant sur les conclusions de la décision *Brown v. Board of Education of Topeka* rendue par la Cour suprême des États-Unis qui reconnaissait, dès 1955, que l'abolition des normes et des pratiques racistes ne constituait pas une attitude suffisante pour mettre fin à la ségrégation. Cf. RONCONI, Liliana. Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. *Isonomía*. 2019, n° 49, p. 127. On remarquera toutefois que la consécration constitutionnelle de la parité de participation ne constitue que l'un des leviers nécessaires à l'inclusion réelle de tous les individus dans l'exercice des activités politiques. Pour N. Fraser en effet, la *parité participative* n'est réellement effective que sous trois conditions. Une juste distribution des ressources doit tout d'abord permettre d'assurer l'indépendance des participants dans la manifestation de leur volonté. La reconnaissance égalitaire de leur statut social doit ensuite contribuer à l'expression de toutes les opinions individuelles. L'institutionnalisation de mécanismes de participation apporte enfin la garantie d'une représentation de tous au sein de l'arène politique. Cf. FRASER, Nancy. Injustice at Intersecting Scales: On 'Social Exclusion' and the 'Global Poor'. *European Journal of Social Theory*. 2010, Vol. 3, n° 13, p. 365. L'article 37 de la Constitution argentine entend satisfaire la troisième condition.

de l'égalité de participation politique entre les hommes et les femmes. Marta Martino de Rubeo, représentante pour la province de Santa Fé, met par exemple en exergue son expérience de vie et ses qualités de juriste pour dénoncer les discriminations politiques en raison du genre et appuyer l'idée que seule la norme permet de rompre les déséquilibres systémiques de la représentation²⁷⁷. Maria L. Olsina, représentante à la Convention pour la province de Mendoza prononce un discours similaire et souligne les effets bénéfiques de la réforme pour écarter définitivement les présomptions d'inconstitutionnalité pesant sur la *loi sur les quotas féminins* de 1991²⁷⁸, tout en rappelant son engagement dans la lutte contre les discriminations imputables à *l'organisation bureaucratique* du pouvoir²⁷⁹.

837. Par ces déclarations, les deux représentantes expriment d'une part leur intérêt personnel à voir la mesure adoptée et préconisent en outre l'adoption de la proposition en raison des effets produits. Elles en reconnaissent ainsi la validité en fonction de ses conséquences.

838. Ainsi, à travers ces illustrations, on saisit mieux comment au cours d'une discussion de fondation, les conséquences probables des dispositions constitutionnelles nouvelles peuvent être invoquées par les partenaires du débat pour discuter de la validité morale d'une disposition. Cette technique n'est pourtant pas la seule à être employée par les membres de la discussion. La prise en compte des effets secondaires permet des résultats analogues. C'est ce que l'on se propose d'observer dans ce qui va suivre.

2. *L'universalité des énoncés à l'épreuve des effets secondaires*

839. Dans son ouvrage sur l'applicabilité des discours à la moralité et au droit, K. Günther n'apporte aucun élément de définition permettant de distinguer clairement la notion de conséquence probable, de celle d'effet secondaire. Benoît Dubreuil et Christian Nadeau remarquent toutefois que cet écueil peut être surmonté à la lecture de *Sour Grapes. Studies in the subversion of rationality* publié en 2016 par J.

²⁷⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 32^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4385.

²⁷⁸ La *loi sur les quotas féminins*, la première du genre en Amérique latine, impose aux partis politiques un quota de 30% de femmes éligibles lors des scrutins de listes fermées concernant des élections directes (le Sénat n'est donc pas touché par la réforme). Cf. CAMINOTTI, Mariana. Ideas, legados y estrategias políticas en la reforma de las reglas de selección de candidatos: la ley de cuotas pionera de Argentina. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*. 2014, Vol. 23, n° 2, p. 68.

²⁷⁹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 33^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4519.

Elster²⁸⁰. L'auteur y analyse *Le laboureur et ses enfants*, fable bien connue de Jean de La Fontaine²⁸¹, pour définir la notion d'effet secondaire :

Les enfants (on le présume) étaient trop paresseux pour apprendre à vivre en travaillant dans les champs comme leur père l'aurait voulu, il leur confia à la place l'existence d'un trésor enterré dans le sol. Désireux de s'enrichir rapidement, ils retournèrent le sol sans succès, mais le firent avec tant d'ardeur qu'ils le rendirent fertile et devinrent riches – par un effet secondaire des actions entreprises pour parvenir à leurs fins [nous traduisons]²⁸².

840. Cette fable aide alors à mieux distinguer les conséquences des effets secondaires. La découverte d'un trésor correspond aux effets attendus par les enfants du laboureur du fait de leurs recherches. Leur initiative est motivée par les conséquences probables de leur action. Ils ont ainsi intérêt à agir de la sorte. Par contre, le labour du champ et la production de richesses qui en résulte n'a absolument pas été anticipée et représente une action désintéressée. Elle constitue donc un effet secondaire de l'activité d'investigation.

841. Néanmoins, ces éléments de définition ne permettent pas encore de comprendre l'intérêt de mener un test de validité en considération des effets secondaires. Sur ce point, Quentin Landenne semble trouver chez Karl-Otto Apel une justification convaincante²⁸³. Pour Apel, la prise en compte des effets secondaires d'une proposition permettrait de ne pas se couper des contingences éthiques et techniques qui entourent le débat moral sur la fondation des normes²⁸⁴. Rien n'indique en effet qu'une proposition morale universellement juste ne puisse faire l'objet d'une instrumentalisation politique postérieure qui lui fasse perdre son caractère catégorique²⁸⁵. L'examen des effets secondaires techniques et éthiques susceptibles

²⁸⁰ DUBREUIL, Benoît et NADEAU, Christian. *Elster. Passion, raisons et délibération*. Paris : Michalon, 2011. p. 42.

²⁸¹ La fable en question peut notamment être retrouvée dans une très belle et très ancienne compilation publiée en 1868 par la *Librairie de Louis Hachette et C^{ie}*. Cf. LA FONTAINE (DE), Jean. *Fables de La Fontaine avec les dessins de Gustave Doré*. Paris : Hachette, 1868. pp. 289-290.

²⁸² ELSTER, Jon. *Sour Grapes. Studies in the subversion of rationality*. New York : Cambridge University Press, 2016. p. 54.

²⁸³ LANDENNE, Quentin. *Karl-Otto Apel. Du point de vue moral*. Paris : Michalon, 2015. pp. 24-25.

²⁸⁴ APEL, Karl-Otto. *Éthique de la discussion*. Paris : Cerf, 1994. p. 13.

²⁸⁵ Dans la thèse qu'elle consacre à la pragmatique transcendantale de Karl-Otto Apel, Martine Le Corre Chantecaille fournit plusieurs éléments de compréhension la posture d'Apel. Celle-ci s'enracine dans l'expérience de vie du philosophe, engagé volontaire dans les jeunesses hitlériennes à l'âge de 18 ans, et qui prit peu à peu conscience de ses erreurs de jugement face à l'horreur du régime nazi. Cf. CORRE CHANTECAILLE (LE), Martine. « *Penser avec... et contre...* ». *La pragmatique transcendantale de Karl-Otto Apel... Op. cit.* p. 270. Ces faits sont relatés par Apel lui-même, dans les pages de sa *Contribution à une théorie éthique de la responsabilité*. Cf. APEL, Karl-Otto. *Discussion et responsabilité/2. Contribution à une théorie éthique de la responsabilité*. Vol. 2. Paris : Cerf, 1998. pp. 145-146.

de se produire à l'issue d'une discussion de fondation d'une norme fondamentale doit alors permettre de surmonter cette aporie.

a. Les effets secondaires probables d'une évolution de la technique

842. Lors de la fondation de nouvelles normes constitutionnelles, l'examen des effets secondaires possibles de certaines des dispositions en débat constitue un moyen non-négligeable de déterminer la validité des propositions formées par les partenaires de la discussion. L'élaboration de la Constitution française de 1946 et la révision argentine de 1994 fournissent de nouveau plusieurs illustrations.

843. En 1946, les membres de l'Assemblée nationale constituante chargés de rédiger la norme fondamentale de la quatrième République choisissent d'intégrer le droit à la santé au onzième alinéa du Préambule de la Constitution²⁸⁶. Ce principe, reconnu comme *particulièrement nécessaire à notre temps* revêt pour Christian Byk un caractère *protéiforme*²⁸⁷, et se présente à la fois comme un *droit subjectif* et comme un *droit créance*²⁸⁸. Or c'est précisément ce second aspect qui se trouve critiqué au cours du débat constitutionnel de 1946, au motif que certains effets secondaires à ce principe pourraient s'avérer préjudiciables pour une partie des administrés. Le député Robert Bruyneel souligne ainsi que la rédaction de l'alinéa relatif au droit à la santé est trop imprécise et trop incomplète pour permettre de protéger efficacement toutes les *catégories sociales*, en particulier les plus défavorisées. Des raisons techniques le motivent donc à remettre en question la validité de la proposition initiale compte tenu des effets secondaires délétères pour une partie de la population²⁸⁹.

²⁸⁶ On pourra se référer à la thèse d'Olivier Garreau pour une appréciation générale des implications de la consécration du droit à la santé dans le préambule de la Constitution de 1946. Cf. GARREAU, Olivier. *Droit de la santé, droit à la santé*. COLSON, Jean-Philippe (dir.). Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier 1, 2004. pp. 128-133.

²⁸⁷ BYK, Christian. La place du droit à la protection de la santé au regard du droit constitutionnel français. *Revue générale de droit*. 2001, Vol. 31, n° 2, pp. 341-342.

²⁸⁸ Ces multiples dimensions ont pu être décrites par Marion Girer, dans un article paru en 2016 dans la revue *Médecine & Droit*. Le droit à la santé doit tout d'abord être appréhendé comme un droit subjectif de *protection de sa santé*. Il représente en ce sens une obligation négative de ne pas porter atteinte à la santé d'autrui en raison de la prohibition morale d'infliction de douleurs ou de privation de capacités. Mais en déclarant en outre que la Nation assure à tout être humain dans l'incapacité de travailler des *moyens convenables d'existence*, le constituant de 1946 donne une seconde signification au droit à la santé. Celui-ci constitue désormais un *droit-créance* impliquant une obligation positive de l'État de porter assistance aux sociétaires juridiques pour garantir la protection de leur santé. Cf. GIRER, Marion. Le droit à la protection de la santé dans l'alinéa 11 du Préambule de 1946 : les impacts en termes de solidarité. *Médecine & Droit*. 2016, n° 141, p. 147.

²⁸⁹ On pourra ici rapporter certains propos du député Bruyneel : « *Tout être humain qui, en raison de son âge et de son état physique ou mental ou de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». Nous sommes tout à fait d'accord, mais cette déclaration n'a malheureusement aucun rapport avec la réalité [...]. Toute une catégorie de petits rentiers, de petits retraités, de vieux travailleurs, de rentiers viagers, qui se trouvent actuellement dans la misère, verront que les promesses que nous faisons dans ce préambule ne sont pas tenues ». Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – 1re séance du vendredi 23 août 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de

844. En 1994, les discussions de la Convention argentine sur la reconnaissance d'un droit de consultation populaire de portée contraignante suscitent des réserves similaires²⁹⁰. Le représentant de la province de Salta Ennio P. Pontussi voit par exemple dans l'impossibilité pour le pouvoir exécutif d'exercer son droit de veto en cas d'approbation par référendum d'un texte de loi, une trahison du mécanisme de *colégislation* existant d'ordinaire entre le Congrès et le Gouvernement. Il met ainsi en lumière une externalité négative de cette technique de décision et rejette la validité de la proposition au titre des effets secondaires produits par la disposition.

b. Les effets secondaires probables d'une évolution de l'éthique

845. S'il est aisé d'observer dans les débats constitutionnels des critiques de la validité fondées sur les effets secondaires techniques de certaines propositions morales, il n'est pas difficile de remarquer que d'autres peuvent s'avérer incompatibles avec les valeurs éthiques défendues par les partenaires de la discussion. On pourra à ce titre convoquer un exemple tiré d'un autre droit-créance contenu dans le préambule de la Constitution de 1946 et relatif au droit à l'instruction²⁹¹.

846. Lorsque plus haut dans ce travail, on s'attachait à définir les droits fondamentaux à une égale distribution des opportunités²⁹², on remarquait que la consécration de ce principe au treizième alinéa du Préambule avait pu inquiéter certains membres de l'Assemblée constituante en raison de leur crainte d'une atteinte à la liberté d'enseignement au cours des discussions d'application²⁹³. On trouve trace de cette

l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. Août 1946, n° 82, p. 3302.

²⁹⁰ Les dispositions de l'article 40 régissant cette consultation ont déjà été commentées dans le cadre de ce travail. Cf. *Infra*. n°782. On pourra toutefois rappeler qu'en vertu du premier alinéa de l'article, la Chambre des députés dispose de la possibilité de réclamer l'organisation d'un référendum afin d'obtenir l'assentiment du peuple pour le vote d'un projet de loi. En cas de résultat positif, la décision populaire est considérée comme définitive et la loi est adoptée automatiquement. Cf. WELP, Yanina. *La participación ciudadana en la encrucijada: Los mecanismos de democracia directa en Ecuador, Perú y Argentina*. Zurich : Centre for Research on Direct Democracy, 2008. p. 12.

²⁹¹ LOCHAK, Danièle. *Le droit et les paradoxes de l'universalité*. *Op. cit.* p. 175. Pour le politologue Yves Poirmeur la consécration de ce droit témoigne du progrès *social fulgurant de l'État providence* d'après-guerre qui bouleverse la compréhension faite jusqu'alors du principe d'égalité. Les politiques publiques ne visent plus seulement à garantir l'égalité des conditions d'existence des sociétaires juridiques, mais à favoriser une égale opportunité dans la réussite de ses projets de vie. La reconnaissance du droit à l'instruction s'inscrit pleinement dans cette dynamique. Cf. POIRMEUR, Yves. Le double jeu de la notion d'égalité des chances. Dans : KOUBI, Geneviève et GUGLIELMI, Gilles J., *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*. *Op. cit.* p. 91.

²⁹² Cf. *Infra*. n°796.

²⁹³ Pour Valentine Zuber, la question de la liberté de l'enseignement dépasse la sphère des débats constitutionnels et oppose les partisans d'une école *libre* à ceux favorables à une tutelle de l'État. Avec l'effondrement du régime de Vichy disparaissent les subventions accordées aux écoles confessionnelles. Par ailleurs, la liberté de l'enseignement n'est pas intégrée au texte constitutionnel et ne fait donc pas l'objet d'une protection spécifique. Les milieux conservateurs, en particulier catholiques, voient dans ces camouflets une atteinte insupportable au développement des écoles privées et réclament donc la mise en place d'une véritable législation sur la liberté d'enseignement. Cf. ZUBER, Valentine. *La laïcité en débat. Au-delà des idées reçues*. Paris : Le Cavalier bleu, 2017. p. 133. Les racines de ce débat sont toutefois antérieures à la Seconde Guerre mondiale. Un article de Géraldine Muhlman et Claire Zalc sur *La laïcité de la IIIe à la Ve République* a été publié dans la revue *Pouvoirs*

inquiétude dans le compte rendu des débats des propos tenus par Julien Brunhes, membre du Parti Républicain de la Liberté, qui dénonce une ambiguïté de la disposition²⁹⁴ qui pourrait conduire à un monopole étatique de l'enseignement propice à un endoctrinement totalitaire de la jeunesse²⁹⁵. À travers cette mise en garde, Brunhes critique donc la validité de la norme constitutionnelle sur le fondement des effets secondaires d'ordre éthico-politiques susceptibles de porter atteinte aux valeurs de la communauté de vie.

847. Ainsi, les exemples d'effets secondaires probables d'une évolution de la technique et d'une évolution de l'éthique montrent comment les propositions de fondation des normes fondamentales peuvent encore être remises en cause en dépit du succès des tests d'universalisation auxquels elles sont soumises, et malgré l'absence de critiques relatives aux conséquences probables de leurs effets sur les activités quotidiennes des sociétaires juridiques.

848. Plus largement, les examens de validité en fonction des situations d'action connues constituent l'ultime moyen d'évaluation des propositions langagières déontologiques œuvrant à l'inscription dans le corps de la Constitution des plus importantes des règles de conduite individuelles. Avec ces derniers s'achève donc l'exposé des multiples tests visant à s'assurer de la justesse des arguments moraux invoqués au cours de l'élaboration ou de la révision des normes constitutionnelles.

849. Conclusion de section. Chez J. Habermas, l'institutionnalisation des échanges de prétentions langagières relatives aux normes morales concourt à la formation de normes déontologiques au sein du système juridique. Cette observation est encore précisée par K. Günther qui distingue les discussions de fondation de la norme, de portée générale et catégorique, des discussions d'application concernant des situations d'action spécifiques, l'échelon constitutionnel étant associé à la première forme de débat. L'enjeu de cette seconde section était donc double, il s'agissait en premier lieu de décrire les différentes propositions concourant à la fondation rationnelle des droits fondamentaux, avant d'aborder dans un deuxième temps les tests de validité permettant de juger de la justesse de ces prétentions.

en 2008 à ce sujet. Cf. MUHLMANN, Géraldine et ZALC, Claire. La laïcité, de la IIIe à la Ve République. *Pouvoirs*. 2008, Vol. 3, n° 126, pp. 101-114.

²⁹⁴ Norbert Rouland observe en effet que la *formule elliptique* du treizième alinéa rend confuse la compréhension de la nature des droits garantis ainsi que des instruments relatifs à leur mise en œuvre. Cf. ROULAND, Norbert. *Introduction historique au droit*. Paris : Presses Universitaires de France, 1998. p. 690.

²⁹⁵ « Tous les États totalitaires ont commencé – ce fut leur première mesure – par établir le monopole de l'enseignement. Nul d'entre vous n'ignore qu'une des premières mesures prises par Mussolini a été de monopoliser la formation de la jeunesse afin d'empêcher les parents et les écoles privées de former les jeunes. Il est donc nécessaire que des garanties nous soient données sur le plan de la Constitution ». Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – 2e séance du 29 août 1946... *Op. cit.* p. 3413.

850. La diversité des propositions morales qui alimentent le discours constitutionnel peut tout d'abord être expliquée en ayant recours à la distinction opérée par J. Habermas entre autonomie privée et autonomie publique. Cette différenciation aide à comprendre qu'une partie des droits fondamentaux mis en discussion s'incarne dans les libertés d'action inhérentes aux activités individuelles, tandis qu'une autre a trait aux libertés de participation aux activités politiques et sociales régissant la vie de la communauté.

851. Une fois énoncées, ces propositions font l'objet d'un test de validité à deux niveaux. Le premier examen vise à établir l'universalité de la disposition constitutionnelle discutée. Il entend ainsi évaluer la compatibilité de la norme en fonction des préférences individuelles. Le second s'intéresse quant-à-lui à la cohérence de la norme vis-à-vis des situations d'actions connues. Il permet en ce sens d'anticiper, dans l'horizon limité des connaissances dont disposent les partenaires de la discussion, les conséquences et les effets secondaires susceptibles de résulter de son application.

852. Cet ultime développement marque ainsi la fin de la seconde section de ce chapitre inhérent aux discussions morales sur l'élaboration des Constitution. Cet épilogue incite dès lors à proposer une conclusion plus générale à ce troisième chapitre.

CONCLUSION DU TROISIÈME CHAPITRE

853. Le troisième chapitre de ce travail de thèse s'est intéressé aux arguments moraux invoqués au cours des discussions pratiques relatives à l'élaboration ou à la révision de la Constitution. On aura ainsi remarqué que de tels énoncés se nourrissent du terreau fertile des principes moraux qui gouvernent toutes les activités quotidiennes pour acquérir une dimension juridique universelle par le prisme du principe démocratique. Cette étude s'est donc organisée en deux temps, le premier pour donner une définition substantielle de la diversité des règles déontologiques régissant les conduites de vie individuelles, et le second pour montrer comment le constituant œuvre à la transformation de certaines de ces normes morales en droits constitutionnels.

854. Pour définir la notion de règle morale, J. Habermas préfère à la *Règle d'or* de Hobbes, le concept d'impératif catégorique kantien où l'action que l'on entreprend n'est juste que si l'on peut vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle. Reste que cette définition n'éclaire aucunement la nature des règles de conduite qui organisent les relations sociales. En cela, les travaux de Bernard Gert apportent un éclairage intéressant et permettent de considérer que les normes déontologiques se trouvent systématiquement guidées par dix sortes de commandements. Les cinq premiers ont le caractère d'obligations négatives et entendent protéger les libertés de choix et d'action de chacun. Les cinq autres prennent la forme d'obligations positives qui contraignent les membres de la société à observer certaines règles de comportement nécessaires au succès des transactions et des interactions entre les personnes.

855. Les plus importantes de ces règles peuvent acquérir un caractère juridique à travers l'œuvre du législateur ou du constituant. La distinction des fonctions de ces deux acteurs occupe l'introduction de la seconde section. Avec Klaus Günther on comprend alors que le constituant contribue aux discussions de fondation qui confèrent à la règle de conduite sa forme générale et universelle, tandis que le législateur se charge des discussions d'application de la norme aux situations spécifiques d'action. Puisque ce travail de recherche s'intéresse en premier lieu aux débats constitutionnels, le second aspect est laissé de côté, et le développement de la section se focalise sur la transcription juridique des principes moraux en droits fondamentaux contenus dans la Constitution. Dès lors, sont étudiées d'une part les propositions langagières visant l'élaboration des droits garantis de l'autonomie privée et de l'autonomie publique des individus, et d'autre part les divers examens permettant de s'assurer de la validité morale de ces prétentions.

856. L'étude de ces différents éléments permet ainsi de conclure l'analyse de discussions pratiques qui influencent l'issue des réformes constitutionnelles.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

858. L'analyse pragmatico-formelle du langage de la Constitution du point de vue de la théorie de la discussion s'appréhende tout d'abord à partir de l'étude des formes du discours constitutionnel. Dès lors, l'enjeu de la première partie de cette thèse a été d'en décrire les différents aspects. J. Habermas distingue en ce sens trois types de discours : les discussions pragmatiques inhérentes aux normes techniques à mettre en œuvre pour parvenir à une fin, les discussions éthiques poursuivant l'adoption de normes cliniques d'orientation des conduites de vie, et les discussions morales visant à donner une valeur juridique aux règles de conduites les plus utiles à l'organisation de la vie sociale. La conclusion de cette partie sera l'occasion de revenir sur la description des éléments les plus importants de ces différents discours.

859. Le premier chapitre traite donc des discussions pragmatiques concourant à la production de dispositions constitutionnelles d'ordre technique. Au cours des échanges relatifs à l'intégration dans la Constitution de telles dispositions, les partenaires de la discussion orientent leurs propositions selon la finalité poursuivie. Aux activités téléologiques guidées par le succès correspondent tout d'abord les propositions instrumentales et stratégiques. Les interlocuteurs forment alors leurs arguments en se fondant sur leurs propres expériences de vie, sur la logique du raisonnement, ou sur les menaces et mises en garde adressées aux autres membres de la discussion. Relèvent par ailleurs des activités téléologiques guidées par l'intercompréhension, les propositions d'action d'ordre axiologique ou affectuel visant à influencer le discours en jouant soit sur les convictions, soit sur les affects des participants. Peuvent alors être convoqués des arguments fondés sur des normes objectives d'action et des critères subjectifs de comportement, mais aussi sur la satisfaction des désirs et des émotions.

860. À la formulation de propositions d'action est ensuite associé l'examen des prétentions à la validité contenues dans ces propositions. Cet examen pourra varier selon la nature des énoncés formulés au cours de la discussion. Lors de la formulation d'un énoncé constatatif relatif à la description d'un état de choses, les interlocuteurs chercheront à s'entendre sur la vérité d'une proposition. Quand cet énoncé prend une forme impérative, les partenaires de l'échange discuteront de l'efficacité des mesures envisagées pour satisfaire la fin recherchée. Lorsqu'un énoncé porte sur un moyen de régulation, la discussion permettra d'évaluer la justesse des propositions d'action. Enfin, si cet énoncé vise à exprimer un désir ou une émotion, le contrôle de validité sera orienté vers la véracité de l'acte de langage.

861. Dans le deuxième chapitre ont ensuite été étudiés les discours éthico-politiques orientés vers la formulation des normes cliniques de la Constitution. Avec A. MacIntyre, on montrait alors que ces discussions pouvaient varier selon la stabilité plus ou moins éprouvée du système juridique. Dans cette perspective, une première section a permis d'expliquer comment, en période de stabilité, les discussions éthico-politiques s'orientent vers l'auto-compréhension de la tradition juridique de la communauté de vie afin de contribuer à son renforcement. Cette intention stimule ainsi les interactions langagières visant à garantir le savoir juridique, la continuité de la tradition juridique, la solidarité des groupes sociaux de la communauté et la participation des membres de la société. Il arrive néanmoins qu'au cours des discussions, les vérités contenues dans la tradition juridique originelle se trouvent ébranlées en raison d'une altération des croyances dans les valeurs défendues par la Constitution ou d'un manque d'effectivité des institutions et des pratiques politiques. Cette situation oriente alors vers la recherche de nouveaux équilibres.

862. La seconde section du chapitre s'attache ainsi à étudier les interactions communicationnelles orientées vers le rétablissement de ces équilibres. Deux types de propositions langagières peuvent contribuer à y parvenir. Lorsque la tradition ne se trouve pas encore structurellement remise en cause, les propositions normatives s'orientent dans le sens d'une réinterprétation des intuitions d'arrière-plan de la tradition originelle. Il s'agit alors d'œuvrer à la réinterprétation de la structure de valeurs du monde vécu, de l'interactivité des institutions et des pratiques traditionnelles. Par contre, lorsque survient une crise épistémologique d'une ampleur telle que les ressources de la tradition originelle ne suffisent plus à la résolution des conflits de la tradition, le constituant cherche à produire des propositions d'innovation. Ces propositions s'inspirent des ressources inédites de traditions rivales et consistent en une appropriation des composantes structurelles, des institutions et des pratiques importées d'autres systèmes juridiques. Par ailleurs, de même que pour les discussions pragmatiques, toute proposition éthico-politique se trouve soumise à un examen de validité visant à évaluer sa cohérence, et les propositions d'innovation sont en plus contraintes par un examen de continuité pour s'assurer de la compatibilité et de la coïncidence de leur objet vis-à-vis de la tradition originelle.

863. Enfin, l'ultime chapitre de cette première partie aborde les discussions portant sur l'intégration, dans la Constitution, des normes déontologiques d'ordre moral. La première section aura en ce sens été consacrée à une tentative de détermination des diverses règles morales à partir de la classification proposée par B. Gert. Ainsi, un premier développement a pu s'intéresser aux commandements négatifs élémentaires de protection de l'intégrité. Là se retrouvent par exemple les prohibitions de négation de

l'altérité et d'infliction de douleurs, telles que l'interdiction de privation du libre arbitre ou d'altération des choix, mais aussi les prohibitions d'empêchement de l'atteinte aux fins et d'usage des moyens, comme l'interdiction de privation des libertés et des plaisirs ou des capacités d'agir et de vouloir. Dans un second développement sont ensuite traités les commandements positifs de préservation de la sociabilité. Ces derniers rassemblent d'un côté les injonctions relatives à la préservation des libertés de transaction individuelles, ainsi que les injonctions au respect des règles et de la loi garantes des libertés d'interaction entre les membres de la communauté de vie.

864. La seconde section du chapitre prétend quant à elle s'intéresser à la transformation des règles morales en droits fondamentaux, désormais reconnus comme des contingences juridiques universelles. Les propositions du constituant prennent en ce sens deux directions. Certaines d'entre elles entendent œuvrer à la constitutionnalisation des libertés de choix et d'action en cherchant à intégrer au texte constitutionnel les droits fondamentaux garants de l'exercice et de la protection des libertés privées. Les autres sont motivées par le renforcement des droits fondamentaux de la participation aux activités politiques et aux activités sociales. Par ailleurs, pour être reconnues comme valides, ces propositions sont soumises à un test d'universalisation visant à s'assurer de la compatibilité des énoncés par rapport aux préférences individuelles des participants à la discussion mais aussi vis-à-vis des effets possibles que l'implémentation de ces nouveaux droits est susceptible de produire sur le reste du système juridique.

865. Avec la synthèse des différentes formes de discussions œuvrant à l'élaboration des dispositions techniques, cliniques et déontologiques du texte constitutionnel s'achève donc la première partie de cette thèse relative aux discours pratiques d'élaboration des normes de la Constitution. Pour autant, l'ambition de l'analyse pragmatico-formelle du rapport entre factualité et validité de la norme chez J. Habermas ne s'arrête là. Un autre aspect fondamental de son étude concerne l'objet des discussions normatives elles-mêmes, et c'est donc vers cela que s'orientera la seconde partie de ce travail.

SECONDE PARTIE

LES OBJETS DU DISCOURS, LA NORME CONSTITUTIONNELLE COMME REFLET DE L'ESPACE PUBLIC POLITIQUE

867. En 1992, la publication de *Droit et démocratie* offre à J. Habermas la possibilité d'étudier la tension entre factualité et validité de la norme selon un double rapport. Il qualifie ainsi de *rapport interne* la relation entre les deux notions qui constitue *l'infrastructure du droit dans les sociétés modernes*, et parle de *rapport externe* lorsque la validité des *implications sémantiques du droit en vigueur* est analysée indépendamment de la factualité des *processus politiques* qui organisent l'État de droit¹.

868. En cherchant à démontrer l'applicabilité de la théorie de l'agir communicationnel au processus discursif d'élaboration de la norme constitutionnelle, la première partie de cette étude s'est résolument inscrite dans le cadre de ce second rapport. Les discussions du constituant n'ont en effet été analysées qu'à travers l'examen des différents arguments pragmatiques, éthiques et moraux, caractéristiques des discussions pratiques, en laissant de côté les contingences institutionnelles concourant à la formation de la volonté politique au sein de l'espace public. C'est donc à ce nouveau problème, celui du rapport intrinsèque entre factualité sociale et validité des discours normatifs, que se propose de répondre l'ensemble de cette deuxième partie.

¹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 48, 312.

869. Proposer une description pertinente des différentes formes d'influence du discours constitutionnel peut très vite se transformer en exercice périlleux si l'on néglige de poser d'emblée les jalons épistémologiques qui guideront cette réflexion. Nombreuses sont les théories, et plus nombreux encore les auteurs, sur lesquels s'appuyer pour expliquer la nature des interactions entre l'espace public politique et le constituant. J. Habermas lui-même, semble avoir fait évoluer sa posture pendant plus de trois décennies². Aux *théories empiristes de l'action* analysant l'espace public à partir des comportements individuels vis-à-vis du pouvoir politique³, lui préfère le réalisme de la *théorie des systèmes* de Niklas Luhmann présentant la société comme « un tissu de sous-systèmes autonomes s'isolant les uns des autres en développant leurs sémantiques propres »⁴. En permettant de contourner les biais d'interprétation qui galvaudent l'ensemble des tentatives d'analyse empirique des rapports de pouvoirs entre l'État et la société, la théorie de Luhmann gagne en réalisme. L'Administration, les collectivités, les associations, et de manière générale toutes les institutions spécialisées dans l'organisation des relations sociales y sont perçues comme des *systèmes autopoïétiques clos* cherchant sans cesse à renforcer leur autorité et leur autonomie à travers l'élaboration d'un langage hermétique aux interactions à l'intérieur de l'espace public. S'il partage avec Luhmann l'analyse d'une tendance à l'autonomisation des systèmes dans la lutte pour le pouvoir, J. Habermas refuse cependant d'admettre que ce processus puisse conduire à une inéluctable émancipation des contingences normatives qui organisent les rapports sociaux. Il suit au contraire l'intuition empiriste selon laquelle demeureraient à côté des spécificités sémantiques de chaque système,

² Isabelle Aubert considère qu'au moins trois écrits permettent de révéler cette évolution : *L'espace public* en 1962, l'article de 1989 sur *La souveraineté populaire comme procédure*, et bien sûr *Droit et démocratie* en 1992. Cf. AUBERT, Isabelle. Réviser l'« espace public » avec la sociologie. Un regard sur la théorie de Bernhard Peters. *Participations*. 2013, Vol. 1, n° 5, p. 182.

³ *Droit et démocratie* apporte en ce sens un éclairage propédeutique bienvenue. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 357-360. *Le futur de la démocratie* de Norberto Bobbio tient ici lieu d'ouvrage précurseur. Bobbio y développe une *théorie du pluralisme*, avec l'idée selon laquelle, au sein de l'espace public, le pouvoir social se trouve éclaté en une multitude de centres disséminés à l'intérieur de l'État, sans pour autant s'identifier à lui. Cf. BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México (DF) : Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 45. Joseph Schumpeter reproche toutefois à Bobbio de sous-estimer les déséquilibres susceptibles de se former au sein des groupes représentatifs du pouvoir social. Lui préfère parler d'une *théorie des élites* où les groupes sociaux se retrouvent en concurrence dans leur lutte pour faire un usage légal du pouvoir. Cf. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism & democracy*. London : Routledge, 2003. p. 245. La *théorie économique de la démocratie* vient par la suite s'inscrire dans ce même cadre en comparant le comportement des électeurs et des hommes politiques, à celui des acteurs en concurrence sur le marché. Cf. DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. New York : Harper & Row, 1957. pp. 191-192. L'étude de la rationalité de ces choix individuels connaîtra par la suite plusieurs corrections, telles que l'intégration des considérations éthiques dans la prise de décision (Cf. SEN, Amartya K. A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory. *Philosophy & Public Affairs*. 1977, Vol. 6, n° 4, pp. 317-344) ou l'intégration des déterminismes conjoncturels (Cf. MANSBRIDGE, Jane. Self-Interest in Political Life. *Political Theory*. 1990, Vol. 18, n° 1, p. 145). J. Habermas explique le rejet de cette posture par le fait que, malgré les nombreux correctifs apportés, les données empiriques révèlent qu'aucun de ces modèles ne parvient à anticiper de manière totalement convaincante le comportement des acteurs au sein de l'espace public.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 361. On pourra notamment retrouver une explication détaillée de ces systèmes dans l'*Introduction à la théorie des systèmes* de N. Luhmann. Cf. LUHMANN, Niklas. *Introduction to systems theory*. Cambridge : Polity Press, 2013. pp. 70 et suiv.

un langage ordinaire parallèle favorisant leur intercompréhension pour résoudre les problèmes de la société⁵.

870. Dès lors, c'est au droit que J. Habermas impute la fonction d'intégration sociale des différents systèmes. « *Le langage du droit, explique-t-il, traduit les communications du monde vécu, telles qu'elles proviennent de l'espace public et de la sphère privée, dans une forme sous laquelle ces messages peuvent être accueillis par les codes spécialisés des systèmes d'action autorégulés, et inversement* »⁶. Travailler sur la forme de ces messages, analyser l'objet des traductions juridiques garantes des interactions et de la non-émancipation des différentes sphères du monde vécu⁷, là se trouve le cœur de l'entreprise habermassienne d'une étude sur le rapport interne entre factualité et validité. Pour mener à bien un tel projet, J. Habermas trouve dans les travaux de Bernhard Peters sur l'intégration des sociétés modernes⁸ un point de départ intéressant.

871. L'attrait pour la théorie de Peters réside principalement dans sa modélisation de la lutte pour le pouvoir entre les différentes sphères de l'espace public réparties selon une logique *centre-périphérie* et capables d'interagir grâce à un *système d'écluses* permettant une régulation des attentes normatives au sein de la société⁹. Au centre du modèle se situent les institutions de l'État que sont *l'Administration*, la *Justice* et les *institutions de formation démocratique de l'opinion et de la volonté*. Seules ces deux dernières sont susceptibles de fournir aux autres sphères les raisons normatives suffisantes pour exercer leurs propres pouvoirs dans le respect des présuppositions communicationnelles de formation de l'opinion et de la volonté. Elles jouent ainsi une fonction d'écluse visant à opérer une *rationalisation discursive*¹⁰ des revendications du pouvoir administratif et des espaces périphériques tout en anticipant leurs prétentions d'émancipation¹¹. La périphérie du modèle se décline schématiquement en deux cercles

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 379.

⁶ *Ibid.* p. 381.

⁷ GÖHLER, Gerhard, PÉGNY, Gaëtan et SINTOMER, Yves. La dimension affective de la démocratie. Réflexions sur la relation de la délibération et de la symbolique. *Raisons politiques*. 2013, Vol. 2, n° 50, pp. 97-114.

⁸ Cette expression fait référence à la traduction donnée par I. Aubert du titre de l'ouvrage *Integration moderner Gesellschaften*, publié par Peters en 1994. Cf. AUBERT, Isabelle. Réviser l'« espace public » avec la sociologie. *Op. cit.* p. 180.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 382.

¹⁰ L'expression est employée par J. Habermas dans *L'intégration républicaine*. La rationalisation est ici comprise comme l'ensemble des procédures et des présuppositions communicationnelles mises en œuvre par le juge et le législateur pour garantir la formation démocratique de l'opinion et de la volonté. Cf. HABERMAS, Jürgen. *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*. Op. cit. p. 271.

¹¹ On pourra ici reproduire la citation de Peters donnée par J. Habermas dans les pages de *Droit et démocratie* : « *la légitimité des décisions dépend cependant des processus de formation de l'opinion et de la volonté qui se déroulent à la périphérie. Le centre est un système d'écluses que de nombreux processus doivent traverser au niveau du système politico-juridique, mais le centre ne contrôle la direction et la dynamique de ces processus que dans certaines limites. Les transformations peuvent partir aussi bien de la périphérie que du centre* » [traduction de R. Rochlitz]. Cf. PETERS, Bernhard. *Die Integration moderner Gesellschaften*. Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1993. p. 340.

concentriques. À proximité immédiate du centre gravitent d'abord les institutions chargées par l'État de l'exercice de certaines compétences déléguées, telles que les Universités ou les autorités administratives indépendantes. À cette *périphérie interne* fait ensuite place *une périphérie externe* qui rassemble un *entrelacs complexe* de groupes politiques, de lobbies, d'associations religieuses, ou d'institutions culturelles qui ne bénéficient d'aucune forme de légitimité administrative¹².

872. La contribution de Peters offre certainement à J. Habermas la possibilité de voir dans les normes juridiques le ciment institutionnel des rapports de pouvoir entre les différentes sphères de l'espace public. Le droit, et en particulier le droit constitutionnel¹³, est ainsi chargé de réguler les interactions entre les espaces de formation institutionnalisée de la volonté politique, et les espaces autonomes des *communications spontanées* qui influencent les décisions publiques.

873. C'est donc autour de ce paradigme que sera structurée l'étude de cette seconde partie : toute discussion constitutionnelle portant sur l'élaboration d'une norme contient en arrière-plan l'intention du constituant de réguler les interactions entre les sphères de l'espace public. L'examen successif du comportement des espaces institutionnels et des espaces autonomes devra ainsi contribuer à mettre en lumière l'objet du langage de la Constitution.

¹² On remarquera d'ailleurs que quelques années avant la parution de *Droit et démocratie*, J. Habermas s'était déjà attaché à décrire cette périphérie externe comme un réseau complexe d'*association libres* « *spécialisées dans la production et la diffusion de convictions pratiques, donc spécialisées pour découvrir des thèmes bénéficiant d'une résonance sociale globale, contribuer à d'éventuelles solutions, interpréter des valeurs, produire de bonnes raisons, en désamorcer d'autres* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure. *Op. cit.* p. 50.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 203.

CHAPITRE 1.

LA NORME CONSTITUTIONNELLE, REFLET DES ESPACES INSTITUTIONNELS

874. *Politics, Economics and Welfare* n'est certainement pas l'essai le plus connu du politologue américain Robert Alan Dahl. Co-écrit en 1953 avec Charles Lindblom, l'ouvrage constitue pourtant le prélude d'une longue carrière de recherche sur la *polyarchie*. Le terme, maintes fois précisé par la suite, y est d'abord défini comme « un procédé, parfois appelé démocratie, où les gouvernés contrôlent les gouvernants [nous traduisons] »¹. De même que pour les régimes démocratiques, et par opposition aux formes de gouvernement autocratiques ou aristocratiques, on retrouve ici l'idée d'un pouvoir exercé par une pluralité d'acteurs². Mais ce terme ne peut que partiellement être confondu avec celui de démocratie. Là où la démocratie est vue comme un modèle idéal dans lequel le Peuple souverain concède et contrôle l'exercice du pouvoir, la polyarchie s'appréhende plutôt comme un ensemble réaliste *d'arrangements institutionnels* entre divers groupes cherchant à se partager ce pouvoir³.

875. Par cette approche, Dahl apporte un éclairage intéressant à l'analyse faite par J. Habermas des institutions situées au centre du processus de décision du système politique :

Le cœur du système politique se compose de systèmes institutionnels bien connus : Administration (Gouvernement inclus), Justice, et institutions de formation démocratique de l'opinion et de la volonté (organismes parlementaires, élections politiques, concurrence des partis, etc.). Ce centre [...] est donc structuré de façon « polyarchique »⁴.

¹ DAHL, Robert Alan et LINDBLOM, Charles E. *Politics, Economics and Welfare. Planning and Politico-Economic Systems Resolved into Basic Social Processes*. New York : Harper & Row, 1953. p. 23.

² DAHL, Robert Alan. *On democracy*. New Haven : Yale University Press, 1998. p. 90.

³ DAHL, Robert Alan. *Polyarchy: Participation and opposition*. New Haven : Yale University Press, 1971. p. 9. On ne se situe dès lors plus très loin de ce que Montesquieu avait déjà théorisé dans son *Esprit des lois*, à savoir une tendance à l'émancipation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, limitée par une habile distribution des pouvoirs et des contre-pouvoirs entre les institutions. Cf. MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat. *L'esprit des lois/1*. Vol. 1. Paris : Classiques Garnier, 2011. p. 166.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 382.

876. L'Administration, la Justice et les institutions de formation démocratique de l'opinion et de la volonté forment ainsi un tissu institutionnel polycentrique où chacun négocie, à partir du médium du langage normatif, les conditions de sa propre autonomisation. Fluidifier ce langage en multipliant les possibilités discursives offertes aux différentes sphères publiques en vue de coordonner leurs actions tout en respectant leurs prérogatives devient alors la finalité première du droit constitutionnel⁵. Cette fluidification communicationnelle de la politique⁶ ne peut toutefois être organisée de façon efficace qu'à la condition de faciliter l'articulation des fonctions étatiques exercées par les différents organes du centre. Pour J. Habermas, le pouvoir législatif, se voit ainsi doté d'une fonction de programmation des actions utiles à la vie en société⁷, tandis que l'Administration concourt à leur mise en œuvre. La Justice enfin, se trouve chargée de résoudre les conflits d'action occasionnés par l'implémentation de ces programmes⁸.

877. Dans l'esprit de Peters, ces particularités fonctionnelles traduisent une différence de comportement du pouvoir administratif d'un côté, et des pouvoirs législatif et judiciaire de l'autre. Dans l'exercice de sa fonction d'implémentation, le premier tente de renforcer son autorité en surjouant son rôle dans l'exécution des programmes du législateur et en influençant le pouvoir législatif dans l'élaboration des raisons normatives qui légitiment son activité. Les deux autres ont au contraire une fonction d'écluse,

⁵ Dans son article déjà cité sur la *démocratie épistémique*, J. Habermas précise le sens de sa lecture téléologique de la norme de droit. Puisque la multiplicité des formes de vie culturelle, le pluralisme des images du monde et la diversité croissante des intérêts politiques du moment, accélère le phénomène de différenciation fonctionnelle entre les sous-systèmes sociaux, il incombe aux sociétés démocratiques de fluidifier les conversations formelles et informelles entre les espaces afin de permettre une régulation efficace des nouvelles matières soumises à la discussion. Cf. HABERMAS, Jürgen. La démocratie a-t-elle encore une dimension épistémique? Recherche empirique et théorie normative (1). *Op cit.* p. 222. Pour l'analyse des différents catalyseurs de cette différenciation fonctionnelle, on pourra se reporter à la critique du sociologue Alistair S. Duff concernant la théorie de la société de l'information proposée par Daniel Bell. Cf. DUFF, Alistair S. Daniel Bell's theory of the information society. *Journal of Information Science*. 1998, Vol. 24, n° 6, p. 384. L'approche de J. Habermas justifie ainsi de recourir au droit pour favoriser ces interactions. De ce point de vue, le droit constitutionnel acquiert une acuité particulière en ce qu'il permet de réguler les interactions spécifiques aux institutions situées au centre de l'espace public.

⁶ L'expression est tirée de l'article de J. Habermas précité. Cf. HABERMAS, Jürgen. La démocratie a-t-elle encore une dimension épistémique? Recherche empirique et théorie normative (1). *Op cit.* p. 222.

⁷ Cette fonction du pouvoir législatif est largement explorée par Clément Viktorovitch dans sa contribution au récent ouvrage de Loïc Blondiaux et Bernard Manin sur *Le tournant délibératif de la démocratie*. Situées au cœur des systèmes institutionnels, les assemblées parlementaires ont selon lui pour fonction première de contribuer à « l'organisation de débats publics réglés par une procédure rigoureuse dans la perspective d'une prise de décision ». Cf. VIKTOROVITCH, Clément. Saisir et définir la délibération par l'argumentation: l'exemple des débats parlementaires français. Dans : BLONDIAUX, Loïc et MANIN, Bernard, *Le tournant délibératif de la démocratie*. Paris : Presses de Sciences Po, 2021, p. 227.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 206.

comprise par J. Habermas comme une prérogative de régulation des *flux communicationnels*⁹ provenant non seulement du pouvoir administratif, mais aussi du pouvoir social situé à la périphérie¹⁰.

878. Désormais, à partir de ces éléments de définition, on pourra sans doute s'interroger sur l'influence des discussions constitutionnelles dans l'organisation des rapports de pouvoir entre ces différents organes. Or c'est précisément à cela que se propose de répondre ce premier chapitre. Il s'agira donc d'expliquer la finalité de l'office du constituant en tant que régulateur des interactions entre un pouvoir administratif chargé de la mise en œuvre de normes de droit, un pouvoir législatif voué à leur élaboration, et un pouvoir judiciaire destiné à leur application.

SECTION 1. L'ADMINISTRATION, POUVOIR D'INFLUENCE PRAGMATIQUE ET AXIOLOGIQUE DE L'IMPLÉMENTATION DES NORMES

879. En 1958, la publication de *La condition de l'Homme moderne* fournit à Hannah Arendt l'opportunité de s'intéresser à la notion de puissance : « *la puissance, dit-elle, n'est actualisée que lorsque la parole et l'acte ne divorcent pas, lorsque les mots ne sont pas vides, ni les actes brutaux, lorsque les mots ne servent pas à voiler des intentions mais à révéler des réalités* »¹¹. De ce point de vue, tout acte de puissance, pour être légitime, suppose le maintien d'un certain niveau de communication entre les détenteurs du pouvoir et celles et ceux qui lui sont soumis. L'Administration, en ce qu'elle constitue une matérialisation de l'exercice de la puissance publique au sein du pouvoir politique, n'échappe donc pas à cette exigence. Il incombe alors au droit, moyen privilégié de communication entre les institutions, de lier l'expression démocratique de la volonté à l'exercice du pouvoir administratif¹².

880. Contribuer à la compréhension de cette première fonction régulatrice du droit n'est toutefois envisageable qu'à la condition de saisir l'étendue des manifestations du pouvoir de l'Administration. En

⁹ On retrouve ici l'idée de Peters selon laquelle l'espace public se trouve en permanence inondé de flux de communication de toutes sortes qui empruntent les canaux les plus variés pour influencer le pouvoir politique. À travers l'élaboration législative de la norme ou lors de son application judiciaire, les *écluses* ont alors pour objet de transformer en *raisons* certaines des attentes normatives émanant de ces communications. Cf. AUBERT, Isabelle. Réviser l'« espace public » avec la sociologie. *Op. cit.* p. 185.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* pp. 383-384.

¹¹ ARENDT, Hannah. *Condition de l'homme moderne.* *Op. cit.* p. 260.

¹² « *Du point de vue cognitif, le primat de la loi légitimée par une procédure démocratique signifie que l'Administration n'a pas de prise sur les prémisses qui sont à la base de ses décisions. Du point de vue pratique, elle signifie que le pouvoir administratif n'a pas le droit d'intervenir dans les processus législatifs (ou judiciaires)* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* pp. 192-193.

cela, J. Habermas voit dans l'ouvrage de Jerry Mashaw sur la régularité procédurale dans l'État administratif un éclairage intéressant. L'Administration y est présentée comme « *le processus de valeurs établies dans un monde de faits contingents [où] les administrateurs ont à découvrir et à entreprendre les actions qui serviront à réaliser des fins spécifiques [et] à accomplir la tâche qui leur est assignée en procédant d'une manière économique* » [traduction de R. Rochlitz]¹³. Par cette définition fonctionnaliste, J. Mashaw confirme l'intuition selon laquelle l'Administration se conçoit d'abord comme un organe exécutif chargé de mettre en œuvre les programmes décidés par le législateur¹⁴. Cependant, cette approche strictement descriptive apparaît vite insuffisante à des auteurs qui, à l'instar de Luhmann ou Peters, appréhendent les pouvoirs sous la forme dynamique d'une lutte pour l'autonomie.

881. C'est sans doute pour cette raison que J. Habermas s'intéresse en second lieu à la nature des programmes implémentés par l'Administration. Il remarque alors que, loin de prendre systématiquement la forme de *programmes conditionnels* cantonnant les énoncés législatifs à une définition des moyens utiles à l'atteinte d'objectifs généraux, de nombreuses législations établissent désormais des *programmes finalisés* qui fixent avec précision les attentes du législateur mais laissent à l'Administration toute discrétion pour y parvenir¹⁵. Le pouvoir administratif dépasse ainsi sa simple compétence d'exécution pour opérer de véritables arbitrages axiologiques quant à la stratégie de développement de ses prérogatives¹⁶.

¹³ MASHAW, Jerry L. *Due Process in the Administrative State*. New Haven : Yale University Press, 1985. p. 230.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public. *Op. cit.* p. 45.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 210. J. Mashaw lui-même reconnaît d'ailleurs cette tendance à travers l'examen de l'activité du Congrès américain : « *Lorsque le Congrès attend des nouveaux organismes administratifs [...] de faire la part des exigences relatives à la santé ou à la sécurité publiques, au besoin d'emplois, à la diversité des produits, et à une économie dynamique, il semble clair que les administrateurs sont obligés de faire des choix axiologiques qui dépassent toute définition d'une compétence technique ou professionnelle* » [traduction de R. Rochlitz]. Cf. MASHAW, Jerry L. *Due Process in the Administrative State*. *Op. cit.* p. 22. C'est aussi en ce sens que l'on doit comprendre la formule déjà employée par J. Habermas dans son article sur *La souveraineté populaire comme procédure* : « *dans le médium dans lequel doit se dérouler l'auto-efficace programmé par des lois est inscrit le sens contraire (Gegensinn) d'un cycle de pouvoir autoprogrammé* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public. *Op. cit.* pp. 45-46.

¹⁶ Dans un article de la *Revue de métaphysique et de morale* qu'il consacre en 2019 aux *raisons d'État* Pascal Engel fournit une compréhension plus affinée des raisons qui inspirent l'action administrative « *une raison est une "considération" qui compte en faveur (favours) d'une attitude, qui tient à la fois à un fait du monde et à la relation que nous avons avec ce fait. Par exemple, le fait que l'immeuble soit en feu est une raison (normative) de sauter par la fenêtre. Mais le fait en lui-même ne peut motiver l'agent, s'il l'ignore. Quand il vient à prendre conscience de ce fait, la raison normative devient sa motivation pour sauter par la fenêtre. Mais l'agent aurait pu aussi avoir toutes sortes de raisons de sauter par la fenêtre (par exemple, il aurait pu parier une grosse somme qu'il en était capable)* ». Cf. ENGEL, Pascal. Peut-il y avoir des raisons d'État ? *Revue de métaphysique et de morale*. 2019, Vol. 2, n° 102, pp. 68-69. La première forme de raison est *pragmatique*, l'action est motivée par la contrainte : l'individu saute par la fenêtre car celle-ci représente la seule issue à sa propre survie. De même, l'Administration exécute la loi parce qu'elle craint une sanction en manquement prononcée par le juge. La seconde est d'ordre *épistémique* et relève de l'éthique personnelle de l'agent qui entreprend l'action. L'activité n'est plus commandée par l'existence d'une force contraignante extérieure mais dépend de la volonté autonome de son

882. C'est donc autour de la mise en œuvre de ces programmes que s'axera la première section de ce chapitre. À travers l'analyse des discours constitutionnels français et argentin, il conviendra de mettre en exergue l'influence sur le constituant que produit l'interprétation administrative de la législation. Un premier développement entendra ainsi appréhender cette influence dans l'exécution pragmatique de la loi (I.), tandis qu'un second permettra d'en décrire les manifestations dans le cas d'une implémentation axiologique (II.).

§ I. L'EXÉCUTION PRAGMATIQUE DES PROGRAMMES LÉGISLATIFS CONDITIONNELS

883. En 1892, Maurice Hauriou publie la première édition de son *Précis de droit administratif et de droit public*. L'introduction de l'ouvrage permet d'enrichir la définition de la fonction administrative : « *c'est une mission complexe, impliquant pour le pouvoir administratif le soin de faire régner l'ordre public et de pourvoir à l'utilité publique par l'application des lois, par la police et par la gestion des services publics* »¹⁷.

884. On retrouve ici l'idée habermassienne d'une lecture instrumentale de la norme, le droit étant perçu par l'Administration comme un moyen de *rationalisation rétrospective* d'actions téléologiquement déterminées¹⁸ dont la rationalité peut être mesurée en fonction de l'efficacité des moyens utilisés pour atteindre une fin donnée¹⁹. Il appartient alors au constituant de contribuer à une implémentation efficiente des injonctions normatives formulées par le législateur.

885. La thèse d'Alix Perrin sur *L'injonction en droit public français* apporte de ce point de vue d'intéressants éléments de compréhension. La norme, lorsqu'elle commande l'action de l'Administration, vise la concrétisation de la règle de droit selon un rapport successif *d'application et d'exécution*²⁰, le premier consistant à l'édiction d'actes juridiques nécessaires à la satisfaction des exigences législatives, quand le second intègre l'ensemble des outils coercitifs utiles à leur réalisation.

auteur, selon son propre référentiel de valeur. On peut alors opposer à la *raison normative* de P. Engel, l'existence d'une *éthique normative* entendue par James Griffin comme « *détermination des états de choses bons ou mauvais et celle des actions qu'il est, du point de vue moral, bien ou mal d'accomplir* ». Cf. GRIFFIN, James. *Méta-Éthique et éthique normative*. Dans : CANTO SPERBER, Monique, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. 1^{re} éd. Paris : Presses Universitaires de France, 1996, p. 960.

¹⁷ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12^e éd. Paris : Dalloz, 2002. pp. 14-15.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public. *Op. cit.* p. 48.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1 ... Op. cit.* p. 187.

²⁰ PERRIN, Alix. *L'injonction en droit public français*. DELVOLVÉ, Pierre (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Panthéon-Assas, 2009. p. 324.

886. Cette distinction pourra dès lors servir une meilleure interprétation de l'objet des discours constitutionnels relatifs à la mise en œuvre pragmatique de la législation. Ce premier développement permettra donc d'aborder tour à tour les discussions du constituant sur l'application de la loi puis celles traitant de son exécution.

A. L'APPLICATION DE LA LOI, UNE PRÉOCCUPATION RELATIVE AUX CONSÉQUENCES ET AU CADRE DE LA LÉGISLATION

887. La notion d'application, lorsqu'elle concerne la règle de droit, revêt un caractère polysémique fort contraignant pour tout juriste intéressé par l'étude de cet objet. Avec prudence, Alix Perrin recourt au dictionnaire pour définir *l'application* comme « *l'action de mettre une chose sur une autre de manière à ce qu'elle la recouvre ou y adhère* »²¹. Dans sa thèse sur *La règle supplétive*, Cécile Pérès-Dourou surmonte le même écueil en convoquant François Rigaux et Henri Motulsky à l'appui de son explication²². Pour le premier, « *le mot "application" désigne le passage d'une norme, d'un précepte général, au cas particulier* »²³. Le second, plus précis, préfère une définition syllogistique de l'application qui n'intervient que dans la mesure où coïncident certaines des *particularités d'une cause* avec les présuppositions contenues dans une règle de droit²⁴.

888. À ces qualifications substantielles s'ajoute par ailleurs la proposition formelle de Jean-Claude Venezia de voir dans l'application la mise en œuvre de mesures visant soit à préciser les modalités d'exécution de règles supérieures (*mesures prises « pour application »*), soit à intervenir dans leur cadre (*mesures prises « par application »*), soit enfin à permettre la concrétisation de la règle dans une situation particulière (*mesures prises « en application »*)²⁵.

²¹ *Ibid.* p. 325.

²² PÉRÈS-DOURDOU, Cécile. *La règle supplétive*. GHESTIN, Jacques (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004. p. 146.

²³ RIGAUX, François. *Introduction à la science du droit*. Bruxelles : Vie ouvrière, 1974. p. 141.

²⁴ « *De deux choses l'une en effet. Ou bien, dans les particularités de la cause se sont retrouvés des éléments équivalents à la totalité de ceux qu'exige, d'après l'analyse qui en a été faite, la présupposition de la règle [...] la règle "possible" apparaît comme la règle "applicable". Mais il peut arriver que cette première tentative n'aboutisse pas et que la comparaison décèle une divergence entre les éléments de la présupposition et les circonstances de la cause. [...] la règle provisoirement admise comme majeure doit être écartée* ». Cf. MOTULSKY, Henri. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*. Paris : Dalloz, 2002. p. 65.

²⁵ VENEZIA, Jean-Claude. Les mesures d'application. Dans : LONG, Marceau, DURRY, Georges, RIVERO, Jean, et al., *Mélanges René Chapus. Droit administratif*. Paris : L.G.D.J - Lextenso, 2014, pp. 674, 676, 678. Pour éclairer ces différentes acceptions, J.-C. Venezia apporte plusieurs illustrations jurisprudentielles. Est ainsi constitutif d'une *mesure prise pour application* d'une norme supérieure le fait pour l'État d'édicter des règlements nécessaires à l'application d'une ordonnance législative (CE, 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*). Par ailleurs, est qualifiée de *mesure prise en application* l'acte par lequel une mairie délivre un permis de construire en vertu du plan d'occupation des sols définissant les terrains constructibles (CE, 5 janvier 1979, *Dames Robinet et Flandre*).

889. Par cette triple distinction, la notion se concrétise. Il est désormais permis de distinguer les actes d'exécution, expression tangible d'une activité administrative rendue possible en application de normes supérieures, des actes juridiques passés en conséquence ou dans le cadre de la réalisation de ces normes. La première forme d'application intéresse moins le présent paragraphe en ce qu'elle concerne l'implémentation des mesures d'exécution de la norme. Elle fera donc l'objet d'un développement ultérieur. Les deux autres par contre, se révèlent particulièrement utiles pour rendre compte de l'encadrement constitutionnel du comportement de l'Administration dans l'implémentation des normes juridiques dérivées de la législation. Observer les préoccupations du constituant inhérentes aux différents aspects de cette régulation fera donc l'objet de l'analyse à venir.

1. Les discours sur l'application en conséquence de la loi

890. En tant qu'outil performatif de déontologie sociale, la loi produit des effets perlocutoires et illocutoires que le constituant juge souvent utile de réguler. Les mesures prises pour l'application des normes servent précisément à cette régulation. Pour Venezia, l'édiction de telles mesures s'avère nécessaire « *dès lors que l'autorité supérieure aura subordonné l'entrée en vigueur des règles dont elle est l'auteur, à des mesures d'application ou dès lors que l'exécution de ces règles sera impossible sans l'intervention de ces mesures* »²⁶.

891. On observe donc deux cas de figure possibles : un premier, où la loi elle-même prescrit l'élaboration des normes nécessaires à sa réalisation, et un second, dans lequel la loi ne prévoit rien mais demeure inapplicable sans intervention de l'Administration. Chacune de ces possibilités pourra être interprétée différemment par le constituant.

a. L'application conséquentialiste prévue par la loi

892. L'un de moyens dont dispose le constituant pour réguler l'implémentation pragmatique de la loi par l'Administration tient dans sa possibilité à contraindre le législateur au vote de dispositions législatives de portée générale ayant pour finalité de régir l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics. Qualifiées d'organiques en France, ou de spéciales en Argentine²⁷, ces lois ont en commun de fixer les

Enfin, est *prise par application* une mesure qui intervient dans le cadre d'une norme supérieure, sans toutefois en constituer la conséquence attendue. Le Conseil d'État a ainsi pu considérer que l'annulation d'un plan d'occupation de sol n'entraînait l'annulation de permis de construire délivrés sur son fondement qu'à l'unique condition d'être entachés d'une illégalité préalable (CE, 28 janvier 1987, *Comité de défense des espaces verts c. SA Le Lama*).

²⁶ VENEZIA, Jean-Claude. Les mesures d'application. *Op. cit.* p. 674.

²⁷ Pour Alfons Aragonese, il n'est d'ailleurs pas impossible que les lois spéciales argentines soient, au moins formellement, héritées du modèle juridique français. Cf. ARAGONESES, Alfons. Crisis del derecho privado y legislación especial en Francia y en Argentina. Dans : ROSARIO POLOTTO, María, KEISER, Thorsten et

modalités d'application de certaines dispositions constitutionnelles, d'être explicitement prévues par le texte de la Constitution et de faire l'objet d'une procédure d'adoption particulière²⁸. Si la position de ces normes vis-à-vis de la Constitution a pu être discutée²⁹, la doctrine admet leur supériorité sur des lois ordinaires qui doivent dès lors en respecter l'autorité.

893. De nombreuses discussions constitutionnelles attestent de la préoccupation du constituant pour enrichir la Constitution de ce type de clause d'application. En Argentine, la volonté des Présidents Menem et Alfonsín de préciser le *noyau de compromis élémentaires* de la révision de 1994 par la promulgation ultérieure de lois spéciales, témoigne par exemple de cette intention. On remarque ici une habile manœuvre politique permettant à la fois de rendre acceptable aux yeux des membres de la Convention³⁰, le compromis passé entre les chefs de la majorité et de l'opposition, tout en limitant la marge d'interprétation laissée à l'Administration (et au législateur) dans la mise en œuvre de ces dispositions³¹.

DUVE, Thomas, *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*. Vol. 2. Francfort-sur-le-Main : Max Planck Institute for European Legal History, 2015, p. 122. Cette supposition se fonde sur l'impression laissée par Léon Duguit, à l'issue d'une série de six conférences données à l'Université de Buenos Aires en 1912. Dans une formule colonialiste propre à la pensée dominante de l'époque, le juriste bordelais affirmait ainsi que « *l'évolution juridique est, dans ces lignes générales, identique dans tous les pays parvenus à peu près au même degré de civilisation* ». Cf. DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris : Librairie Félix Alcan, 1912. p. 10.

²⁸ HAMON, Francis et TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 42^e éd. Paris : L.G.D.J - Lextenso, 2021. pp. 65, 778. Parmi quelques exemples français, on pourra notamment citer la série de lois organiques intervenues à la suite de la révision constitutionnelle de 2008 sur la modernisation des institutions de la Ve République. Entrent ainsi dans cette catégorie, la loi du 6 décembre 2013 relative au référendum d'initiative partagée, celle du 23 juillet 2010 concernant les nominations aux emplois civils et militaires, ou encore celle du 15 avril 2009 organisant l'activité législative du Parlement. En Argentine, de nombreuses lois spéciales suivent, dans le même sens, la réforme constitutionnelle de 1994. On pense par exemple à la loi du 24 mai 2013 relative au Conseil supérieur de la magistrature, à celle du 20 mars 2013 sur la pénalisation du travail infantile et à la loi spéciale du 14 avril 2004 sur la détention d'armes.

²⁹ Dans une communication sur *La place des lois organiques dans la hiérarchie des normes* prononcée à l'occasion de la journée d'étude du Centre de recherche en droit constitutionnel sur *Les lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*, Agnès Roblot-Troizier identifiait au moins trois postures doctrinales divergentes quant à cette question. D'abord, la thèse de la « *constitutionnalisation de lois organiques* » défend l'idée que les lois organiques seraient, à l'origine, de simples lois auxquelles l'on aurait conféré une valeur constitutionnelle après examen de leur conformité à la Constitution. D'autres auteurs partagent plutôt la thèse d'une « *valeur infra-constitutionnelle et supra-législative des lois organiques* ». Les lois organiques auraient ici une *valeur intermédiaire* leur donnant autorité sur les lois ordinaires en servant ainsi de *référence du contrôle de constitutionnalité*. La troisième thèse considère plus humblement la « *valeur législative des lois organiques* ». Les lois organiques n'ont pas d'autorité de fait sur les lois ordinaires en ce qu'elles interviennent en général dans un domaine différent, mais il arrive toutefois qu'à la demande du constituant, et seulement pour un objet bien déterminé, celles-ci *conditionnent la constitutionnalité des lois ordinaires*. Cf. ROBLOT-TROIZIER, Agnès. *La place des lois organiques dans la hiérarchie des normes*. Dans : MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel, *Les lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle. Journée d'étude organisée par le Centre de recherche en droit constitutionnel (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) le jeudi 2 avril 2009 à l'Assemblée nationale*. Paris : Dalloz, 2009, p. 23.

³⁰ La déclaration faite par Ortiz Pellegrini, représentant à la Convention pour la province de Córdoba, présente un argument en ce sens. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 21^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 1 août 1994, p. 2792.

³¹ Comme le rappelle très justement Brigitte Lhoëst, l'enjeu premier du Pacte d'Olivos, déjà abordé dans ce travail (Cf. *Infra.* n°578), était en premier lieu de « *prescrire le contenu exact des modifications relatives aux pouvoirs*

b. L'application conséquentialiste non-anticipée

894. La mise en œuvre pragmatique de la législation par l'Administration se trouve régulée par le constituant par l'intermédiaire de lois organiques qui orientent l'élaboration des normes inférieures. Pour autant, cette forme de régulation reste limitée à certains objets juridiques particuliers et ne permet d'encadrer l'implémentation quotidienne du droit par le pouvoir exécutif qu'en de rares occasions. Demeurent ainsi exclus de tout encadrement préalable³², la plupart des programmes législatifs appliqués par l'Administration.

895. Pour surmonter cet écueil, le constituant français de 1958 choisit de confier au Premier ministre la responsabilité de diriger l'action du Gouvernement. L'article 21 de la Constitution le charge ainsi d'assurer l'exécution des lois, tandis que l'article 20 le rend responsable devant le Parlement. Dans sa contribution aux *Commentaires sur la Constitution*³³, l'ancien maître des requêtes au Conseil d'État Lucien Paoli rappelait la discussion tenue en 1958 à ce sujet entre le Gouvernement et le Comité consultatif constitutionnel³⁴. L'objet du débat avait alors porté sur la faculté d'engager la responsabilité des ministres devant le Sénat. Considérant l'Assemblée nationale dotée d'attributions politiques dont le Sénat se trouvait dépourvu, le Gouvernement était plutôt favorable à ne réserver qu'aux seuls députés la faculté d'engager cette responsabilité. Fidèle à l'esprit de la loi du 3 juin 1958 définissant le cadre de la nouvelle Constitution, le Comité constitutionnel s'était opposé à cette prétention, en proposant plutôt de confier cette attribution au Parlement dans son ensemble. À l'issue du débat, Gouvernement et Comité s'étaient toutefois accordés sur une version intermédiaire, l'article 20 prévoyant que la responsabilité puisse formellement être engagée devant le Parlement bien qu'en réalité, en vertu de l'article 49 de la Constitution, seule l'Assemblée nationale soit compétente en la matière³⁵.

exécutif, législatif et judiciaire » [nous traduisons]. Cf. LHOËST, Brigitte F.P. Constitutional Reform in Argentina. *Op. cit.* p. 160.

³² On ne s'intéresse pour l'heure qu'aux moyens dont dispose le constituant pour anticiper la mise en œuvre pragmatique du droit par l'Administration. Il n'est donc pas encore question du contrôle opéré par les juridictions administratives en aval du processus d'implémentation.

³³ En juillet 1959, le conseiller d'État Michel Guillaume est chargé par le Gouvernement de préparer un *Ouvrage sur la Constitution et les lois organiques*, regroupant les commentaires de l'équipe de rédaction du nouveau texte normatif, sur chacun des titres de la Constitution. L'ouvrage ne fut jamais publié, le Gouvernement ayant finalement considéré que de tels commentaires pourraient porter préjudice à sa propre interprétation des articles du corpus constitutionnel. Certaines des contributions furent toutefois retrouvées, dont celle de Lucien Paoli. Elles figurent désormais dans le quatrième volume des *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/4. Vol. IV. Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*. Vol. 4. Paris : La documentation française, 2001, pp. VIII, 208-210.

³⁴ *Ibid.* pp. 229-231.

³⁵ Le second alinéa de l'article 49 de la Constitution dispose en effet que : « L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut avoir lieu que

896. Ainsi, ce premier point aura servi à mettre en exergue le rôle joué par le constituant dans la régulation des manifestations de l'activité administrative d'implémentation des mesures prises pour l'application de la loi. De ce point de vue, deux possibilités sont à distinguer. Une première situation concerne l'obligation de mise en œuvre explicitement prévue par la Constitution. Le constituant oblige dans ce cas le législateur à voter certaines lois organiques destinées à contraindre à la fois sa propre action et celle de l'Administration dans la production des règles d'interprétation de Constitution. La seconde possibilité est relative à l'ensemble des situations exemptes de normes de régulation organiques préalables. La loi définit certes les programmes d'implémentation du droit par le pouvoir, mais elle n'apporte pas toujours les garanties suffisantes à une véritable mise en œuvre pragmatique du droit. Or en l'absence de mesures d'application, cette mission revient à l'Administration. En conséquence, le constituant cherche à en réguler l'action en la rendant responsable devant le Parlement.

897. Si elle permet de mieux saisir certains objets des discussions du constituant sur l'application de la loi, cette première analyse n'en n'épuise pas encore tous les aspects. Reste donc à comprendre comment se comporte ce dernier concernant les manifestations de l'activité administrative dans le cadre de la loi.

2. Les discours sur l'application dans le cadre de la loi

898. Le 29 août 1979, la société anonyme *Le Lama* se voit accorder un permis de construire par la municipalité de Nice, mais le 27 octobre 1981, le plan d'occupation des sols à partir duquel avait été délivré le permis est annulé. Sur ce fondement, le *Comité de défense des espaces verts* saisit le tribunal administratif, puis le Conseil d'État pour réclamer l'annulation de l'arrêté autorisant le permis. Le 28 janvier 1987, le Conseil rejette la requête de l'association en considérant que « *si le permis de construire ne peut être délivré que pour un projet de construction respectant la réglementation d'urbanisme applicable, il ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation* », et que par conséquent « *l'annulation d'un plan d'occupation des sols n'entraîne pas de plein droit celle d'un permis de construire délivré sous l'empire de ce plan* »³⁶.

quarante-huit heures après son dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des membres composant l'Assemblée. Sauf dans le cas prévu à l'alinéa ci-dessous, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session extraordinaire ». On trouvera un commentaire plus approfondi de cette ambiguïté dans l'interprétation donnée par Marc Guillaume et de Guy Carcassonne des dispositions de l'article 20 de la Constitution. Cf. CARCASSONNE, Guy et GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14^e éd. Paris : Seuil, 2017. p. 132.

³⁶ VIGOUROUX, Christian. Permis de construire. Conclusions de Christian Vigouroux, commissaire du Gouvernement. *AJDA*. 1987, n° 4, p. 279.

899. De cette jurisprudence, J.-C. Venezia déduit qu'« à la différence des mesures prises “en application”, les mesures prises “par application” ne sont pas des actes conséquences. Elles ne sont pas prises “en application” d’une règle supérieure. Simplement interviennent-elles dans son cadre »³⁷. Le maintien du permis de construire intervient ici dans le cadre du plan d’occupation du sol, par application de la mesure induite par la décision de justice³⁸. On retiendra donc de cette définition que les mesures prises dans le cadre de la loi concernent tous les actes administratifs non-programmés favorisant l’application de cette loi dans certains cas particuliers.

900. Cette question intéresse le constituant qui cherche dès lors à anticiper au mieux les effets secondaires possibles en encadrant l’action de l’Administration. Une illustration particulièrement évidente de cette préoccupation concerne les mesures spéciales que le pouvoir exécutif peut être amené à prendre sous la contrainte de circonstances exceptionnelles. Sur ce point, les discussions constitutionnelles concerneront soit le champ d’application de ces mesures, soit les procédures permettant d’en réguler l’implémentation.

a. L’encadrement du champ d’application

901. Un premier moyen efficace de réguler l’action de l’Administration du fait des activités intervenant dans le cadre de la loi consiste à déterminer le champ d’application des mesures exceptionnelles susceptibles de survenir lors de l’implémentation non-programmée des normes. En 1994, le constituant argentin agit de la sorte en réformant l’article 99 de la Constitution relatif aux attributions du pouvoir exécutif.

902. Dans une publication sur *La réforme constitutionnelle de 1994*, Javier M. Ayala s’intéresse en particulier au troisième alinéa de l’article traitant des mesures d’exception inhérentes à l’activité législative du Président de la Nation. Lorsque des circonstances exceptionnelles rendent impossible l’élaboration régulière de la loi, le Président dispose de la faculté de dicter des décrets de *nécessité et d’urgence* après avoir obtenu l’accord des ministres compétents et du Premier ministre. Afin de limiter la marge de manœuvre de l’Exécutif, ces dispositions sont assorties de limites matérielles empêchant la promulgation de décrets dans les domaines pénaux, fiscaux et électoraux, ainsi qu’en matière de régulation du régime des partis politiques³⁹.

³⁷ VENEZIA, Jean-Claude. Les mesures d’application. *Op. cit.* p. 678.

³⁸ SEILLER, Bertrand. *L’exception d’illégalité des actes administratifs*. DELVOLVÉ, Pierre (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Panthéon-Assas, 1995. p. 276.

³⁹ AYALA, Javier M. La Reforma Constitucional de 1994. Dans : CÉSAR SANTA, Alejandro L, *Las reformas de la Constitución argentina*. *Op. cit.* pp. 68-69.

903. Cette définition négative du champ d'application des mesures administratives exceptionnelles prises à la discrétion du Président de la Nation a pu inquiéter certains membres de la Convention constituante de 1994. Alberto Natale représentant à la Convention pour la province de Santa Fé, avait par exemple fait remarquer qu'une telle rédaction faisait courir le risque d'un usage potentiellement excessif de cette faculté⁴⁰, favorisé par la faiblesse des moyens de contrôle à disposition du Congrès pour réguler cette activité⁴¹. L'histoire montrera d'ailleurs que cette préoccupation s'avèrera fondée puisque dès 1995 la Cour suprême de justice sera saisie de plusieurs demandes d'inconstitutionnalité concernant la promulgation de ce type de décret⁴². La doctrine se fera aussi l'écho de nombreux abus liés à l'usage de cette prérogative afin de dénoncer l'inefficacité des dispositions de l'article 99.3 de la Constitution⁴³.

b. L'encadrement de la procédure d'implémentation

904. Au-delà de la définition des domaines d'applicabilité des mesures exceptionnelles, le constituant œuvre également à une régulation des actes pris par application de la loi en soumettant les programmes administratifs à des exigences procédurales rigoureuses. Cette préoccupation est rendue particulièrement évidente en France par plusieurs débats de 1958 et de 2008 portant sur l'élaboration puis sur la modification de l'article 16 de la Constitution.

⁴⁰ Lorsqu'il revient sur cette question dans son article déjà cité sur *La réforme constitutionnelle argentine de 1994*, Natale déclare que cette rédaction permet en réalité au Président de la Nation d'intervenir sur plus de 25 000 lois échappant à cette restriction. Cf. NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Op. cit.* p. 226.

⁴¹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 34^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 19 août 1994, p. 4709.

⁴² La décision *Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía* constitue de ce point de vue la jurisprudence la plus éloquente. Moins d'un an après la promulgation de la nouvelle Constitution, la Cour suprême avait en effet été saisie au sujet de la constitutionnalité de deux décrets pris par le Président de la Nation en raison de l'urgence à élargir un impôt sur la projection des films dans les salles de cinéma à tous les autres procédés de diffusion d'œuvres cinématographiques. La Cour avait alors considéré l'inconstitutionnalité du décret en contestant l'urgence de la situation, l'illégitimité de l'Institut national de cinématographie à décider de l'élargissement de cet impôt, et surtout l'incompatibilité de la mesure avec l'exigence constitutionnelle de non promulgation de décrets en matière fiscale. Cf. HARO, Ricardo. Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia Argentina. *Ius et Praxis*. 2001, Vol. 7, n° 2, pp. 65-66.

⁴³ On pourra ici se référer à l'article consacré à ce sujet par Pablo Manili dans les colonnes du journal *La Ley* du 18 février 2019. Cf. MANILI, Pablo L. Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho. *La Ley*. 2019, Vol. 83, n° 34, pp. 1-3.

905. Imaginé par le général de Gaulle dès le discours de Bayeux de 1946⁴⁴, cet article permet au Président de la République de s'octroyer certains pouvoirs exceptionnels en période de crise grave⁴⁵, en fixant d'une part les conditions plus ou moins concrètes de sa mise en œuvre⁴⁶, et en conférant d'autre part aux autres contre-pouvoirs plusieurs leviers procéduraux pour en contrôler l'action⁴⁷.

906. Sur ce second point, le constituant fait preuve dès 1958 de la plus grande circonspection. On relèvera par exemple la préoccupation de René Dejean, membre du Comité consultatif constitutionnel qui, inquiet d'une interprétation abusive de la notion de *menaces graves et immédiates*, avait proposé et obtenu l'introduction d'un amendement visant à faire de l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs constitutionnels, une exigence complémentaire de mise en œuvre des prérogatives exceptionnelles du Président de la République.

907. Cette prudence se retrouve encore dans les propos du constituant de 2008 qui cherche à mieux encadrer l'application de l'article. Certains des protagonistes de la discussion réclament alors la suppression pure et simple d'un texte considéré comme une anomalie institutionnelle facilitant l'exercice

⁴⁴ Dans *l'analyse littéraire* qu'il propose du discours de Bayeux, Jean Gicquel relève en effet l'intention gaullienne de faire du chef de l'État l'arbitre du fonctionnement ordinaire, mais aussi extraordinaire des institutions, le traumatisme de la défaite de 1940 faisant dire au général que « *si le péril extérieur devait, une fois de plus, peser sur la France* », il appartenait au chef de l'État « *d'être cette fois le garant de l'indépendance nationale et des traités conclus par la France* ». Cf. GICQUEL, Jean. *L'analyse littéraire du discours*. Dans : DECAUMONT, Françoise, *Le discours de Bayeux, hier et aujourd'hui. Colloque de Bayeux, 15 juin 1990*. Bayeux : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 45.

⁴⁵ PLATON, Sébastien. *Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'État de droit contemporain ?* *Revue française de droit constitutionnel*. 2008, Vol. H-S, n° 2, pp. 97-116.

⁴⁶ Comme le rappelle Pierre Delvolvé, le premier alinéa de l'article autorise l'application de l'article 16 lorsque sont menacés de manière grave et immédiate les institutions de la République, l'intégrité du territoire, l'indépendance de la Nation ou l'exécution des engagements internationaux. P. Delvolvé souligne d'ailleurs toute l'ambiguïté de cette rédaction qui n'inclue pas la notion de guerre, pourtant omniprésente dans l'esprit du constituant de 1958, et qui constituera l'un des arguments principaux de l'unique mise en œuvre de l'article lors du putsch des généraux à Alger, en avril 1961. Cf. DELVOLVÉ, Pierre. *La guerre comme situation d'exception*. Dans : BAECHLER, Jean et DELVOLVÉ, Pierre, *Guerre et Droit*. Paris : Hermann, 2017, pp. 204-205.

⁴⁷ Dans un chapitre de thèse qu'elle consacre aux conditions de forme relatives à la mise en œuvre de l'article 16, Michèle Voisset montre que le Président de la République est soumis à une double exigence de consultation. La première concerne l'obligation de consulter le Conseil constitutionnel, d'abord pour obtenir son avis concernant l'opportunité de l'application de l'article, puis pour connaître son opinion au sujet des mesures privilégiées pour donner aux pouvoirs publics *les moyens d'accomplir leur mission*. La seconde concerne l'obligation de consulter les *personnalités politiques* du Gouvernement et du Parlement. De la même manière que pour le Conseil constitutionnel, le Premier ministre et les deux présidents des Assemblées doivent être interrogés sur l'opportunité du recours à l'article 16. Par contre, leur avis n'est pas pris en compte concernant les mesures d'exception mises en place. Cf. VOISSET, Michèle. *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*. VEDEL, Georges (dir.). *Thèse de doctorat, droit*. Paris : Université de Paris, 1967. pp. 48-51. À cela, il conviendra également d'ajouter que l'article 16 oblige le Président de la République à informer la Nation de l'implémentation de pouvoirs exceptionnels, et préserve l'Assemblée nationale de toute dissolution *pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels*. Enfin, on rappellera que l'article 16 s'enrichit en 2008 d'un nouvel alinéa permettant aux présidents des Assemblées et à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel après trente jours d'application de l'article, et autorisant le Conseil à examiner d'office si les conditions d'implémentation de l'article demeurent réunies au-delà de soixante jours. Cf. CARCASSONNE, Guy et GUILLAUME, Marc. *La Constitution. Op. cit.* p. 121.

d'une *dictature temporaire*⁴⁸. D'autres préconisent au contraire un droit de regard accru du Conseil constitutionnel et des Assemblées parlementaires sur les activités présidentielles spéciales sans pour autant contraindre véritablement le chef de l'État dans l'exercice de ses fonctions⁴⁹.

908. En définitive, on aura donc compris à travers cette première analyse que les discussions constitutionnelles sur l'application de la loi concernent les questions d'implémentation des mesures intervenant soit *en conséquence*, soit *dans le cadre* des programmes votés par le pouvoir législatif. Les discours relatifs aux actes pris en conséquence de la loi mettent en exergue la volonté du constituant de réguler l'activité de l'Administration en exigeant du législateur l'élaboration de lois organiques ou de lois spéciales permettant d'en contraindre l'action, ou en responsabilisant les ministres pour toute initiative se détournant des programmes normatifs initiaux. Par ailleurs, les discussions sur les actes administratifs pris dans le cadre de la loi entendent limiter l'autonomisation du pouvoir en fixant le champ d'application de la mise en œuvre des mesures exceptionnelles décrétées par l'Exécutif et en formulant plusieurs exigences procédurales d'implémentation.

909. Toutefois, ces éléments ne contribuent à l'étude du comportement de l'Administration dans la mise en œuvre pragmatique de la législation que de manière incomplète. À ce stade, rien n'a encore été dit concernant la fonction administrative d'exécution de la loi. Il convient donc désormais de se saisir de ce nouvel aspect.

B. L'EXÉCUTION DE LA LOI, UNE PRÉOCCUPATION RELATIVE AUX PRÉROGATIVES ADMINISTRATIVES DE SERVICE PUBLIC ET DE COERCITION

910. La notion d'exécution de la loi a déjà pu être esquissée dans l'introduction de l'analyse précédente⁵⁰. Jean-Claude Venezia, on le sait, définit les mesures d'exécution comme les actes pris *en application* d'une règle supérieure, ou encore comme « *des mesures qui ont simplement pour objet la concrétisation de cette règle, son application à une situation particulière* »⁵¹.

⁴⁸ Le député communiste Roland Muzeau utilise cet argument pour appuyer un amendement allant dans le sens d'une suppression de l'article 16. Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE. XIII^e législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 167^e séance - 1^{ère} séance du lundi 26 mai 2008 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Mai 2008, Vol. 1, n° 38, p. 2414.

⁴⁹ Cet argument est celui proposé par le Premier ministre François Fillon et la garde des Sceaux Rachida Dati lors du dépôt de projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République. Cf. FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, présenté au nom de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, par M. François Fillon, Premier ministre, et par Mme. Rachida Dati, la garde des Sceaux, ministre de la justice*. Projet de loi constitutionnelle n°820. Paris : Assemblée nationale, 2008. p. 4.

⁵⁰ Cf. *Infra*. n° 889.

⁵¹ VENEZIA, Jean-Claude. Les mesures d'application. *Op. cit.* p. 676.

911. Cette définition s'enrichit par ailleurs des précisions apportées par Georges Vedel et Pierre Delvolvé qui distinguent quatre formes d'exécution : *la publication des lois et le rappel de leurs dispositions ; l'emploi de la contrainte pour assurer l'exécution ; l'exécution des lois par l'accomplissement des tâches qu'elles confient expressément au Gouvernement ; et l'exécution des lois au sens le plus large du mot : le maintien de l'ordre public et le fonctionnement des services publics*⁵².

912. Derrière cette approche fonctionnaliste se perçoivent en arrière-plan les intentions pragmatiques, éthiques et morales du pouvoir législatif qui orientent l'activité administrative vers l'usage de certaines techniques (l'accomplissement de tâches confiées au Gouvernement), la promotion de valeurs particulières (la publication et le rappel des dispositions législatives), ou l'attention au respect des règles (l'emploi de la contrainte). L'ultime critère proposé par G. Vedel et P. Delvolvé résume finalement l'idée générale du principe d'exécution : assurer le fonctionnement du service public en apportant des solutions techniques aux arbitrages axiologiques opérés par le législateur, et veiller au maintien de l'ordre public pour prévenir toute défiance envers les contingences déontologiques fixées par la législation. Aussi, le paragraphe qui va suivre entendra comprendre comment le constituant s'intéresse à ces deux aspects.

1. *Les discours sur le fonctionnement du service public*

913. En 2013, Salim Ziani est invité par l'Université de Strasbourg à défendre une thèse sur *le service public et l'obligation de service public*. Dès les premières pages de l'introduction, l'auteur convoque les principaux juristes ayant œuvré à la définition du terme⁵³. Jean Waline considère ainsi le service public comme « *l'action administrative dans laquelle une personne publique prend en charge ou délègue, sous son contrôle, la satisfaction d'un besoin d'intérêt général* »⁵⁴. Dans le même sens, René Chapus affirme qu'« *une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique, en vue d'un intérêt public* »⁵⁵. L'Administration peut alors entrer dans une forme de concurrence technique avec le législateur en exerçant une influence sur certaines préconisations déontologiques préalablement formulées par la législation, et cette compétition de moyens peut être jugée suivant la manière dont l'autorité publique satisfait à ses obligations de service public⁵⁶.

914. Deux cas de figure doivent en ce sens être envisagés. Le premier est connu depuis les années 1910 et a été décrit par Léon Duguit dans son essai sur *Les transformations du droit public*. L'obligation

⁵² VEDEL, Georges et DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif/1*. Vol. 1. 12^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 1992. pp. 28-29.

⁵³ ZIANI, Salim. *Du service public à l'obligation de service public*. ECKERT, Gabriel (dir.). Thèse de doctorat, droit. Strasbourg : Université de Strasbourg, 2013. p. 2.

⁵⁴ WALINE, Jean. *Droit administratif*. 28^e éd. Paris : Dalloz, 2020. p. 408.

⁵⁵ CHAPUS, René. *Droit administratif général/1*. Vol. 1. 15^e éd. Paris : Montchrestien, 2001. p. 579.

⁵⁶ ZIANI, Salim. *Du service public à l'obligation de service public*. *Op. cit.* p. 89.

de service public est ici interprétée comme une *obligation d'ordre juridique* qui s'impose aux gouvernants et qui est susceptible de sanction⁵⁷, le pouvoir administratif étant directement tenu de réaliser un service au profit de ses administrés. Le second concerne la délégation de service public. D'abord admise par le juge puis par le législateur, elle permet de confier la gestion du service à un organisme public ou privé agissant sous l'autorité de l'Administration, cette autorité pouvant être reconnue de fait⁵⁸, en cas d'existence préalable d'un *service public virtuel*⁵⁹, ou de manière volontariste, dans le cadre d'une habilitation⁶⁰.

915. Ces deux configurations intéressent les réflexions du constituant sous différents aspects. Ainsi, le 4 août 1994, certains membres de la Convention argentine s'étaient par exemple préoccupés de l'incurie administrative en matière de gestion de la monnaie et avaient alors appuyé et obtenu le renforcement du contrôle législatif de ce pouvoir régalién⁶¹. De la même manière, d'autres dénonçaient quelques jours plus tard les risques d'une gestion administrative trop centralisée des services publics interprovinciaux et préconisaient d'intégrer au texte constitutionnel la participation de représentants des provinces afin d'en faciliter la régulation⁶².

⁵⁷ DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris : Armand Colin, 1913. p. 43. Pour J. Chevallier, cette nouvelle définition du rôle de l'État renverse la charge de l'obligation entre administrés et puissance publique : « *alors que l'Etat était érigé en instance supérieure, dotée d'une puissance inconditionnée et irrésistible, il est désormais placé dans un statut de subordination, assujéti au droit et mis au service des citoyens ; son rôle n'est plus que de fournir les prestations qu'appelle la solidarité sociale et irrésistible* ». Cf. CHEVALLIER, Jacques. L'obligation en droit public. *Archives de Philosophie du Droit*. 2000, Vol. 44, p. 189.

⁵⁸ L'habilitation à exercer un service public est d'abord admise *de facto* par le juge administratif. Dans un arrêt CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, le Conseil d'État reconnaît en effet que les opérations de remorquage et les autorisations d'outillage menées par une entreprise privée dans les ports et les rades malgaches sans aucune concurrence de la personne publique, constituent une activité d'intérêt général dont l'Administration peut reconnaître le caractère de service public. Cf. ZIANI, Salim. *Du service public à l'obligation de service public*. *Op. cit.* p. 96.

⁵⁹ Dans les conclusions qu'il tirera de la jurisprudence de 1944, le commissaire du Gouvernement Bernard Chenot emploiera pour la première fois la notion de *service public virtuel* pour qualifier un tel état de fait. Celui-ci sera ensuite reconnu à plusieurs reprises par le Conseil d'État, notamment dans deux arrêts du 6 février 1948, *Compagnie carcassonnaise de transports en commun* et *Société Radio-Atlantique*. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. Paris : Presses Universitaires de France, 2018. p. 58.

⁶⁰ Dans leur manuel de *Droit du service public* Gilles Guglielmi et Geneviève Koubi considèrent que cette habilitation emporte deux conséquences. La première est relative à l'exercice de l'habilitation. Puisqu'il s'agit d'une délégation, « *la personne habilitée à exploiter l'activité de service public [ne peut pas] l'exercer par elle-même, sans l'intervention d'une personne publique habilitante* ». La seconde concerne l'acte d'habilitation lui-même. Celui-ci ne pouvant être ni total, ni définitif, « *la personne responsable du service public dispose de jure d'un pouvoir de direction et de contrôle sur l'habilité* ». Cf. GUGLIELMI, Gilles J. et Koubi, Geneviève. *Droit du service public*. 3^e éd. Paris : Montchrestien - Lextenso, 2011. p. 334.

⁶¹ Cette posture avait notamment été tenue par Alberto Albamonte, représentant du parti justicialiste pour la province de Buenos Aires. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 24^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 4 août 1994, p. 3286.

⁶² CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 32^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 17 août 1994, p. 4335.

916. Ainsi, à l'issue de ce premier point de développement on sait désormais que, du fait de la concurrence technique de l'Administration dans la programmation de l'exécution des services publics, le constituant est tenu de discuter des moyens utiles à la régulation de leur mise en œuvre. Mais au-delà des questions de choix des moyens concourant à la réalisation des programmes législatifs, il incombe aussi au constituant de s'interroger sur les prérogatives de coercition dont dispose l'Administration pour mener à bien son action. Le point suivant poursuivra cette entreprise.

2. *Les discours sur la prérogative administrative de coercition*

917. Lorsqu'elle soutient sa thèse en 2007 sur *L'injonction en droit public français*, Alix Perrin s'attache à définir la notion d'exécution comme « *un processus de contrainte, distinct et complémentaire de la répression, visant uniquement à vaincre la désobéissance du destinataire de la règle de droit* »⁶³. L'exécution administrative n'est donc pas la répression. Son objet n'est pas de réprimer le manquement du droit en vigueur mais de courber la volonté du contrevenant à la loi en le contraignant à cesser la résistance qu'il lui oppose⁶⁴. L'exécution n'est pas non plus systématiquement forcée. Sa finalité première est « *de réaliser la transcription dans les faits de l'obligation juridique* », le recours à la contrainte devant demeurer exceptionnel et n'intervenir qu'en cas d'inexécution de la règle de droit⁶⁵.

918. Forts de ces éléments de définition, il semble alors possible de mettre en exergue deux sortes de préoccupations du constituant en matière d'exécution de la loi. La première concerne le rôle de l'Administration dans le cas d'une exécution ordinaire de la règle de droit. La seconde est relative à l'encadrement des prérogatives administratives en matière d'exécution forcée.

a. Le rôle de l'Administration dans l'exécution ordinaire de la règle de droit

919. Dans la partie de leur manuel de *Droit administratif* qu'ils consacrent au *problème de l'exécution forcée*, G. Vedel et P. Delvolvé insistent sur le fait qu'une décision administrative n'est pas nécessairement rendue exécutoire par le recours à la force. Dans de nombreuses situations au contraire, une simple

⁶³ PERRIN, Alix. *L'injonction en droit public français*. *Op. cit.* pp. 333-334.

⁶⁴ Alix Perrin convoque ici Theodor Mommsen pour appuyer cet argument. Cf. MOMMSEN, Theodor. *Manuel d'antiquités romaines/1. Le droit public romain*. Vol. 1. 2^e éd. Paris : Ernest Thorin, 1892. p. 157.

⁶⁵ PERRIN, Alix. *L'injonction en droit public français*. *Op. cit.* pp. 334-335. Alix Perrin préconise en ce sens la lecture de *L'essai de critique phénoménologique du droit* de Simone Goyard-Fabre pour bien comprendre la portée de cette définition. Pour la philosophe en effet, « *le droit, dont la mission est d'instaurer et de faire régner l'ordre et la justice parmi les hommes, ne pourrait sans se trahir lui-même, user de la force brute ou de l'arbitraire qui sont un attentat à la dignité humaine. C'est pourquoi l'application ou l'exécution du droit sont beaucoup plus nuancées que ne pourrait le laisser croire son caractère foncièrement obligatoire* ». Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Essai de critique phénoménologique du droit*. POLIN, Raymond (dir.). Thèse de doctorat, philosophie. Paris : Université de Paris, 1970. p. 260.

modification de l'ordonnement juridique suffit à rendre une mesure exécutoire. Ainsi par exemple, la révocation d'un fonctionnaire se trouve-t-elle *matériellement exécutée* par sa désinvestiture, la suspension de son traitement, ou le refus d'une indemnité. De même, la réquisition administrative d'un bien, ou l'obligation de déplacer un véhicule en stationnement irrégulier n'impliquent le recours à la force que dans les cas où l'administré s'oppose à l'injonction formulée par les autorités publiques⁶⁶.

920. D'ordinaire, la marge de manœuvre dont dispose l'Administration pour assurer l'exécution effective de ses décisions se trouve encadrée par le législateur, mais il arrive toutefois que pour certaines mesures particulièrement délicates, le constituant choisisse de réguler lui-même les prérogatives administratives en matière d'exécution. Ce type d'initiative a notamment pu être observé en France à l'occasion d'un projet de révision constitutionnelle portant sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité. Ce projet, on l'a vu⁶⁷, fait suite aux attentats djihadistes de Paris et de Saint-Denis survenus le soir du 13 novembre 2015. Présentée par le Premier ministre Manuel Valls et la garde des Sceaux Christiane Taubira au nom du Président de la République François Hollande⁶⁸, l'initiative vise à garantir une meilleure *protection de la Nation* en proposant la constitutionnalisation de l'état d'urgence et en permettant de déchoir de la nationalité tout binational né ou naturalisé français « *condamné pour un crime constituant une atteinte grave à la vie de la Nation* »⁶⁹. Par cette seconde mesure le constituant avait ainsi entendu donner à l'Administration les moyens d'une exécution ordinaire d'une règle de droit pour faciliter l'éloignement du territoire national des personnes condamnées pour des actes terroristes sans avoir recours à la force⁷⁰. Fortement décriée par l'opposition et par l'opinion publique, la réforme sera finalement abandonnée, les raisons de ce rejet s'expliquant notamment par le manque d'effets dissuasifs et coercitifs de la mesure compte tenu des intentions revendiquées par les possibles auteurs d'attaques terroristes⁷¹.

⁶⁶ VEDEL, Georges et DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif/1. Op. cit.* pp. 322-323.

⁶⁷ Cf. *Infra.* n°191.

⁶⁸ La volonté de procéder à la révision de la Constitution pour y inclure l'état d'urgence et la déchéance de nationalité prend naissance à Versailles le 16 novembre 2015, lors de la prise de parole du Président de la République devant le Parlement réuni en Congrès. Cf. ZALC, Claire. La déchéance de nationalité. *Pouvoirs.* 2018, Vol. 166, n° 3, p. 43. Si le projet de réforme est inédit, le principe de la déchéance de nationalité n'est pas nouveau et figure déjà à l'article 25 du Code civil. Jules Lepoutre fait d'ailleurs remonter au décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage le recours à la déchéance de nationalité comme forme de sanction pour les crimes les plus graves tels que le fait « *de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves* ». Ce principe sera ensuite développé dans le courant du XX^{ème} siècle, au gré des évolutions politiques. Cf. LEPOUTRE, Jules. La déchéance de la nationalité, un outil pertinent ? *Esprit.* 2015, n° 5, pp. 118-120.

⁶⁹ VALLS, Manuel et TAUBIRA, Christiane. *Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation... Op. cit.* p. 9.

⁷⁰ PFERSMANN, Otto. Sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité. *Cités.* 2016, Vol. 2, n° 66, p. 109. Le recours à la force ne pourra toutefois pas être tout à fait exclu dès lors que la personne déchue de sa nationalité chercherait à entrer illégalement sur le territoire national.

⁷¹ On rappellera par exemple les propos déjà évoqués du député André Chassaigne qui dénonçait l'inutilité d'une révision qui n'aurait à son sens aucun effet sur la dissuasion sur le fanatisme religieux.

b. Le rôle de l'Administration dans l'exécution forcée de la règle de droit

921. « *L'Administration a-t-elle le droit d'user de la force publique dont elle est détentrice pour exécuter ses décisions à l'encontre des administrés récalcitrants ?* ». À cette question, G. Vedel et P. Delvolvé apportent une réponse nuancée. D'un côté, le recours à la force porte en général atteinte aux droits fondamentaux des personnes tels que la propriété, la liberté de circulation ou l'inviolabilité du domicile. En ce sens, l'Administration d'un régime juridique démocratique ne devrait pas pouvoir être en mesure d'user de moyens de contrainte physique pour soumettre ses administrés. En outre, le fait que celle-ci soit dépositaire de la force publique fait peser sur les individus le risque d'un usage excessif et discrétionnaire de ces prérogatives de coercition. Mais d'un autre côté cependant, priver les décisions administratives d'efficacité en interdisant le recours à la force pourrait remettre gravement en cause l'autorité de la loi. Dès lors, il appartient au législateur puis au juge de définir et d'arbitrer les cas possibles d'exécution forcée de la règle de droit⁷².

922. Toutefois, la réponse apportée par G. Vedel et P. Delvolvé ne demeure convaincante que dans la mesure où l'activité administrative se déroule dans le respect des lois démocratiquement adoptées au sein de l'État de droit. Or, l'angle mort de ce raisonnement concerne les cas possibles d'une action coercitive de l'Administration qui échapperait aux contingences normatives de l'ordre juridique.

923. De ce point de vue, le traumatisme des décennies de dictatures vécues en Argentine et dans toute l'Amérique latine explique la volonté du constituant de 1994 d'avoir voulu accorder, à l'article 36 de la Constitution, le droit de résistance à l'oppression pour tout citoyen victime d'une violence institutionnelle exercée en dehors du système démocratique⁷³. L'acceptation de cette disposition ne fut toutefois pas exempte de houleux débats au sein de la Convention constituante. Pour certains représentants en effet, la reconnaissance d'un tel droit aurait pour conséquence de priver l'Administration de ses prérogatives d'exécution forcée en facilitant l'insurrection politique des citoyens contre leur Gouvernement⁷⁴. Pour

⁷² VEDEL, Georges et DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif/1. Op. cit.* p. 323.

⁷³ Pour Horacio D'Angelo, l'article 36 de la Constitution s'interprète comme *un droit de réaction contre l'interruption de la continuité constitutionnelle* [nous traduisons] : puisque l'ordre juridique n'est légitime que dans le respect de la souveraineté populaire, l'atteinte à cette souveraineté prive l'ordre juridique de toute autorité. Les citoyens n'étant plus tenus de se soumettre au régime en place sont alors libres de protéger leurs droits fondamentaux contre les atteintes de l'Administration. Cf. D'ANGELO, Horacio. *Derechos políticos en la Constitución. Facs.* 1996, Vol. 2, n° 2, p. 63.

⁷⁴ Au cours de la discussion du 19 juillet 1994 relative à l'intégration de cette disposition dans la Constitution, le représentant à la Convention pour la province de Buenos Aires Roberto A. Etchenique avait développé un argument allant dans ce sens. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 12^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria. *Op cit.* p. 1404.

d'autres au contraire, cette mesure se présente comme un moyen utile et nécessaire à la préservation du contrat social et des institutions démocratiques⁷⁵.

924. À l'issue de la présentation de ce dernier exemple, on considère donc que les préoccupations du constituant au sujet de l'exécution de la loi concernent non seulement le fonctionnement du service public, mais aussi l'emploi de la contrainte pour assurer l'exécution de mesures administratives. Dans ce deuxième cas cependant, l'exécution du service n'implique pas nécessairement le recours à la force puisqu'une modification de l'ordonnancement juridique est souvent suffisante pour influencer sur la volonté de l'administré. Dans cette perspective, le constituant précise le cadre de l'exécution ordinaire des mesures les plus délicates. L'hypothèse d'une exécution forcée se présente cependant que les individus refusent de se plier aux injonctions administratives. L'objet des discussions constitutionnelles est alors de fixer les limites de la faculté de coercition de l'Administration, en cherchant à anticiper les situations où celle-ci agirait en dehors de toute légalité.

925. Plus largement, ces différentes illustrations auront permis de décrire les formes d'influence de l'Administration dans la mise en œuvre pragmatique de la législation. Le pouvoir exécutif cherche à s'émanciper et à renforcer son autonomie à travers l'application et l'exécution de la loi, et ce comportement pousse le constituant à réguler l'action administrative dans son rôle d'application *en conséquence et dans le cadre* des normes législatives, ainsi que dans ses fonction d'organisation du service public et de coercition.

926. Cette description demeure pourtant incomplète. L'examen qui vient d'être proposé ne permet en effet de commenter l'action de l'Administration que dans le cadre des programmes fixés par le législateur. Or, lorsque ces programmes apparaissent insuffisants à une implémentation instrumentale de la législation, l'Administration renforce son autonomie en s'autoprogrammant, c'est-à-dire en mettant en œuvre le droit selon ses propres préférences axiologiques. Conscient de ce phénomène, le constituant se donne donc aussi pour rôle de réguler ce type d'activité.

§ II. L'IMPLÉMENTATION AXIOLOGIQUE DES PROGRAMMES LÉGISLATIFS FINALISÉS

927. Dans une publication de 2011 sur *La place de l'administration dans la production de normes*, Jacques Chevallier rappelait le rapport singulier entretenu entre l'Administration et le droit :

⁷⁵ Horacio Rosatti, membre du parti justicialiste, représentant à la Convention pour la province de Santa Fé, et aujourd'hui Président de la Cour suprême de Justice, avait émis une opinion analogue. Cf. *Ibid.* pp. 1444-1445.

« l'administration, disait-il, n'est pas en effet seulement assujettie au droit, qui pèse sur elle comme contrainte, mais intervient encore de manière active dans la production normative »⁷⁶. Cette remarque n'est pas étrangère à J. Habermas qui, dès la parution de son article sur *La souveraineté populaire comme procédure*, faisait remarquer que « du point de vue du pouvoir, le cycle de l'auto-efficace normatif programmé par des lois prend le sens contraire d'un cycle autoprogrammé du pouvoir : l'administration se programme elle-même en régissant le comportement du public d'électeurs, en pré-programmant le Gouvernement et la législation et en fonctionnalisant les débats relatifs au droit »⁷⁷.

928. Dans le sens entendu par J. Habermas ce phénomène est favorisé par une surcharge des *tâches régulatrices* pesant sur une Administration qui se retrouve incapable de contribuer à l'implémentation de la loi d'une manière *normativement neutre et professionnellement compétente*. Dépassant le cadre d'une mise en œuvre pragmatique des programmes normatifs⁷⁸, le pouvoir administratif opère alors de nombreux choix axiologiques⁷⁹ dans le but de faciliter l'exercice de ses prérogatives⁸⁰. Ainsi, l'autorité

⁷⁶ CHEVALLIER, Jacques. La place de l'administration dans la production des normes. *Droit et société*. 2011, Vol. 3, n° 79, p. 624.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public. *Op. cit.* p. 46.

⁷⁸ On pourra ici rappeler l'intéressante évolution de la pensée de J. Habermas sur ce point. Lors de la parution de son article sur la souveraineté populaire comme procédure, J. Habermas conçoit l'activité administrative selon le modèle du siège : le pouvoir communicationnel de l'Administration « agit sur les prémisses des processus de jugement et de décision du système politique sans intention de le conquérir, afin de faire valoir ses impératifs dans la seule langue que la forteresse assiégée comprenne : il exploite le "pool" des raisons normatives que le pouvoir administratif peut bien traiter instrumentalement, mais qu'il n'a pas le droit, conforme au droit comme il est, d'ignorer ». Cf. *Ibid.* p. 52. La légitimité procédurale est dans ce cas négligée. Seule compte l'influence instrumentale de l'Administration dans l'exercice de ses prérogatives. Cf. FOX, Charles J. et MILLER, Hugh T. *Postmodern public administration. Toward discourse*. Londres : Sage Publications, 1996. p. 40. Cependant, sous l'influence de Peters, la posture de J. Habermas évolue. Cf. AUBERT, Isabelle. Réviser l'« espace public » avec la sociologie. *Op. cit.* p. 183. Dans la mesure où, dans ses tentatives d'émancipation vis-à-vis des autres sphères de l'espace public, l'Administration outrepassa ses prérogatives d'implémentation pragmatique des normes, la métaphore de la *forteresse assiégée* ne tient plus. Le pouvoir exécutif ne se limite pas à un comportement passif, mais cherche à investir les canaux procéduraux à sa disposition pour renforcer son influence sur les autres pouvoirs. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 469. Pour une analyse plus profonde de cette mutation, on pourra encore se reporter à un article de Michaël Fœssel publié en 2015 dans la revue *Esprit*. Cf. FÆSSEL, Michaël. Une ambition philosophique par gros temps. *Esprit*. 2015, n° 8, pp. 6-11.

⁷⁹ Dans ses *Réflexions sur le concept de participation politique*, un article traduit en 2019 par Christian Bouchindhomme et Jean-Marc Durand-Gasselin pour les *Archives de Philosophie*, J. Habermas apporte plusieurs illustrations. Il apparaît ainsi que l'Administration agit de sa seule initiative dès lors qu'elle « gère en régie propre, par exemple, des entreprises de transport, des services publics ou des établissements de santé ». Cf. HABERMAS, Jürgen. Réflexions sur le concept de participation politique. *Archives de Philosophie*. 2019, Vol. 1, n° 82, p. 31.

⁸⁰ LADRIÈRE, Paul. Espace public et démocratie. Weber, Arendt, Habermas. Dans : COTTEREAU, Alain et LADRIÈRE, Paul, *Pouvoir et légitimité. Figures de l'espace public*. Paris : Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1992, p. 37. Au titre des prérogatives justifiant l'auto-programmation de l'Administration, J. Habermas comprend le fait de prioriser l'importance donnée aux *biens collectifs*, de choisir parmi plusieurs *objectifs concurrents*, et de juger les *cas particuliers* au prisme de la norme. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 469.

des décisions prises par l'Administration ne repose plus seulement sur le monopole de la contrainte mais sur sa capacité à justifier ses choix par le biais de procédures participatives servant à légitimer son action⁸¹.

929. C'est donc à la régulation de ces procédures que doit en second lieu œuvrer le constituant afin de limiter les risques qu'une auto-programmation excessive de l'Administration ferait courir à l'équilibre des différentes sphères de pouvoir au sein de l'espace public. Avec J. Habermas, on considèrera dès lors que cette régulation implique d'une part de discuter des *filtres par lesquelles puisse s'opérer la légitimation* (A.), et d'autre part de développer des moyens de contrôle des *conditions de mobilisation du droit* par le pouvoir administratif (B.)⁸².

A. LA LÉGITIMATION DE L'IMPLÉMENTATION, ENJEU POLITIQUE ET TECHNIQUE DE CONSEIL DE L'ADMINISTRATION

930. Entre 1771 et 1772, Jean-Jacques Rousseau s'entretient avec le diplomate polonais Michal Wielhorski sur l'état du nouveau gouvernement de Pologne. Dans ses célèbres *Considérations*, qui seront publiées à titre posthume, Rousseau s'évertue à conseiller Wielhorski sur le bon fonctionnement des institutions représentatives :

Je vois deux moyens de prévenir ce mal terrible de la corruption, qui de l'organe de la liberté fait l'instrument de la servitude. Le premier est, comme je l'ai déjà dit, la fréquence des Diètes qui, changeant souvent de représentants, rend leur séduction plus coûteuse et plus difficile [...]. Le second moyen est d'assujettir les représentants à suivre exactement leurs instructions et à rendre un compte sévère à leurs constituants de leur conduite à la Diète [...] c'est là qu'est le vrai Palladium de la liberté⁸³.

931. Ce passage est bien connu de J. Habermas pour qui l'espace public a remplacé la Diète en tant que Palladium contemporain de la liberté, gardien attentif de l'œuvre parlementaire et du respect d'une juste élaboration des normes, capable de résister à l'autonomisation illégitime du pouvoir⁸⁴. Pour autant,

⁸¹ FROMENTIN, Thomas. L'unilatéralité en changement. Le prisme de l'enquête publique. *Pyramides*. 2005, n° 10, p. 98.

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 469-470.

⁸³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Sur l'économie politique. Considérations sur le gouvernement de Pologne. Projet pour la Corse*. Paris : Flammarion, 1990. pp. 191-192.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 471.

J. Habermas ne s'en cache pas : rien n'est moins aisé pour le constituant que la tâche de fournir aux différentes sphères de l'espace public les moyens d'une régulation efficace du pouvoir.

932. Concernant le cas précis de la mise en œuvre axiologique des activités administratives, la thèse de Benjamin Defoort sur *La décision administrative* apporte d'intéressants éléments de réflexion. Citant Bruno Bernardi⁸⁵, B. Defoort rappelle d'abord que « *la décision administrative, en tant que "volonté [qui] commande à d'autres volontés", s'inscrit nécessairement dans "un rapport politique qui est constitutif de la décision" elle-même* »⁸⁶. Cependant, puisqu'elle s'impose à tous *indépendamment du consentement de ses destinataires*, la décision suppose non seulement d'être techniquement valide en s'inscrivant dans un cadre normatif déterminé, mais doit aussi faire l'objet d'une légitimation politique en amont de son exécution⁸⁷. Cette double exigence sera l'objet de ce premier paragraphe.

1. Les discours sur la légitimation politique

933. Dans le sens entendu par B. Defoort, la question de la légitimation politique des décisions administratives peut prendre deux directions. Une première technique consiste à impliquer les citoyens dans *l'élaboration des décisions*. Le constituant sera alors tenu de développer les outils nécessaires à la *participation* ou à la *négociation* des mesures voulues par l'Administration. Une seconde possibilité tient à la *rationalisation du processus de décision*. Il conviendra dans ce cas de mettre à disposition des citoyens des moyens permettant la *normalisation technique* et *l'autonomisation de certains types de demandes*⁸⁸.

934. On se proposera ici d'étudier ces deux techniques au prisme des mécanismes contenus dans les Constitutions française et argentine.

a. La contribution citoyenne au processus d'élaboration des décisions

935. B. Defoort considère que l'implication des citoyens dans l'élaboration des décisions prend soit la forme d'une participation active aux choix engageant l'Administration, soit celle d'une négociation des préférences axiologiques guidant son action.

⁸⁵ BERNARDI, Bruno. *Qu'est-ce qu'une décision politique?* Paris : Vrin, 2003. p. 7.

⁸⁶ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. SEILLER, Bertrand (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Panthéon-Assas, 2012. p. 552.

⁸⁷ *Ibid.* Ce point de vue est d'ailleurs aussi défendu par J. Habermas pour qui « *les pratiques de la participation à l'Administration ne doivent pas être considérées uniquement comme des succédanés de protection juridique, mais comme des procédures efficaces ex ante pour légitimer des décisions qui, appréciées selon leur contenu normatif, tiennent lieu d'actes de législation ou d'actes judiciaires* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 470.

⁸⁸ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. *Op. cit.* pp. 568, 573.

936. À partir des réflexions d’Alice Mazeaud sur la démocratie locale, il intègre dans les techniques de participation l’ensemble des dispositifs participatifs ayant pour fonction d’accréditer l’Administration dans la mise en œuvre des politiques publiques, en s’efforçant de faire coïncider au mieux la volonté de l’administrateur avec celle des administrés⁸⁹. L’enjeu n’est donc pas de permettre l’expression citoyenne d’un *avis conforme*⁹⁰ mais de favoriser l’acceptabilité de la mesure par une meilleure prise en compte des intérêts individuels.

937. En 2004, le constituant français a pu se saisir de cette problématique concernant l’élaboration de la Charte de l’environnement. Neuf ans après la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l’environnement⁹¹, et à la suite des recommandations de la *commission Coppens*⁹², l’article 7 de la Charte intègre le principe de participation au bloc de Constitutionnalité afin de permettre à toute personne « *de participer à l’élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l’environnement* ». L’objet de cette disposition est donc de répondre aux *attentes légitimes* des citoyens concernant les *décisions publiques ayant une incidence sur l’environnement*⁹³.

938. Par ailleurs, la technique des négociations des préférences axiologiques se différencie de celle de la participation en ce qu’elle entend s’assurer du consentement des administrés avant l’exécution d’une nouvelle politique publique. Pour David Beetham, cette *symbolique contractuelle*⁹⁴ de l’implémentation des mesures administratives apparaît utile à l’Administration pour maintenir la légitimité de son pouvoir dans la mise en œuvre d’activités susceptibles de porter une atteinte trop importante à la liberté des individus⁹⁵. L’expression du consentement citoyen à l’occasion de référendums en constitue ici un bon

⁸⁹ MAZEAUD, Alice. *Dix ans à chercher la démocratie locale, et maintenant ? Pour un dialogue entre politiques publiques et démocratie participative*. Lyon : GIS Participation du public, décision, démocratie participative, 27 novembre 2009, p. 1.

⁹⁰ Comme le rappelle B. Defoort, la décision administrative demeure en effet *unilatérale* et *impérative*, l’Administration décidant seule de la mise en œuvre de la mesure. Cf. DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. *Op. cit.* p. 569.

⁹¹ LASCOUMES, Pierre. Les politiques environnementales. Dans : BORRAZ, Olivier et GUIRAUDON, Virginie, *Politiques publiques/1. La France dans la gouvernance européenne*. Vol. 1. Paris : Sciences Po, Les Presses, 2008, p. 51.

⁹² Une analyse spécifique du principe de participation ainsi que des considérations plus générales des travaux de la commission Coppens pourront être retrouvées dans l’article d’Yves Jégouzo concernant *Le rôle constituant de la commission Coppens*. Cf. JÉGOUZO, Yves. Le rôle constituant de la commission Coppens. *Revue juridique de l’environnement*. 2005, n° spécial. La Charte de l’environnement, pp. 79-87.

⁹³ RAFFARIN, Jean-Pierre et PERBEN, Dominique. *Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l’environnement... Op. cit.* p. 7.

⁹⁴ B. Defoort rappelle en ce sens les propos de Jacques Caillosse sur le caractère souvent abstrait de l’expression du consentement administratif : « *pour l’administration, parler de “contrat” ne revient pas toujours à créer d’authentiques obligations contractuelles, mais à feindre leur existence. C’est alors l’idéologie contractuelle qui importe, plus que l’institution* ». Cf. CAILLOSSE, Jacques. *La constitution imaginaire de l’administration*. Paris : Presses Universitaires de France, 2008. p. 146.

⁹⁵ BEETHAM, David. *The legitimation of power*. Basingstoke : Palgrave MacMillan, 1991. p. 51.

exemple, où le résultat du vote apparaît plus comme l'expression du consentement des électeurs que comme la signification de la volonté majoritaire⁹⁶.

939. Là encore, on sait que ce mécanisme a pu être intégré au texte de la Constitution française grâce à plusieurs dispositions. Ainsi, à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, le constituant a par exemple choisi de faire figurer à l'article 72-1 de la Constitution deux dispositions permettant d'une part à une collectivité territoriale de soumettre au référendum tout projet de délibération ou d'acte relevant de sa compétence, et d'organiser d'autre part une consultation des électeurs dans la perspective de création d'une collectivité dotée d'un statut particulier⁹⁷. Cette seconde technique illustre ainsi la volonté d'appréhender au mieux la légitimation de l'implémentation axiologique des activités de l'Administration.

b. La contribution citoyenne au processus de rationalisation

940. Dans le sens entendu par B. Defoort, la légitimation politique des décisions administratives ne se limite pas à la contribution citoyenne au processus de d'élaboration des décisions, mais correspond aussi à la possibilité offerte aux citoyens d'œuvrer à la rationalisation des mesures administratives⁹⁸. Si pour B. Defoort, cette rationalisation passe aujourd'hui par une technicisation du droit administratif visant à normaliser et à automatiser les décisions de manière à « *faire disparaître chez les citoyens toute forme de suspicion de partialité de la part de l'administration* », il revient à Weber d'avoir le premier pensé la rationalisation du processus de décision comme un *produit* de la rationalisation, et de la domination, de l'État bureaucratique⁹⁹.

941. Cette idée originaire intéresse particulièrement le constituant qui, plutôt que de se consacrer au développement des outils législatifs et réglementaires utiles à la technicisation des décisions, se place dans

⁹⁶ MORIO, Camille. Quel modèle de participation dans les projets de réforme institutionnelle? *Archives de Philosophie du Droit*. 2020, Vol. 62, n° 1, p. 441.

⁹⁷ RAFFARIN, Jean-Pierre et PERBEN, Dominique. *Projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, et par M. Dominique Perben, Garde des Sceaux, ministre de la justice*. Projet de loi constitutionnelle n°24. Paris : Sénat, 2002. p. 4.

⁹⁸ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. *Op. cit.* pp. 573-577.

⁹⁹ Les développements sur *l'administration bureaucratique-monocratique* consacrés par Weber dans le premier tome d'*Économie et société* sont particulièrement éloquentes à ce sujet. L'administration bureaucratique-monocratique représenterait ainsi la forme la plus aboutie de la rationalisation de l'activité administrative : « *l'administration bureaucratique-monocratique, par sa précision, sa permanence, sa discipline, son rigorisme et la confiance qu'elle inspire, par conséquent par son caractère de prévisibilité pour le détenteur du pouvoir comme pour tous les intéressés, par l'intensité et l'étendue de sa prestation, par la possibilité formellement universelle qu'elle a de s'appliquer à toutes les tâches, perfectibles qu'elle est du point de vue purement technique afin d'atteindre le maximum de rendement – cette administration est, de toute expérience, la forme de pratique de la domination la plus rationnelle du point de vue formel* ». Cf. WEBER, Max. *Économie et société/1 ... Op. cit.* pp. 297-298.

la perspective wébérienne d'une rationalisation *universelle* de l'Administration en favorisant l'orientation globale des politiques publiques. Ainsi en est-il par exemple de la sélection par le vote des représentants de l'Administration qui influencent la mise en œuvre axiologique des activités administratives. Pour Calliope Spanou ce mécanisme, bien qu'imparfait, présente en effet l'avantage de prévoir les imputations administratives futures et offre donc des garanties efficaces de préservation et de rationalisation anticipée des activités de l'Administration¹⁰⁰.

942. On retrouve cette préoccupation à la fois chez les constituants français et argentin. Concernant la France, la révision constitutionnelle du 6 novembre 1962 instituant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct apparaît non seulement comme un moyen de légitimation politique des futurs Présidents de la République mais entend aussi rationaliser l'action du chef de l'État qui bénéficie désormais de compétences administratives très étendues¹⁰¹. De même en Argentine, lors de la révision de 1994, les Présidents Alfonsín et Menem s'accordent pour intégrer au noyau de compromis élémentaires la possibilité de réélection immédiate du Président de la République pour un second mandat. Si rien jusqu'alors n'empêchait une réélection après avoir laissé passer au moins une *période présidentielle*, la réforme proposée par Menem entend renforcer la continuité de la fonction et par là contribuer à la rationalisation des politiques publiques mises en œuvre durant un premier mandat¹⁰².

943. Ainsi, à travers l'examen des diverses techniques de légitimation politique des décisions administratives, on aura montré que l'expression publique de la volonté joue un rôle fondamental tant pour consentir ou participer à la mise en œuvre des politiques publiques que pour rationaliser les activités de l'Administration. Pour autant cette forme politique de contrôle apparaît insuffisante compte tenu de l'importante marge de manœuvre dont dispose le pouvoir exécutif en vertu de la force exécutoire de sa volonté. Au contrôle politique doit donc aussi être associé un contrôle technique pour assurer une plus grande légitimité de l'Administration dans l'implémentation axiologique de ses décisions.

¹⁰⁰ SPANOU, Calliope. Abandonner ou renforcer l'État wébérien ? *Revue française d'administration publique*. 2003, Vol. 1, n° 105-106, p. 119.

¹⁰¹ Cette intention se retrouve bien dans la célèbre allocution télévisée prononcée par le général De Gaulle le 20 septembre 1962. De Gaulle présente l'image d'un Président de la République *clé de voûte* du nouveau régime chargé par la Constitution de garantir le fonctionnement des pouvoirs, la continuité de l'État, l'indépendance et l'intégrité du territoire, ainsi que le respect par la France des traités internationaux. Élire le Président de la République au suffrage universel direct, serait donc en ce sens faire preuve de *raison* et de *sentiment* pour désigner le *chef de l'État et le guide de la France*. Cf. DE GAULLE, Charles. *Discours et messages/4*. *Op. cit.* p. 21.

¹⁰² AYALA, Javier M. La Reforma Constitucional de 1994. *Op. cit.* p. 57.

2. Les discours sur la légitimation technique

944. En 2006, à l'occasion d'un colloque organisé au Sénat sur *L'office du juge*, le professeur Dominique Rousseau se posait la question de la *légitimité* du juge :

La question de la légitimité de l'office du juge, se pose depuis que chacun découvre derrière la fiction du juge bouche de la loi, la réalité « politique » ou normative de l'acte de juger. Ce qui est engagé, en effet, dans l'acte de juger, c'est le pouvoir de finir la loi. Le parlement commence la loi en écrivant les mots, le juge la finit en transformant ces mots en normes¹⁰³.

945. Cette approche n'est pas méconnue par B. Defoort qui comprend dès lors que le juge puisse jouer un rôle à part entière dans le processus de légitimation des normes régissant l'activité de l'Administration¹⁰⁴. Faisant sienne la célèbre formule de Pierre Paul Nicolas Henrion de Pansey selon laquelle *juger l'administration, c'est encore administrer*¹⁰⁵, B. Defoort voit dans l'office du juge une mission de perfectionnement des décisions administratives susceptible de se manifester tantôt dans l'encadrement de certaines activités, tantôt dans la censure des effets possibles de l'implémentation des choix axiologiques de l'Administration¹⁰⁶. Ce second point de développement permettra donc de montrer que cette conception est partagée par le constituant qui confère effectivement au juge administratif cette double prérogative.

a. Le perfectionnement des décisions de l'Administration par l'encadrement de ses activités

946. L'encadrement des activités administratives prend corps, chez B. Defoort, dans la figure du *juge-administrateur « sauveur » de l'administration*. L'appréciation donnée par le juge administratif au cours d'un procès est ainsi perçue comme un *utile secours* pour éclairer certaines décisions administratives qui, privées de son interprétation, seraient considérées comme illégales¹⁰⁷. On pourra toutefois reprocher à B. Defoort de ne concevoir ici l'office du juge qu'à travers sa seule fonction contentieuse. Or on observe que cette posture de conseil n'est pas exclusivement remplie au cours des procès, mais concerne aussi

¹⁰³ ROUSSEAU, Dominique. La légitimité du juge en question : l'affaire d'Outreau. Dans : DARCY, Gilles, LABROT, Véronique et DOAT, Mathieu, *L'office du juge*. Paris : Sénat, 2006, p. 440.

¹⁰⁴ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. Op. cit. p. 552.

¹⁰⁵ HENRION DE PANSEY, Pierre Paul Nicolas. *De l'autorité judiciaire en France*. Vol. 2. 3^e éd. Paris : Théophile Barrois, 1827. pp. 331-332

¹⁰⁶ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. Op. cit. p. 608.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 611.

l'implémentation des décisions administratives, notamment grâce aux avis rendus par certaines juridictions¹⁰⁸.

947. À travers cette perspective plus large, on remarque alors que l'idée de correction juridictionnelle des activités de l'Administration apparaît comme une préoccupation du constituant français dans la définition du domaine réglementaire. Ainsi, le 8 août 1958 au matin, le Comité consultatif constitutionnel s'était par exemple interrogé sur la possibilité de conférer au Conseil constitutionnel la capacité de délégaliser une loi votée par le Parlement. Alors que certains membres, comme François Valentin ou Jean Gilbert-Jules, voyaient dans cette prérogative une légitime opportunité du Gouvernement de se ressaisir d'une matière réglementaire abandonnée au domaine législatif, d'autres, tels Pierre Marcilhacy, s'étaient opposés à cela en considérant le processus de délégalisation comme une atteinte intolérable à la volonté du peuple souverain incarnée dans le Parlement¹⁰⁹.

948. L'histoire donnera raison aux premiers, et le texte définitif de la Constitution intégrera à l'article 37 deux mécanismes permettant à l'Administration de délégaliser des normes législatives relevant normalement du domaine réglementaire. Le premier concernera les lois antérieures à 1958 relevant désormais du domaine réglementaire du fait de la nouvelle classification opérée par l'article 34, le constituant autorisant alors l'Administration à conférer au texte législatif une valeur réglementaire après avis du Conseil d'État. Le second entendra quant à lui permettre à l'Administration de demander au Conseil constitutionnel de statuer sur le caractère réglementaire d'une norme législative dans le but d'en décréter la délégalisation¹¹⁰.

¹⁰⁸ Comme se plaît à le rappeler Nicole Belloubet, cette fonction de *conseil* reste d'ailleurs la fonction première du Conseil d'État. En 2007, la professeure Belloubet signalait en ce sens que chaque année, le Conseil d'État rend environ 1400 avis en vertu de diverses dispositions de la Constitution telles que celles contenues à l'article 37 sur la définition du domaine réglementaire, mais aussi celles de l'article 38 relatives aux ordonnances, celles de l'article 39 sur les projets de lois, ou encore celle de l'article 88-4 concernant *la transmission au Parlement des projets d'actes communautaires*. Cf. BELLOUBET, Nicole. Conseiller l'Etat. *Pouvoirs*. 2007, Vol. 4, n° 123, p. 33.

¹⁰⁹ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/2. Vol. II. Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*. Vol. 2. Paris : La documentation française, 1988, pp. 280-281.

¹¹⁰ On renverra ici au commentaire proposé par Marc Guillaume et Guy Carcassonne à ce sujet dans leur *Constitution commentée*. De leur point de vue, le phénomène de délégalisation serait moins le fait des avis transmis par le Conseil d'État concernant des lois antérieures à 1958 que celui des décisions rendues par le Conseil constitutionnel depuis le début de la V^{ème} République. Ce déséquilibre s'explique pour au moins deux raisons. La première est matérielle. Le Conseil d'État est en effet moins sollicité que le Conseil constitutionnel à ce sujet, compte tenu de la diminution progressive du nombre de lois antérieures à 1958 toujours en vigueur en parallèle de l'augmentation exponentielle des textes législatifs promulgués depuis-lors. La seconde est fonctionnelle. Alors que le Conseil d'État ne peut être saisi pour avis que sur demande du Premier ministre, M. Guillaume et G. Carcassonne observent que, depuis une décision du 21 avril 2005, le Conseil constitutionnel aurait tendance à instrumentaliser la procédure de contrôle de conformité prévue à l'article 61 de la Constitution pour déclarer l'appartenance au domaine réglementaire d'une loi sans même y avoir été sollicité. Cf. CARCASSONNE, Guy et GUILLAUME, Marc. *La Constitution. Op. cit.* p. 196.

949. Par ces mesures, on notera donc que le constituant se préoccupe de l'encadrement juridictionnel du domaine des activités administratives et contribue ainsi à la légitimation de leur implémentation axiologique.

b. Le perfectionnement des décisions de l'Administration par la censure de ses activités

950. Pour B. Defoort, le *juge-administrateur* ne saurait limiter ses prérogatives à sa seule fonction d'encadrement du champ de compétences axiologiques de l'Administration. Pour une large part, ce juge assume aussi un rôle de *censeur* de l'activité administrative elle-même en veillant à ce que l'Administration ne porte pas une atteinte excessive aux droits des administrés. Par cette posture, le juge peut ainsi orienter l'action de l'Administration afin d'en coordonner l'exécution¹¹¹.

951. À cette fin, le constituant agit de manière à garantir aux administrés certains recours juridictionnels utiles à la censure des activités administratives. On retrouve notamment cela dans la consécration de l'action en *habeas data* dans la Constitution argentine de 1994. Dans leur *Introducción al análisis del derecho fundamental del habeas data*, José F. Gordillo et Olga C. Restrepo rappellent en effet que l'action en *habeas data* entend réguler les processus *d'administration des données personnelles*, entendus comme « *les pratiques que les différentes entités publiques et privées utilisent pour constituer, organiser et épurer les bases de données personnelles, et la divulgation de ces données dans la limite de certains principes* »¹¹² [nous traduisons]. Ainsi, lorsqu'il intègre à l'article 43 de la Constitution le droit pour toute personne de *consulter et d'exiger la correction* des registres et des banques de données dans lesquels figurent ses données personnelles¹¹³, le constituant argentin entend renforcer le contrôle de l'Administration dans l'exercice de ses prérogatives de gestion des informations relatives aux administrés¹¹⁴.

952. L'intervention de Francisco José Delich lors du débat relatif à l'inclusion de l'*habeas data* dans la Constitution avait par exemple révélé cette intention. Dénonçant le manque de protection active des droits des citoyens, le sociologue et représentant à la Convention de l'Union Civique Radicale pour la province

¹¹¹ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative. Op. cit.* pp. 608-609.

¹¹² GORDILLO TRIANA, José F. et RESTREPO YEPES, Olga C. *Introducción al análisis del derecho fundamental del habeas data. Estudios socio-jurídicos.* 2004, Vol. 6, n° 2, p. 366.

¹¹³ GAKH, Maxim. *Argentina's Protection of Personal Data: Initiation and Response. I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society.* 2006, Vol. 2, n° 3, p. 785.

¹¹⁴ De l'avis d'Oscar Raúl Puccinelli, il serait toutefois erroné de penser que l'inclusion du recours en *habeas data* dans la Constitution argentine fait consensus entre les juristes et les membres de la Convention constituante. Pour une partie de la doctrine en effet, une telle évolution du texte constitutionnel serait susceptible de produire des effets juridiques indésirables, en faisant notamment courir le risque d'une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. Cf. PUCCINELLI, Oscar Raúl. *El Hábeas Data en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Op. cit.* p. 151.

de Córdoba avait alors argumenté en faveur de l'introduction d'un tel recours, en voyant dans ce procédé un moyen de censure efficace de pratiques de l'Administration susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à certaines libertés des administrés. Par cette garantie, le constituant contribuerait ainsi à rendre l'État plus légitime dans la mise en œuvre de ses activités¹¹⁵.

953. Ainsi, à travers ce premier paragraphe, on observait que l'influence administrative dans l'implémentation axiologique de la législation n'est possible qu'à la condition d'être préalablement légitimée par le constituant. L'Administration ne saurait en effet dépasser son rôle d'exécutant des injonctions législatives sans respecter certaines contingences déontologiques essentielles à l'implémentation autonome de ses activités. La première de ces contingences est d'ordre politique. Le constituant veille dans ce cas à fournir aux administrés les moyens d'influencer l'action de l'Administration tant dans le processus d'élaboration des décisions, que dans celui de leur rationalisation. La seconde est d'ordre technique. Elle implique que la Constitution confère au juge le soin de perfectionner les prérogatives de l'Administration soit à travers l'encadrement de ses activités, soit en censurant les dérives de certaines de ses décisions afin d'en améliorer la portée.

954. Toutefois, en attribuant aux administrés et aux juges ce rôle de participation aux activités de l'Administration, le constituant ne résout pas encore la question du contrôle de la mise en œuvre de ces activités. Or cette exigence constitue aussi l'une des conditions indispensables pour autoriser l'Administration à donner une interprétation axiologique des normes législatives. On cherchera donc à en décrire les manifestations.

B. LE CONTRÔLE DE L'IMPLÉMENTATION, ENJEU JURIDICTIONNEL DE VIGILANCE INDIVIDUELLE

955. Pour J. Habermas, la problématique de la mise en œuvre axiologique du droit par l'Administration ne peut être réduite à une simple question de légitimité. Les processus de légitimation, même les plus aboutis, ne permettent pas en effet de prévenir systématiquement les atteintes aux libertés individuelles. La raison principale de cette poursuite de l'émancipation du pouvoir administratif tient d'abord à ce que J. Habermas qualifie de *paradigme procédural du droit*. Les recours utiles à la légitimation technique et politique des mesures exécutives ne peuvent être pleinement efficaces qu'à la condition de permettre aux administrés de pouvoir exercer *réellement* de telles démarches¹¹⁶. Or comme

¹¹⁵ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 30^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4108.

¹¹⁶ J. Habermas convoque en ce sens Dieter Grimm pour qui la mise en place de *mesures préventives* doit permettre aux individus de « *développer leurs intérêts, de les défendre collectivement et de les faire valoir dans le processus*

le rappelle J. Habermas, le *haut degré de différenciation sociale* existant entre les membres d'une communauté de vie et la *fragmentation consécutive des connaissances et de la conscience des groupes virtuellement menacés* privent en réalité une grande partie des administrés de toute possibilité d'action contre l'Administration¹¹⁷.

956. Ce point aveugle du contrôle de la validité des actes administratifs a été très bien observé par Nicolas Lafon dans sa thèse sur *La juridiction administrative dans la Constitution*. Dans l'introduction d'un titre consacré à *L'application des garanties constitutionnelles au procès administratif*, N. Lafon considère ainsi que la Constitution impose « *dans le déroulement du procès administratif, le respect des garanties d'une procédure juridictionnelle [et] de la pleine exécution des décisions de justice* »¹¹⁸. On comprend dès lors que le constituant puisse aussi avoir pour tâche d'œuvrer à l'amélioration du processus de contrôle des décisions administratives en agissant sur ces deux domaines.

1. *Les discours sur la procédure juridictionnelle de nature administrative*

957. En 1993, Danièle Lochak offre dans *Droit et politique*, ouvrage collectif publié sous la direction de Jacques Chevallier, une contribution sur la question de la légitimité du juge administratif. Reprenant l'histoire des grands débats doctrinaux sur le sujet, elle observe un déplacement de la discussion du terrain de la *légitimité de l'existence* de la juridiction à celui de *l'opportunité de la maintenir* ou de la *réformer*. La dualité de juridiction ne serait donc plus remise en cause, et la justice administrative serait plutôt jugée *sur pièce*, selon des critères d'efficacité, ou pour reprendre les termes de l'auteurice de *capacité à répondre aux attentes du public*¹¹⁹.

958. D. Lochak précise ainsi les facteurs susceptibles d'influencer l'efficacité de la justice administrative :

Pour remplir correctement sa mission de service public et répondre aux attentes de ses usagers, [la justice administrative] doit être accessible ; elle doit maintenir la balance égale entre les justiciables – en l'occurrence entre

de décision de l'État » [traduction de R. Rochlitz]. Cf. GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Op. cit. p. 178.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 470.

¹¹⁸ LAFON, Nicolas. *La juridiction administrative dans la Constitution : réflexion sur la construction du statut constitutionnel de la juridiction administrative*. DUGRIP, Olivier (dir.). Thèse de doctorat, droit. Lille : Université de Lille III, 2006. pp. 175-176.

¹¹⁹ LOCHAK, Danièle. Quelle légitimité pour le juge administratif ? Dans : CHEVALLIER, Jacques, *Droit et politique*. Paris : Presses Universitaires de France, 1993, pp. 141-151.

l'administration et l'administré ; elle doit statuer dans des délais raisonnables ; elle doit enfin rendre des décisions qui seront effectivement exécutées¹²⁰.

959. Si pour l'heure, l'ultime critère dégagé par D. Lochak peut être écarté¹²¹, les trois autres constituent une préoccupation du constituant dans son œuvre de renforcement de la procédure juridictionnelle de contrôle de l'implémentation axiologique de la législation. Il conviendra donc d'en étudier les différents aspects.

a. La question de l'accessibilité à la justice administrative

960. Le premier enjeu identifié par D. Lochak concernant l'amélioration de l'efficacité de la justice administrative est celui de l'accessibilité. Un article publié en 2011 par Alexis Spire et Katia Weidenfeld dans la revue *Droit et société* sur l'accès au tribunal administratif apporte sur ce point d'intéressants éléments de réflexion. Les deux auteurs mettent sans difficulté en lumière l'inégale *distribution du capital procédural* entre les justiciables¹²². Le tribunal administratif apparaîtrait selon eux comme *une affaire d'initiés* dont l'accès serait limité à la manière d'un entonnoir, supposant que les requérants soient d'abord capables de *percevoir une injustice*, puissent ensuite *envisager sa réparation*, et choisissent enfin de *saisir une juridiction*¹²³.

¹²⁰ LOCHAK, Danièle. Quelle légitimité pour le juge administratif? *Op. cit.* p. 145.

¹²¹ Ce quatrième facteur fera l'objet d'une étude spécifique dans le prochain point de développement.

¹²² Dans le sens entendu par les auteurs, le capital procédural est compris comme « *la capacité du requérant à traduire, ou à faire traduire, son affaire dans le langage du droit* ». Cf. SPIRE, Alexis et WEIDENFELD, Katia. Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? Les inégalités d'accès à la justice et la distribution du capital procédural. *Droit et société*. 2011, Vol. 3, n° 79, p. 692. Dans leur étude, A. Spire et K. Weidenfeld mettent en exergue l'existence d'inégalités concernant la compréhension du fonctionnement de l'institution judiciaire. Les individus dotés d'un fort capital procédural sont en effet susceptibles de mieux s'entourer et de mobiliser les ressources adéquates pour assurer la défense de leur cause. Ceux-ci voient dans la *froideur* de l'institution judiciaire la garantie d'objectivité nécessaire au traitement équitable de leur demande. À l'inverse, les personnes à faible capital procédural ont moins tendance à saisir un avocat et peinent à trouver les ressources pour faire valoir leurs droits. La *froideur* de l'institution n'est pas perçue par eux de la même manière, et symbolise plutôt l'inaccessibilité et le *caractère lointain* de la justice. L'analyse quantitative faite par les auteurs à ce sujet concernant le tribunal administratif de Paris révèle ainsi sans surprise que les classes moyennes et supérieures, à fort capital culturel, social et procédural, sont surreprésentées dans les litiges contre l'Administration, par rapport aux classes plus modestes. L'*effet d'appartenance sociale* se constate par ailleurs au cours des procès eux-mêmes puisque l'on observe une grande disparité de conditions des requérants se présentant devant les juges. Cf. *Ibid.* p. 712.

¹²³ Les auteurs se réfèrent ici à une intéressante étude de William Felstiner, Richard Abel et Austin Sarat au sujet de l'émergence et de la résolution des conflits entre les personnes au sein de la société. L'analyse empirique qu'ils proposent permet de mettre en exergue qu'en règle générale, la plupart des crises survenant entre les individus échappent à toute résolution juridictionnelle. À de plus rares occasions cependant, ces individus prennent conscience d'une atteinte possible à une liberté protégée par la loi. Dans une minorité de cas enfin, ces individus se décident à saisir une juridiction pour faire valoir leurs droits. Cf. FELSTINER, William L. F., ABEL, Richard L. et SARAT, Austin. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. *Law & Society Review*. 1980, Vol. 15, n° 3/4, pp. 631-633.

961. L'analyse du contenu des Constitutions française et argentine sur la question du renforcement de l'accessibilité de la justice administrative ne permet pas de montrer une incidence directe des constituants dans ce domaine¹²⁴. Néanmoins, ces derniers ont pu faire preuve de pragmatisme en instituant des autorités administratives indépendantes telles que le *Défenseur des droits* en France, ou le *Défenseur du Peuple* en Argentine.

962. En Argentine par exemple, l'institution du Défenseur du Peuple par la réforme constitutionnelle de 1994 est principalement motivée par la volonté de faciliter la résolution des litiges administratifs au profit des administrés. À l'occasion d'un discours de promotion de cette nouvelle figure, le rapporteur de la *Commission de rédaction* pour le parti justicialiste Héctor Masnata considérait ainsi que la consécration du Défenseur du Peuple se présentait comme une réponse aux exigences sociales de lutte contre la corruption de l'État et constituait donc un moyen de légitimation des activités de l'Administration¹²⁵. Pour les chercheuses Gabriela Dalla et Sílvia Gómez ce type de discours montre alors que, dans l'esprit de certains constituants, l'objet premier de cette institution était d'offrir à *une partie de la population* une alternative aux recours juridictionnels pour résoudre les conflits avec l'Administration¹²⁶. On retrouve ainsi l'idée d'une adaptation des mécanismes de protection des libertés aux personnes à faible capital procédural, réticentes à ester en justice pour faire valoir leurs droits et préférant d'abord s'adresser au Défenseur du Peuple avant d'engager d'éventuels recours.

b. La question de l'égalité devant la justice administrative

963. Dans son acception la plus triviale, l'égalité devant la justice doit être comprise comme *le droit pour tous d'être jugé par les mêmes juridictions*¹²⁷. On attendra ainsi qu'un même juge applique la justice en respectant une égalité de conditions pour tous les requérants. En matière administrative, ce principe implique une vigilance juridictionnelle particulière compte tenu du fait de la dissymétrie existant entre l'administré et l'Administration¹²⁸. Pour D. Lochak, le juge administratif est ainsi tenu de veiller au

¹²⁴ Pour D. Lochak, l'accès au juge administratif en tant que tel a d'abord été élargi par le juge lui-même, du fait d'une *jurisprudence libérale* concernant les *conditions de recevabilité des recours*. Cf. LOCHAK, Danièle. *La justice administrative*. Paris : Montchrestien, 1992. p. 104.

¹²⁵ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 13^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 1522.

¹²⁶ DALLA CORTE, Gabriela et GÓMEZ I. MESTRES, Sílvia. Justicia social, legitimidad y legalidad: la sociedad civil ante el defensor del pueblo en Argentina. *Revista Mexicana de Sociología*. 2000, Vol. 62, n° 4, p. 76.

¹²⁷ RASSAT, Michèle-Laure. *La justice en France*. Paris : Presses Universitaires de France, 2007. p. 25.

¹²⁸ Afin d'expliquer l'idée de rapport dissymétrique entre l'État administrateur et les administrés, on sera ici tenté de reproduire un passage des propos tenus par J. Chevallier dans un article déjà cité des *Archives de philosophie du droit* qu'il consacrait, en 2000, à *L'obligation de service public* : « *Le principe de souveraineté donne à l'idée d'obligation une portée tout à fait singulière en droit public : doté d'une puissance suprême de domination, c'est-à-dire d'une puissance irrésistible et inconditionnée, l'Etat apparaît comme le foyer de toute normativité, le siège de toute contrainte et donc la source de toute obligation ; en retour, il ne saurait se trouver placé dans un rapport*

respect du principe du contradictoire, d'assurer l'*indépendance* et l'*impartialité* de la juridiction, de faciliter la *publicité des débats* et de soutenir les administrés dans leur *procédure d'instruction* contre l'Administration. On pourra enfin ajouter à cela l'obligation de statuer dans un délai raisonnable pour prévenir toute disparité de condition dans la réponse aux demandes formulées par les administrés¹²⁹.

964. S'il n'est pas le premier garant de l'égalité devant la justice administrative, le constituant ne demeure pas moins concerné et veille à ce que les administrés puissent exercer un contrôle effectif de l'implémentation des activités de l'Administration. À l'occasion d'une conférence sur *L'accès à la justice administrative* [nous traduisons], présentée en 2004 dans le cadre d'un séminaire international de droit administratif, le juriste Juan Carlos Cassagne avait ainsi pu mettre en exergue la pluralité de dispositions constitutionnelles¹³⁰ visant à garantir, tant en matière de contentieux judiciaire qu'administratif, une égalité de traitement des requérants devant les organes juridictionnels.

965. Parmi ces dispositions, il semble particulièrement pertinent de s'intéresser au premier alinéa de l'article 43 de la Constitution argentine qui autorise les administrés à former un recours d'*amparo rapide et expéditif* « *contre toute action ou omission des pouvoirs publics qui porte atteinte, restreigne, altère ou menace, de manière arbitraire ou manifestation illégale, les droits ou garanties constitutionnelles* » [nous traduisons]. L'analyse des discours de la Convention constituante de 1994 témoigne là-encore du souhait du constituant de renforcer l'égalité des administrés devant la justice en permettant une action rapide contre tout acte de l'Administration contraire aux droits garantis par la Constitution¹³¹. On pourra à ce titre rapporter en ce sens les propos de Blanca L. Roque, pour l'Union Civique Radicale, pour qui l'introduction de ce nouveau référé se présente comme « *un remède efficace contre toute prétention à porter atteinte aux garanties établies par la Constitution, au moyen d'une action dont la célérité garantira l'efficacité et l'applicabilité réelle et effective des biens juridiquement protégés* »¹³².

d'obligation que dans la mesure où il l'a expressément voulu et accepté, par le jeu de sa volonté souveraine. Le rapport d'obligation dans lequel est impliqué l'État se trouve ainsi caractérisé par une structure inégalitaire, régie par un principe de non-réversibilité, de non-réciprocité ». Cf. CHEVALLIER, Jacques. L'obligation en droit public. *Op. cit.* p. 182.

¹²⁹ LOCHAK, Danièle. *La justice administrative. Op. cit.* pp. 106-108.

¹³⁰ À titre d'illustration, et de manière non exhaustive, J. C. Cassagne convoque l'article 18 relatif aux *garanties de la défense au cours d'un procès*, l'article 108 sur l'*indépendance* de la justice, l'article 116 traitant de l'obligation pour le juge de traiter les cas qui lui sont soumis, ou encore l'article 109 interdisant au pouvoir exécutif, et en particulier au Président de la Nation, d'exercer toute fonction juridictionnelle. Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. El acceso a la justicia administrativa. Dans : GÓMEZ MASÍA, María Cecilia, *Seminario Internacional de Derecho Administrativo: « Aportes para el rediseño institucional de la República »*, realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 29, 30 y 31 de marzo de 2004. Buenos Aires : La ley, 2004, pp. 13-14.

¹³¹ *Ibid.* p. 30.

¹³² CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4072.

966. Ainsi, à partir de cette ultime illustration on aura mieux perçu comment le constituant appréhende les écueils inhérents au contrôle des actes administratifs. Cette prise en compte suppose non seulement de se préoccuper des modalités d'accès à la justice administrative, mais implique aussi de s'intéresser aux moyens permettant de garantir l'égalité de traitement de tous les administrés devant le juge. Mais une ultime difficulté demeure cependant : rien n'explique encore comment assurer l'effectivité des décisions rendues par les juridictions. Ce qui va suivre permettra donc de montrer que ce point constitue la dernière prérogative importante du constituant concernant l'encadrement de la mise en œuvre axiologique de la législation.

2. *Les discours sur l'exécution juridictionnelle en matière administrative*

967. Au détour de l'une de ses réflexions sur la place de la juridiction administrative dans la Constitution, N. Lafon s'interroge sur la fonction juridictionnelle. Celle-ci consiste selon lui « à trancher des litiges sur la base du droit par le biais de décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée »¹³³.

968. Bien qu'elle s'illustre avec la plus grande évidence concernant le contentieux judiciaire, cette définition résonne toutefois avec une acuité particulière en matière administrative. Dans l'introduction de leur ouvrage sur *L'exécution des décisions de la juridiction administrative*, la conseillère d'État Lucienne Erstein, et la présidente de la cour administrative d'appel de Nancy, Odile Simon, mettent d'emblée en exergue cette spécificité :

Se prévaloir d'un État de droit suppose que tous – administration et administrés – respectent la règle fixée par les institutions compétentes et se soumettent aux sanctions et conséquences qu'implique sa méconnaissance. Le respect de la chose jugée dérive directement de cette exigence. Si les administrés n'ont jamais eu le loisir d'échapper à ce principe, l'administration a souvent été accusée de ne s'y plier qu'avec difficulté, et non sans avoir exploré au préalable tous les échappatoires possibles¹³⁴.

969. La difficulté soulignée n'est pas nouvelle et a toujours constitué, pour les juristes, une préoccupation importante. De l'avis de J. Chevallier, la doctrine comme la jurisprudence¹³⁵ s'accordent

¹³³ LAFON, Nicolas. *La juridiction administrative dans la Constitution. Op. cit.* p. 311.

¹³⁴ ERSTEIN, Lucienne et SIMON, Odile. *L'exécution des décisions de la justice administrative*. Paris : Berger-Levrault, 2000. p. 13.

¹³⁵ À partir des conclusions de l'arrêt *Hallal*, rendu par le Conseil d'État le 6 février 2004, Françoise Sichler-Ghestin montre par exemple qu'en cas de carence de l'Administration, le Conseil d'État ne s'oppose pas à ce que le juge puisse se substituer au pouvoir administratif concernant le choix des moyens et l'initiative de l'action

sur le fait que, lorsqu'à l'issue d'un procès, l'Administration choisit de se détourner ou de se soustraire aux injonctions du juge, c'est au juge lui-même de *faire acte d'administrateur* afin d'assurer le respect de sa décision¹³⁶.

970. Cette réflexion conduit dès lors à s'interroger sur la responsabilité du constituant dans ce domaine. Les deux analyses à venir entendent donc décrire l'objet des discussions constitutionnelles relatives aux *cas ordinaires et extraordinaires* d'exécution des décisions du juge administratif.

a. L'exécution ordinaire des décisions du juge administratif

971. La question de la responsabilité de l'État du fait des décisions rendues par le juge administratif incombe en premier lieu au législateur dans le cadre de ses prérogatives d'encadrement de la mise en œuvre pragmatique du droit par l'Administration. Le rôle premier du constituant est alors de contribuer à l'élaboration de normes de procédure visant à coordonner l'action de l'Administration agissant *dans le cadre* des mesures imposées par le juge¹³⁷. Pour autant, cette attribution ne permet en aucun cas de contraindre le pouvoir administratif à l'exécution de ces injonctions. Elle apparaît donc insuffisante lorsque l'Administration se refuse à coopérer.

972. Pour tenter de prévenir cette incurie, le constituant agit de manière à faire peser une plus grande responsabilité sur l'Administration dans l'exécution du jugement. L'une des pistes privilégiées est alors de renforcer l'influence du droit international sur les décisions de justice. Puisque par son comportement l'Administration remet en cause l'autorité de la chose jugée procédant elle-même de l'autorité du législateur, le constituant choisit de reconnaître la valeur supérieure des traités sur les lois nationales afin d'inciter plus fortement le pouvoir administratif à respecter le droit¹³⁸.

nécessaire à l'accomplissement de ses obligations. Cf. SICHLER-GHESTIN, Françoise. L'exécution des décisions du juge administratif. *Civitas Europa*. 2017, Vol. 2, n° 39, pp. 5-11.

¹³⁶ CHEVALLIER, Jacques. L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur. *AJDA*. 1972, Vol. 28, n° 2, pp. 68-69.

¹³⁷ Cf. *Infra*. n° 899.

¹³⁸ Cette posture est notamment défendue par le juriste Ernesto Rey Caro dans une étude sur les incidences de la réforme constitutionnelle de 1994, publiée dans la *Revue espagnole de Droit international* au premier semestre de 1996. De son point de vue, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de certains traités internationaux à l'article 75 al. 22 de la Constitution argentine contribue à « *faciliter l'application du droit international par les organes de l'État et à assurer l'effectivité de cet ordre juridique* » [nous traduisons]. Cf. REY CARO, Ernesto J. Implicancias de la reciente reforma constitucional argentina en la aplicación estatal del derecho internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*. 1996, Vol. 48, n° 1, p. 400. Ce phénomène s'observe notamment par l'inclusion dans la Constitution du *Pacte international des droits civils et politiques* qui permet de rendre l'État davantage responsable des actions ou omissions commises par ses agents et susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des administrés. Le Pacte est d'ailleurs parfaitement explicite à ce sujet et stipule dans son article 2 que « *chaque État partie au présent Pacte s'engage à respecter et garantir à tous les individus qui se situent sur son territoire et sous sa juridiction les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune de race, de couleur de peau, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique de toute nature, d'origine nationale ou sociale, de position économique, de naissance ou n'importe quelle autre condition sociale* ». Cf. BARRENA,

973. Afin de commenter cette intuition, on pourra convoquer de nouveau les débats argentins relatifs à l'inclusion dans la Constitution des traités internationaux. Dans l'introduction de son discours pour défendre cette disposition, le représentant à la Convention Antonio F. Cafiero avait par exemple choisi de mettre en avant l'idée qu'une constitutionnalisation des traités permettrait bien sûr de renforcer la *protection des droits de l'Homme au sein de l'ordre juridique*, mais assurerait surtout une *responsabilité internationale de l'État devant toute violation des droits de la personne*¹³⁹. L'État ne serait ainsi plus seulement tenu au respect de l'ordre juridique interne, mais aurait aussi la responsabilité de satisfaire ses engagements internationaux sous peine de sanctions, notamment politiques¹⁴⁰, de la part des autres États.

b. L'exécution extraordinaire des décisions du juge administratif

974. L'intégration dans l'ordre juridique interne de stipulations tirées du droit international fait peser sur l'Administration une plus grande responsabilité en matière d'exécution des décisions du juge administratif. En France par exemple, cette question préoccupe le constituant de 1958 qui s'interroge sur la valeur de la clause de réciprocité consacrée à l'article 55 de la Constitution¹⁴¹. Au cours d'une discussion du Comité consultatif constitutionnel relative à la rédaction de l'article, le représentant pour le Calvados, Raymond Triboulet, avait ainsi souhaité déposer un amendement n'obligeant l'État français à respecter les stipulations des traités, qu'à la condition que les autres États s'engagent dans le même sens. Cet amendement fut en outre assorti d'un deuxième alinéa prévoyant que, dans le cas contraire, ni un État étranger, ni même un ressortissant de cet État n'aurait la possibilité de réclamer de la France l'exécution de ses obligations.

975. Cette seconde partie sera finalement abandonnée¹⁴² et l'article se limitera à reconnaître *l'autorité supérieure des traités* sur les lois *sous réserve* de leur *application par l'autre partie*. Pour autant, cette illustration montre bien l'inquiétude exprimée par le constituant face à l'hypothèse du non-respect par un État partie des obligations contenues dans les traités, et c'est probablement cette même inquiétude qui

Guadalupe. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fascículo 3)*. Vol. 3. México (DF) : Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015. pp. 67-68.

¹³⁹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2828.

¹⁴⁰ Les sanctions politiques seront ici entendues comme l'ensemble des mesures contraignantes prises par les États partie au traité pour pousser l'État incriminé à respecter ses engagements. Ces mesures se distinguent toutefois des sanctions prises dans le cadre du contentieux des juridictions spécifiquement créées par les traités pour condamner les atteintes à leurs stipulations.

¹⁴¹ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/2*. *Op. cit.* pp. 135-138.

¹⁴² On pourra relever en ce sens l'argument déterminant de René Dejean qui craignait qu'une rédaction trop incisive de l'article ne porte préjudice aux droits et obligations dérivant de l'application des traités, l'exemple le plus évident étant celui des marques et des brevets. *Cf. Ibid.* p. 138.

pousse les États à intégrer aux traités certains mécanismes de règlement des différends. L'article 55 peut alors être lu dans un sens plus large que celui donné par le constituant de 1958. Pour Denys de Béchillon en effet, cet article ne se contente pas de rendre contraignantes certaines règles du droit international, mais a aussi pour conséquence de rendre obligatoires les sentences des juridictions supranationales reconnues par les traités¹⁴³.

976. En agissant de la sorte, le constituant influence l'exécution des obligations de l'Administration dans les domaines relevant de la compétence des traités¹⁴⁴. Il astreint donc le pouvoir exécutif à respecter les injonctions du juge interne sous peine de se voir infliger de nouvelles sanctions de la part des juridictions internationales¹⁴⁵.

977. Ainsi, après l'étude des discussions du constituant relatives à l'exécution extraordinaire des décisions du juge administratif s'achève l'examen des débats sur le processus de contrôle de la mise en œuvre axiologique de la législation par l'Administration. À partir du problème posé par le paradigme procédural du droit mis en évidence par J. Habermas, on aura ainsi observé que les préoccupations du constituant s'expriment à la fois dans les débats relatifs à l'accessibilité et à l'égalité des administrés devant le juge administratif, mais aussi dans ceux inhérents au moyens d'assurer l'exécution des injonctions juridictionnelles adressées à l'Administration à l'issue d'un procès. De manière plus générale, cette ultime analyse vient clore l'ensemble des réflexions menées dans le cadre de cette première section dont on pourra ici synthétiser les grandes lignes.

978. Conclusion de section. Dans l'introduction de ce chapitre, on remarquait qu'à la suite de Luhmann, B. Peters propose de concevoir les sphères de l'espace public politique comme des espaces de pouvoir cherchant en permanence à s'autonomiser et à renforcer leur influence sur les autres par le prisme du langage du droit. Dès lors, l'œuvre du constituant consiste à réguler les interactions entre ces pouvoirs afin de prévenir leur émancipation. Dans cette perspective, cette première section s'est intéressée à l'objet

¹⁴³ BÉCHILLON (DE), Denys. Conflits de sentences entre les juges de la loi. *Pouvoirs*. 2001, Vol. 1, n° 96, p. 118.

¹⁴⁴ LAFON, Nicolas. *La juridiction administrative dans la Constitution*. *Op. cit.* p. 300.

¹⁴⁵ Pour Julie Dupont-Lassalle, ce phénomène est particulièrement évident du fait de la *subsidiarité juridictionnelle* instaurée par le droit communautaire. À partir des conclusions des arrêts *Commission c. Belgique* et *Commission c. Italie*, respectivement rendus par la Cour de justice des communautés européennes les 5 mai et le 18 novembre 1970, J. Dupont-Lassalle remarque que « du fait de la subsidiarité juridictionnelle, seul le juge national peut condamner les actions ou inactions incompatibles avec les obligations édictées par le droit de l'Union [mais] s'il se refuse à jouer ce rôle, l'État membre pourra cependant faire l'objet d'une constatation de manquement, étant entendu que le manquement peut être le fait de n'importe quel organe de l'État ». Cf. DUPONT-LASSALLE, Julie. La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? *Droit et société*. 2012, Vol. 1, n° 80, p. 61. Sur le même thème, on pourra aussi rappeler les propos d'Olivier Dord pour qui la *logique de la communauté de droit* implique « que les États répondent des manquements à leurs obligations devant la Cour et puissent voir leur responsabilité engagée devant le juge interne pour non-transposition d'une directive ». Cf. DORD, Olivier. Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ? *Pouvoirs*. 2001, Vol. 1, n° 96, p. 7.

des discussions constitutionnelles permettant d'appréhender et de réguler le comportement du pouvoir administratif. Pour J. Habermas, ce comportement varie en fonction de la nature des programmes mis en œuvre par l'Administration.

979. En premier lieu, les activités administratives prennent la forme de programmes conditionnels où l'Administration participe à l'implémentation pragmatique des normes produites par le pouvoir législatif. L'implémentation de ces programmes se manifeste d'une part dans l'obligation administrative d'application *dans le cadre* et *en conséquence* de la loi, et d'autre part dans sa prérogative d'exécution de la norme législative, soit pour assurer le fonctionnement du service public, soit pour assurer le respect des normes.

980. En second lieu, on comprend avec J. Habermas que les activités de l'Administration prennent aussi la forme de programmes finalisés où le pouvoir administratif exerce une influence axiologique sur la mise en œuvre de la législation. Il incombe dans ce cas au constituant de veiller à la légitimation et au contrôle de ce type de programme. Concernant la légitimation, le constituant s'intéresse en particulier aux mécanismes permettant aux citoyens et aux juges de participer au processus de décision de l'Administration. Quant au contrôle, les discussions constitutionnelles portent essentiellement sur la qualité de la procédure contentieuse et sur les garanties d'exécution des injonctions juridictionnelles.

981. Pour autant, l'encadrement des activités de l'Administration ne constitue que l'un des aspects de l'office de régulation des rapports de pouvoir remplie par le constituant. Celui-ci agit de la même manière sur les autres sphères de l'espace public institutionnel constituées par le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Cette réflexion doit ainsi se poursuivre dans cette direction.

SECTION 2. LE LÉGISLATEUR, POUVOIR DE SATISFACTION DES ATTENTES NORMATIVES DE L'ADMINISTRATION ET DU POUVOIR SOCIAL

982. En 2004, les presses de l'Université d'Oxford éditaient la traduction anglaise du *Droit de la société*¹⁴⁶, ouvrage majeur de N. Luhmann, dans lequel l'auteur s'intéressait au rôle du droit dans la régulation des relations entre les systèmes sociaux. De son point de vue, la fonction principale du droit¹⁴⁷

¹⁴⁶ L'ouvrage sera aussi traduit en français et publié aux presses de l'Université de Laval en juin 2019.

¹⁴⁷ Comme le rappelle Hugues Rabault dans son étude sur *Le problème de la fonction sociale du droit*, Luhmann ne nie pas que l'interprétation de la fonction du droit varie selon *l'angle de vue*. Les descriptions *juridiques* seront

serait de stabiliser les attentes normatives des différentes sphères de la société¹⁴⁸, ou pour reprendre l'analyse proposée par Hugues Rabault, « *de rendre l'avenir prévisible, de limiter l'aléa, de réduire la contingence des interactions sociales [pour] synchroniser sur le plan macrosocial une multitude d'organisations sociales différenciées* »¹⁴⁹.

983. Bien qu'ils diffèrent de la posture de Luhmann dans l'interprétation des rapports de pouvoirs qu'entretiennent les sphères de l'espace public politique¹⁵⁰, on sait que B. Peters et J. Habermas adhèrent à l'idée que le médium juridique contribue à stabiliser les attentes normatives de ces différents espaces. Dans les premières lignes introduisant la seconde partie de cette thèse, on rappelait en effet que pour J. Habermas, le droit apparaît comme un langage œuvrant à la *transformation des communications ordinaires des espaces publics et privés en système d'action autorégulés par les normes*¹⁵¹. Reprenant le modèle proposé par B. Peters, J. Habermas précise toutefois que *pour être légitimes* et traduites dans le langage du droit, ces communications doivent traverser « *les écluses des procédures propres à la démocratie et à l'État de droit, avant d'entrer dans le système parlementaire ou dans les tribunaux (le cas échéant également en sortant de l'administration en charge de l'implémentation)* »¹⁵². Le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire occupent ainsi une place à part dans la régulation des flux communicationnels de l'espace public et dans leur transformation en langage juridique. La troisième section de ce chapitre entendra comprendre le rôle particulier joué en ce sens par le pouvoir judiciaire, mais l'on recentrera pour l'instant l'analyse sur le législateur.

984. Afin de rendre plus explicite les manifestations de l'office de législation, J. Habermas suit encore le raisonnement de B. Peters. D'habitude, la plupart des opérations législatives *se déroulent de façon routinière* : le législateur réduit les problèmes généraux de la société en *de plus petites unités* pour en atténuer la complexité. Mais il arrive cependant qu'en cas de crises majeures, ce fonctionnement routinier

celles des normativistes procédant par *autodescription* du droit de manière à fonder une véritable science juridique. Au contraire, les descriptions *étrangères* au droit projettent sur leur objet un regard réflexif, biaisé par les contingences paradigmatiques de la science qui en fournit l'étude. Ainsi, la description *sociologique* du droit chez Luhmann vise à montrer la relation que le droit entretient avec les différentes structures sociales composant la communauté de vie. Cf. RABAULT, Hugues. Le problème de la fonction sociale du droit. *Droits*. 2020, Vol. 1, n° 71, p. 240.

¹⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. New York : Oxford University Press, 2004. p. 171.

¹⁴⁹ RABAULT, Hugues. Le problème de la fonction sociale du droit. *Op. cit.* pp. 237-238.

¹⁵⁰ On pourra en ce sens se reporter à l'article d'Hervé Pourtois afin de mieux saisir la nature de la controverse opposant Luhmann à J. Habermas sur la place du droit dans la théorie des systèmes. Cf. POURTOIS, Hervé. Le système juridique comme système social. Le débat Habermas-Luhmann. *Recherches Sociologiques*. 1993, Vol. 1, n° 2, pp. 5-24.

¹⁵¹ Cf. *Infra*. n° 871.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 383.

ne suffise plus. Les problèmes sont alors traités *par des moyens exceptionnels* visant à renforcer la *responsabilité politique* des représentants du pouvoir législatif¹⁵³.

985. À travers cette observation, on devine aisément que, investi de sa mission d'encadrement des rapports de force au sein de l'espace public, le constituant cherche à prévenir l'émancipation du pouvoir législatif dans l'exercice de ses prérogatives de traitement ordinaire et extraordinaire des problèmes sociaux. Dès lors, cette deuxième section permettra d'appréhender l'objet des discussions constitutionnelles relatives à cette activité.

§ I. LA SATISFACTION LÉGISLATIVE DES ATTENTES NORMATIVES SIMPLES

986. Dans l'esprit de Luhmann, le droit se présente comme un *programme conditionnel* qui n'intervient que dans l'hypothèse de la survenance d'un fait autorisant son application¹⁵⁴. Le droit répond ainsi au *besoin juridique élémentaire*¹⁵⁵ d'agir pour faire face aux difficultés rencontrées par les membres de la société du fait des *évolutions de la complexité sociale*¹⁵⁶.

987. Sans rejeter l'approche de Luhmann, J. Habermas prend toutefois une certaine distance avec cette définition fonctionnelle dont il critique le caractère trop réducteur. Pour lui, en effet, la conception luhmanienne d'un espace public composé d'une pluralité de *systèmes autopoïétiques clos* luttant pour leur émancipation cantonne le droit à l'expression d'un *paternalisme systémique* où ne sont admises que les normes produites par le système dominant. Or, en adoptant cette posture, Luhmann se refuse à voir dans le droit un moyen de coordination entre les systèmes, un langage commun de réciprocité et

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 383. p. 384.

¹⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system.* Op. cit. p. 11. D'après H. Rabault, cette programmation conditionnelle implique donc une subordination du traitement juridique d'une situation à l'existence de conditions légales. Ainsi par exemple, la répression d'une infraction n'est possible qu'à la condition que celle-ci ait été définie juridiquement et que surviennent les faits constitutifs de cette infraction ; le versement d'une pension de retraite n'intervient qu'à la condition que celle-ci soit prévue par la loi et que soit atteint l'âge de la percevoir, etc. Cf. RABAULT, Hugues. Le problème de la fonction sociale du droit. Op. cit. p. 233.

¹⁵⁵ L'expression est empruntée au doyen Jean Carbonnier. Cf. CARBONNIER, Jean. *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur.* Paris : L.G.D.J, 2001. p. 172.

¹⁵⁶ DELLAUX, Julien. Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel : signes et espoirs d'une consolidation de l'ordre juridique interne et de l'État de droit. *Revue française de droit constitutionnel.* 2019, Vol. 3, n° 119, p. 692. Dans un chapitre du *Droit de la société* qu'il consacre à la *fonction du droit*, Luhmann précise cette idée. La complexité sociale varie selon lui au gré de l'incrémentation des tensions entre la *dimension temporelle* de la norme, prescription réifiée pour faire face à un problème politique conjoncturel et contingent, et la *dimension sociale* des évolutions culturelles de la société qui, en l'absence d'intervention du législateur, finissent par déborder la norme, désormais inadaptée à la résolution des nouveaux enjeux. Cf. LUHMANN, Niklas. *Law as a social system.* Op. cit. p. 147.

d'intercompréhension nécessaire à la coopération démocratique des acteurs au sein de la société¹⁵⁷. Luhmann manque ainsi ce que Jacques Lenoble et Marc Maesschalck qualifient de *téléologie interne* ou de *visée régulatoire* de la norme : en limitant le droit à la satisfaction de programmes conditionnels, il ne peut admettre l'idée d'une construction coopérative des attentes normatives visant à *satisfaire autant que possible les acteurs concernés*¹⁵⁸.

988. À la différence de Luhmann donc, B. Peters et J. Habermas font crédit à cette idée, et considèrent le pouvoir législatif comme l'une des institutions capables de satisfaire ces attentes¹⁵⁹. L'objet de ce premier développement sera donc de montrer comment le constituant agit afin de les stabiliser. Un premier paragraphe abordera en ce sens la question de la stabilisation des attentes normatives du pouvoir administratif, et un second permettra d'étudier les moyens employés pour stabiliser celles du pouvoir social.

A. LA PROCÉDURE LÉGISLATIVE, OUTIL DE STABILISATION DES ATTENTES NORMATIVES DE L'ADMINISTRATION

989. L'analyse de l'influence exercée par l'Administration sur le pouvoir législatif peut être examinée selon au moins deux dimensions. À partir de la catégorisation proposée par Pierre Avril, Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel dans leur manuel de *Droit parlementaire*, il serait d'abord possible de commenter l'expression des attentes normatives du pouvoir exécutif en se fondant sur la nature ordinaire ou spéciale des procédures législatives¹⁶⁰. Cependant, d'autres travaux préfèrent à cette lecture matérielle une description généalogique du processus d'élaboration de la loi. La thèse de Murielle Mauguin Helgeson

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 379. On pourra à ce titre évoquer l'intéressante analyse proposée par Yves Cusset dans sa *lecture critique des principes normatifs de l'État de droit démocratique chez Habermas* : « l'intérêt social à l'émancipation a besoin d'être relayé par les institutions démocratiques, d'être traduit par le droit, seul capable de franchir l'abîme qui sépare les jeux de langage issus des formes les plus spontanées de l'espace public de ceux provenant des systèmes, sans quoi cet intérêt ne peut avoir d'expression directe que paradoxale, performativement contradictoire, autodestructrice : terroriste, silencieuse, privée, c'est-à-dire qu'au lieu de libérer le pouvoir communicationnel, elle le transforme en violence ou le paralyse. Ce relais institutionnel est bien, pour Habermas, non pas une limitation du pouvoir communicationnel et de ses prétentions émancipatrices, mais une condition de son expression, la chance d'espérer une auto-transformation du système politique structuré par l'État de droit ». Cf. CUSSET, Yves. Sommes-nous encore intéressés à l'émancipation? Pour une lecture critique des principes normatifs de l'État de droit démocratique chez Habermas. *Archives de Philosophie*. 2003, Vol. 4, n° 36, p. 596.

¹⁵⁸ LENOBLE, Jacques et MAESSCHALCK, Mark. *Démocratie, droit et gouvernance*. Sherbrooke : Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2011. p. 12. De manière analogue, H. Rabault montre qu'en considérant que la politique et le droit constituent deux sémantiques différenciées fonctionnant en parallèle, Luhmann oublie que « la politique ne peut parvenir à répartir efficacement la décision sans recours au droit ». Cf. RABAULT, Hugues. La politique comme sémantique. *Droit et société*. 2012, Vol. 1, n° 80, p. 222.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 384.

¹⁶⁰ AVRIL, Pierre, GICQUEL, Jean et GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 6^e éd. Paris : L.G.D.J - Lextenso, 2021. p. 256.

propose ainsi de distinguer les étapes de l'initiative, de la discussion et de l'adoption de la loi¹⁶¹. De même, la thèse de Céline Vintzel s'intéresse successivement aux phases d'impulsion, de préparation et de décision législative¹⁶².

990. Compte tenu de la posture pragmatico-formelle revendiquée dans cette thèse, la seconde approche sera ici privilégiée sans renoncer pour autant à convoquer des exemples tirées des procédures législatives ordinaires et spéciales pour rendre compte des discussions constitutionnelles dans ce domaine. On cherchera toutefois à synthétiser les modèles de M. Mauguin Hegelson et C. Vintzel en s'intéressant successivement à l'influence du pouvoir administratif dans l'élaboration et dans la sanction de la législation.

1. *Les discours sur l'influence administrative dans l'élaboration de la législation*

991. En 1981, la publication de *Political Theory in the Welfare State* permet à Luhmann de confronter son modèle de la *théorie des systèmes* au *système politique*¹⁶³. Dans un chapitre consacré à la reproduction des structures hiérarchiques au sein de la société, Luhmann montre que, au même titre que dans les autres systèmes sociaux, le *système politique bureaucratique* apparaît stratifié et s'organise selon une logique de *commandement* et *d'obéissance* qui structure les rapports de pouvoirs entre le *personnel politique*, *l'administration* et le *public*. L'une des manifestations de cette hiérarchisation s'incarne dans l'activité législative de l'Administration qui cherche à *dominer* le législateur dans l'initiative et la préparation des projets de lois¹⁶⁴.

992. Dès lors, l'objet de ce premier point de développement sera d'observer les spécificités de cette domination et de comprendre comment le constituant œuvre à en réguler l'expression.

¹⁶¹ MAUGUIN HELGESON, Murielle. *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*. CARCASSONNE, Guy (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris X-Nanterre, 2004. p. 17.

¹⁶² VINTZEL, Céline. *Les armes du Gouvernement dans la procédure législative. Étude comparée : Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni*. COLLIARD, Jean-Claude (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2009. p. 5.

¹⁶³ Cette analyse poursuit ainsi les travaux déjà entrepris dans ce sens par l'auteur concernant d'autres objets tels que la *religion*, *l'éducation*, *le droit*, *la famille* et *l'économie*. Cf. LUHMANN, Niklas. *Political Theory in the Welfare State*. Berlin : Walter de Gruyter & Co., 1990. p. 2.

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *Political Theory in the Welfare State. Op. cit.* p. 49.

a. L'influence de l'Administration dans l'impulsion de la loi

993. Dans le court ouvrage qu'elle consacrait en 1973 à *La genèse de l'initiative législative*, Geneviève Bastid-Burdeau rappelait la difficulté d'identifier avec précision les véritables auteurs de la loi¹⁶⁵. Avant d'être solennellement adressée au législateur, l'initiative législative est en effet stimulée par une pluralité d'acteurs ou de situations incitant les représentants des pouvoirs législatif ou exécutif à solliciter l'examen d'un texte de loi.

994. En matière d'initiative gouvernementale en particulier, Jean-Claude Bécane, Michel Couderc et Jean-Louis Héryn ont pu montrer qu'en droit français, des institutions telles que la *Cour de cassation*, la *Cour des Comptes*, le *Conseil d'État*, le *Médiateur de la République*, les *autorités administratives indépendantes*, le *Conseil économique, social et environnemental*, ou encore l'opinion publique elle-même à travers les programmes élaborés à l'occasion des élections présidentielles ou législatives, jouent un rôle majeur dans l'impulsion de la loi par le pouvoir exécutif¹⁶⁶. On retrouve ainsi l'intuition habermassienne d'une *fonctionnalisation des discours relatifs au droit*¹⁶⁷, ou pour reprendre l'expression chère à Jean Carbonnier, l'idée que le droit *se fait avec du fait* où les lois apparaissent comme *la projection collective de désirs privés*¹⁶⁸.

995. Compte tenu de ce phénomène, de nombreuses discussions constitutionnelles se sont intéressées depuis 1958 à la régulation de l'influence de l'Administration dans le dépôt des projets de lois. L'évolution de cette régulation s'observe notamment à travers les rédactions successives de l'article 48 de la Constitution. En 1958 tout d'abord, le constituant donne toute latitude au Gouvernement pour initier les débats relatifs aux projets de loi et pour décider de l'examen des propositions de loi acceptées par lui¹⁶⁹. Michel Debré rappelait en ce sens que « le Gouvernement [étant] responsable de l'État, donc de la législation [...] aucun retard ne doit être toléré à l'examen d'un projet gouvernemental, si ce n'est celui

¹⁶⁵ « Le projet ou la proposition, qui se trouve déposé sur le bureau d'une assemblée parlementaire [...], est en réalité déjà l'aboutissement de tout un cheminement plus ou moins obscur à travers les cerveaux, les groupes divers, les tiroirs de l'administration, de certaines idées dont l'origine exacte est souvent fort difficile à identifier et qui ont été progressivement amplifiées, complétées, amendées, enrichies ou tronquées avant de faire l'objet de l'initiative ». Cf. BASTID-BURDEAU, Geneviève. *La genèse de l'initiative législative. Un cas: l'Agriculture/1958-1968*. Paris : Presses Universitaires de France, 1973. p. 10.

¹⁶⁶ BÉCANE, Jean-Claude, COUDERC, Michel et HÉRYN, Jean-Louis. *La loi*. 2^e éd. Paris : Dalloz, 2010. pp. 94-95.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public. *Op. cit.* p. 46.

¹⁶⁸ CARBONNIER, Jean. *Sociologie juridique*. 3^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2016. p. 292.

¹⁶⁹ BACHSCHMIDT, Philippe. Droit parlementaire. Le succès méconnu des lois d'initiative parlementaire. *Revue française de droit constitutionnel*. 2009, Vol. 2, n° 78, p. 344. La rédaction originelle de l'alinéa premier de l'article 48 de la Constitution dispose en effet que « l'ordre du jour des assemblées comporte, par priorité et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, la discussion des projets de loi déposés par le Gouvernement et des propositions de loi acceptées par lui ».

qui résulte de son étude »¹⁷⁰. Rompant avec le monopole gouvernemental, le constituant de 1995 fait par la suite évoluer les dispositions de l'article 48 en permettant à l'Assemblée nationale et au Sénat de fixer une fois par mois l'ordre du jour de la séance parlementaire¹⁷¹. Pour Pierre Mazeaud cette timide variation rédactionnelle doit contribuer à lutter contre une inflation déraisonnée des textes législatifs dont il tient le Gouvernement pour responsable¹⁷². En 2008, le constituant modifie plus franchement le texte afin de mieux organiser la répartition du temps parlementaire. Le Gouvernement se retrouve ainsi davantage limité cependant que les Assemblées disposent désormais de deux semaines sur quatre pour décider de l'ordre du jour.

996. Si cette nouvelle rédaction semble en théorie plus équitable, le constituant ne parvient pas en pratique à réguler véritablement l'initiative gouvernementale des lois¹⁷³. D'autres moyens lui permettent cependant d'atténuer cette influence.

b. L'influence de l'Administration dans la préparation de la loi

997. L'influence de l'Administration dans la préparation de la loi se manifeste de diverses manières. En France, le constituant de 1958 dote le Gouvernement de nombreuses prérogatives afin d'atténuer le poids du Parlement dans l'exercice du pouvoir¹⁷⁴. Avec P. Rosanvallon, on considère que ce changement de paradigme s'incarne dans la rationalisation gaullienne du parlementarisme et traduit le passage d'une *suprématie de la loi* à une *suprématie du but*, la substitution achevée de la *téléocratie* à l'*ancien modèle de la nomocratie*¹⁷⁵ : « la loi, explique-t-il, s'est en fait transformée [...]. L'ancienne distinction entre le

¹⁷⁰ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/3. Vol. III. Du Conseil d'État au référendum. 20 août 1958 - 28 septembre 1958.* Vol. 3. Paris : La documentation française, 1991. p. 268.

¹⁷¹ PORTELLI, Hugues. *Le temps parlementaire. Pouvoirs.* 2013, Vol. 3, n° 146, p. 73.

¹⁷² ASSEMBLÉE NATIONALE. Xe législature - 2e session extraordinaire de 1994-1995 - 2e séance - 1ère séance du lundi 10 juillet 1995 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Juillet 1995, p. 11.

¹⁷³ Comme le précise toutefois Hugues Portelli, le Gouvernement demeure exceptionnellement prioritaire concernant « l'examen des projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale, pour celui des projets relatifs aux états de crise et aux opérations extérieures ainsi que pour les textes transmis par l'autre assemblée depuis au moins six semaines ». Cf. PORTELLI, Hugues. *Le temps parlementaire. Op. cit.* p. 74. Dans sa thèse sur *L'encadrement du temps parlementaire dans la procédure législative*, Basile Ridard montre que cette exception a en réalité une incidence non négligeable dans la répartition du temps parlementaire. Cf. RIDARD, Basile. *L'encadrement du temps parlementaire dans la procédure législative. Étude comparée : Allemagne, Espagne, France, Royaume-Uni.* PFERSMANN, Otto (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016. p. 318.

¹⁷⁴ L'ouvrage de Jacques Fournier sur *Le travail gouvernemental* permet de rendre compte avec une grande précision de l'étendue de ces prérogatives. Cf. FOURNIER, Jacques. *Le travail gouvernemental.* Paris : Presses de la fondation nationale des sciences politiques - Dalloz, 1977. pp. 80-81.

¹⁷⁵ P. Rosanvallon s'inspire ici des travaux de Bertrand de Jouvenel sur *L'évolution des formes de Gouvernement* pour formuler cette observation. Cf. ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement.* Paris : Seuil, 2015. p. 85.

*pouvoir législatif assimilé à la notion de généralité et le pouvoir exécutif assimilé à celle de particularité s'est du même coup complètement effacée »*¹⁷⁶.

998. Dès lors, le constituant n'œuvre plus au perfectionnement du travail parlementaire visant à rendre la loi légitime mais cherche plutôt à en améliorer l'efficacité. Le commentaire de P. Rosanvallon laisse ainsi penser que les discussions constitutionnelles entendraient en ce sens renforcer l'influence de l'Administration dans l'élaboration des programmes législatifs utiles à la satisfaction de ses propres engagements politiques.

999. Ce phénomène s'observe bien à travers l'étude du troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution. En 1958, l'intention du constituant est de conférer au Premier ministre la possibilité d'engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un texte. Michel Debré, dans une allocution présentée devant le Conseil d'État le 27 août 1958, justifiait cette rédaction par la nécessité de *changer les mœurs* après la *longue et coûteuse* expérience des régimes parlementaires en place depuis 1870. Ainsi, le garde des Sceaux admettait-il que la *question de confiance* posée par le Gouvernement dans le processus d'élaboration de la loi, dusse-t-elle apparaître *exceptionnelle*, n'en demeurait pas moins nécessaire « *pour assurer, malgré les manœuvres, le vote d'un texte indispensable* »¹⁷⁷.

1000. Du fait du recours massif de l'Exécutif à cet outil¹⁷⁸, le constituant de 2008 se préoccupe d'un meilleur encadrement de l'Administration et choisit d'amender l'article afin de restreindre l'objet et le nombre de textes sur lesquels puisse être engagée la responsabilité du Gouvernement¹⁷⁹. La nouvelle disposition constitutionnelle n'autorise désormais le Premier ministre à engager cette responsabilité que sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale et sur un autre projet ou proposition de loi une fois par session. Par cette manœuvre, le constituant réduit matériellement le champ d'action de l'Administration dans l'élaboration de la loi, si bien que certains juristes se préoccupent d'une perte de vitesse de l'influence administrative sur la législation¹⁸⁰.

¹⁷⁶ ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Op. cit. p. 87.

¹⁷⁷ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/3*. Op. cit. pp. 259, 261.

¹⁷⁸ À l'occasion de ses réflexions préalables au projet de loi constitutionnelle sur la modernisation des institutions de la Ve République, le comité Balladur remarquait en effet que, entre 1958 et 2008, le Gouvernement avait recouru à l'article 49 al. 3 à quatre-vingt-deux reprises. Cf. COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Une Ve République plus démocratique*. Paris : Fayard - La documentation française, 2008. p. 74.

¹⁷⁹ AUDOUY, Laurèn. La révision de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution à l'aune de la pratique. Op. cit. p. e4.

¹⁸⁰ Pour Pascal Jan par exemple, « *le déclenchement de l'article 49 alinéa 3 l'a certes été à plus de quatre-vingts reprises, mais seulement sur quarante-six textes. Si l'on tient compte de cette dernière donnée [...] la statistique avancée dans le rapport [Balladur] tombe de plus de 46 % ! En définitive, le chef du Gouvernement engage la responsabilité de son équipe sur un texte moins d'une fois par an* ». La révision de l'article apparaît ainsi selon

1001. Ainsi, ce premier point de développement aura permis de mettre en exergue certains aspects de l'influence de l'Administration concernant l'impulsion et l'élaboration de la loi. Les discussions constitutionnelles en la matière entendent encadrer cette action en veillant à concilier la volonté d'efficacité du pouvoir exécutif et la nécessaire légitimité de la production législative. Un second temps de réflexion devra à présent permettre d'étudier cette influence à l'aune de la prérogative administrative de sanction de la législation.

2. *Les discours sur l'influence administrative dans la sanction de la législation*

1002. *Democracy: Presidential or Parliamentary, Does it Make a Difference?* C'est par ce titre provocateur que Juan J. Linz choisissait, en 1985, de prendre part à un colloque sur le rôle des partis politiques dans le retour de la démocratie dans les pays du Cône sud. À l'occasion de cette conférence, le sociologue s'interrogeait sur les multiples aspects de l'immixtion de l'Administration dans le domaine législatif. Il s'attachait notamment à mettre en lumière une prédominance certaine de l'exécutif lors des étapes relatives à la sanction de la loi, en reconnaissant toutefois une variation de cette influence selon la nature du régime étudié¹⁸¹.

1003. L'étude de Jacques Fournier sur *Le travail gouvernemental* permet peut-être de comprendre avec une plus grande acuité l'affirmation de Linz. Chez Fournier en effet, cette prédominance se manifeste à deux moments distincts¹⁸². Par le biais du référendum ou du contrôle de constitutionnalité, l'Administration est d'abord susceptible d'inciter le peuple ou le juge à contribuer à la sanction de la loi. Par ailleurs, à travers sa prérogative de promulgation, l'Administration rend la loi contraignante et véritablement performative. Aussi, la possibilité de renoncer à cette faculté constitue un véritable pouvoir dont il convient de réguler l'exercice. Dans ce second point de développement, on s'intéressera donc à la manière dont le constituant se saisit de ces deux aspects.

lui, non seulement injustifiée, mais aussi dangereuse pour la stabilité des institutions. Cf. JAN, Pascal. Une réforme dangereuse. Dans : CAMBY, Jean-Pierre, FRAISSEIX, Patrick et GICQUEL, Jean, *La révision de 2008, une nouvelle Constitution?* Paris : L.G.D.J - Lextenso, 2011, p. 282.

¹⁸¹ LINZ, Juan J. *Democracy : Presidential or Parliamentary, Does it Make a Difference?* Dans : AGÜERO, Felipe, GILLESPIE, Charlie et SCULLY, Timothy, *The Role of Political Parties in the Return to Democracy in the Southern Cone, conference sponsored by the Latin American Program of the Woodrow Wilson International Center for Scholars, and the Woodrow Wilson Peace Foundation.* Washington, D.C. : Latin American Program, Wilson Center, 1986, pp. 12-13.

¹⁸² FOURNIER, Jacques. *Le travail gouvernemental. Op. cit.* p. 238.

a. L'influence de l'Administration dans la sanction de la loi

1004. Depuis la lecture de l'article de J. Habermas sur *La souveraineté populaire comme procédure*, on sait que dans sa lutte pour le pouvoir, l'Administration s'autoprogramme en fonctionnalisant le discours juridique pour favoriser son émancipation¹⁸³. Cette fonctionnalisation se manifeste de diverses manières, dont certaines ont déjà pu être évoquées en amont de cette thèse. Néanmoins, ce caractère s'observe aussi en matière de sanction de la loi.

1005. Ainsi, Pascal Jan estime par exemple qu'en vertu de l'article 5 disposant que « *le Président de la République veille au respect de la Constitution* », la norme fondamentale de 1958 légitime la possibilité offerte au chef de l'État à s'opposer à tout acte contraire à la Constitution¹⁸⁴. De même, en affirmant que le Premier ministre *assure l'exécution des lois*, l'article 21 de la Constitution rend le chef du Gouvernement responsable d'une sanction appropriée des normes législatives pour prévenir tout écueil inhérent à leur exécution¹⁸⁵.

1006. Afin de doter l'Administration de véritables moyens de contrôle de la loi avant sa promulgation, le constituant de 1958 facilite l'examen des programmes législatifs en permettant au Président de la République et au Premier ministre de saisir le Conseil constitutionnel¹⁸⁶. Cette possibilité n'est toutefois pas admise de prime abord et fait l'objet de multiples négociations. Lors des travaux préparatoires relatifs à l'avant-projet de Constitution, François Luchaire avait par exemple insisté pour amender le texte initial relatif à la saisine du Conseil afin de permettre au Président de la République de réclamer l'examen de la constitutionnalité d'une loi sans contreséing des Présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale¹⁸⁷. De manière analogue, l'analyse de ces travaux révèle que l'intention originelle du constituant excluait le

¹⁸³ HABERMAS, Jürgen. *La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public*. *Op. cit.* p. 46.

¹⁸⁴ JAN, Pascal. *La saisine du Conseil constitutionnel*. ROSSETO, Jean (dir). Thèse de doctorat, droit. Tours : Université François Rabelais, 1999. p. 192.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 201.

¹⁸⁶ Pascal Jan relève à ce propos le discours tenu par Raymond Triboulet, représentant du Comité consultatif constitutionnel du Calvados pour le groupe des Républicains-sociaux, rappelant la nécessité de donner au pouvoir exécutif un moyen de saisir le Conseil constitutionnel pour contrôler *la constitutionnalité d'une mesure prise par le pouvoir législatif*. Cf. *Ibid.* p. 194. L'ensemble de ce discours peut être retrouvé dans le compte rendu des débats du Comité consultatif constitutionnel répertoriés dans le second tome des *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/2*. pp. 175-176.

¹⁸⁷ En marge d'une réunion du groupe de travail chargé par le Général De Gaulle de l'élaboration de l'avant-projet de Constitution, François Luchaire faisait en effet remarquer que dans sa rédaction initiale, le texte n'autorisait la saisine du Conseil constitutionnel que de manière conjointe par le Président de la République et les Présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale. Il privait ainsi l'Administration de toute indépendance dans la sanction de la loi. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/1. Vol. I. Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*. Vol. 1. Paris : La documentation française, 1987. p. 384.

Premier ministre de toute saisine contentieuse du Conseil. À l'origine en effet, seule lui été octroyée la possibilité de lui demander un avis *sur toute difficulté née de l'application de la présente Constitution*¹⁸⁸, et ce n'est vraisemblablement qu'à l'issue du Conseil interministériel du 8 ou du 9 juillet 1958 que le Premier ministre sera pourvu d'une faculté de saisine identique à celle du Président de la République et des Présidents des Assemblées¹⁸⁹.

1007. Par cette double dynamique, le constituant œuvre donc à l'encadrement de l'influence de l'Administration dans la sanction de la législation. On se demandera maintenant comment s'exerce cet encadrement concernant l'activité administrative de promulgation de la loi.

b. L'influence de l'Administration dans la promulgation de la loi

1008. Dans la première partie de sa thèse sur *L'entrée en vigueur de la loi*, Themistoklis Raptopoulos s'intéresse à la notion de promulgation : « le terme “promulgation”, dit-il, *peut avoir deux acceptions. D'abord, il peut désigner un acte dont l'accomplissement est en principe confié au chef de l'exécutif. Dans une acception plus large, le même terme désigne un ensemble de règles et de pratiques qui sont relatives à l'acte de promulgation* »¹⁹⁰. Cependant, on remarque que la doctrine apparaît divisée quant à la qualification des actes constitutifs de la promulgation. En 1928, Marcel Planiol considérait par exemple que la promulgation devait être nécessairement associée à l'acte de publication¹⁹¹. Pour Jacques Fournier au contraire, ces deux éléments peuvent être distingués, la promulgation étant un acte nécessaire « *pour que le texte auquel elle s'applique acquière sa pleine validité juridique* », tandis que la publication constitue l'*opération matérielle* qui « *commande l'entrée en vigueur du texte et son opposabilité aux administrés* »¹⁹². On ne cherchera pas ici à trouver une issue à ce débat, et l'on se contentera de la définition holistique proposée par T. Raptopoulos pour remarquer que le constituant se préoccupe de cette

¹⁸⁸ *Ibid.* p. 388.

¹⁸⁹ L'examen attentif des débats relatifs à la préparation du projet de loi constitutionnelle ne permet pas de mettre en lumière le moment exact de cette évolution. On notera toutefois que le 8 juillet 1958, le texte constitutionnel débattu par le groupe de travail faisait seulement mention de la *demande d'avis* du Premier ministre, tandis que l'avant-projet de Constitution présenté par Michel Debré le 10 juillet rendait possible la *saisine* du Premier ministre pour contester la constitutionnalité d'une loi. Entre ces dates sont organisées deux réunions du Conseil interministériel. Les *Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution de la Constitution du 4 octobre 1958* ne fournissent hélas aucune information substantielle à ce sujet, mais il est probable que l'évolution du texte soit intervenue à cette occasion.

¹⁹⁰ RAPTOPOULOS, Themistoklis. *L'entrée en vigueur de la loi. Contribution à une étude de la loi*. BEAUD, Olivier (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Panthéon-Assas, 2018. p. 23.

¹⁹¹ « *Le mot promulguer n'a jamais voulu dire autre chose que publier* ». Cf. PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel des Facultés de droit. Tome premier. Principes généraux. Les personnes. La famille - Les incapables. Les biens*. Vol. 1. 11^e éd. Paris : L.G.D.J, 1928. p. 76.

¹⁹² FOURNIER, Jacques. *Le travail gouvernemental. Op. cit.* p. 255.

question notamment concernant les pouvoirs attribués au Président de la République en matière de promulgation.

1009. À partir du manuel de *Droit parlementaire* de Pierre Avril, Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, on associe la prérogative présidentielle de promulgation à une *opération mixte*, c'est-à-dire une procédure combinant *de manière explicite* une fonction de législation et une fonction de contrôle¹⁹³. Relisant Montesquieu, Christian Bidegaray et Gérard Emeri justifient cette double compétence par la nécessité de faire du pouvoir exécutif l'arbitre du processus de production de la norme pour prévenir toute incartade despotique du corps législatif¹⁹⁴. De ce point de vue, le constituant se trouve sollicité pour circonscrire ces fonctions de manière à ériger la prérogative administrative de promulgation en véritable contre-pouvoir, sans toutefois laisser dériver cette faculté vers une forme de *démocratie délégative* accordant une toute-puissance au pouvoir exécutif¹⁹⁵.

1010. Cette préoccupation s'observe bien dans les discussions constitutionnelles argentines de 1994 relatives à l'institution d'un droit de veto législatif partiel au profit de l'exécutif. Pour Agustín Cárdenes, la possibilité laissée au Président de la Nation de s'opposer à la promulgation des lois relevait jusqu'alors d'une pratique politique *concentrationniste* plutôt que d'un véritable droit juridique¹⁹⁶, et c'est sans doute

¹⁹³ AVRIL, Pierre, GICQUEL, Jean et GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. *Op. cit.* p. 394.

¹⁹⁴ BIDEGARAY, Christian et EMERI, Gérard. Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre-pouvoir. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. 1994, Vol. 2, p. 325. Les deux auteurs reprennent en ce sens une intéressante citation de *L'esprit des lois* dans laquelle Montesquieu affirme que « si la puissance exécutrice n'a pas le droit d'arrêter les entreprises du corps législatif, celui-ci sera despotique ; car, comme il pourra se donner tout le pouvoir qu'il peut imaginer, il anéantira toutes les autres puissances ». Cf. MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat. *L'esprit des lois/1*. *Op. cit.* p. 174.

¹⁹⁵ LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A. et SCHNITMAN, Ariela. Sobre el semipresidencialismo e hiperpresidencialismo en la reforma constitucional argentina de 1994. *Lex*. 2016, Vol. 1, n° 17, p. 87. Le concept de *démocratie délégative* a été développé par le juriste argentin Guillermo O'Donnell dans un article de 1994 du *Journal of Democracy*. La démocratie délégative correspond selon lui à un régime de gouvernement dans lequel le processus électoral se trouve instrumentalisé pour faire d'un représentant élu pour une période déterminée, l'incarnation et l'interprète des intérêts élevés de la nation [nous traduisons]. Cf. O'DONNELL, Guillermo. Delegative democracy. *Journal of Democracy*. 1994, Vol. 5, n° 1, pp. 60-61. En l'absence de contre-pouvoir fort, ce phénomène laisse craindre une dérive autocratique des représentants élus, tentés d'outrepasser leurs prérogatives du fait de leur légitimation par le peuple souverain. On comprend dès lors que la faculté de promulgation de la loi puisse être particulièrement préoccupante dans ce genre de régime.

¹⁹⁶ Alberto Natale rappelle en effet que le veto partiel existe depuis la promulgation de la Constitution de 1853. Celui-ci n'est toutefois admis que de manière très restreinte pour le seul vote des lois de finances. Néanmoins, le Président de la République excède peu à peu ses prérogatives et élargit de fait ce pouvoir à des textes de loi de plus en plus *anodins*. Cf. NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Op. cit.* p. 226. L'approche de la démocratie délégative d'O'Donnell apparaît insuffisante à A. Cárdenes pour décrire ce phénomène. Lui préfère parler de dérive *concentrationniste* pour qualifier une pratique devenue anticonstitutionnelle. Cf. CÁRDENES, Agustín. *La presidentialisation du système politique, étude de droit comparé Argentine – France*. ORTIZ, Tulio, LAGEOT, Céline (dir.). Thèse de doctorat, droit. Poitiers et Buenos Aires : Université de Poitiers et Université de Buenos Aires, 2012. p. 397.

pour cette raison que les Présidents Menem et Alfonsín s'accorderont pour consacrer le veto partiel dans le Pacte d'Olivos¹⁹⁷.

1011. Ainsi, à travers ces diverses illustrations, on parvient mieux à saisir les préoccupations et les moyens de régulation mis en œuvre par le constituant pour appréhender l'influence de l'Administration dans le processus de sanction de la législation. De manière générale, on aura montré que ce dernier contribue à la stabilisation des attentes normatives du pouvoir administratif en intervenant à chacune des étapes de la procédure législative, de l'impulsion à la promulgation, en passant par l'élaboration et la sanction.

1012. Toutefois, dans l'exercice de son rôle de régulation des flux communicationnels de l'espace public, le pouvoir législatif ne se limite pas à l'assimilation des volontés normatives de l'Administration. Pour une large part, le législateur se consacre aussi à l'appréhension des discours politiques du pouvoir social institutionnalisé. On cherchera dans ce qui suit à en examiner les manifestations.

B. LA PROCÉDURE LÉGISLATIVE, OUTIL DE STABILISATION DES ATTENTES NORMATIVES DU POUVOIR SOCIAL

1013. En 2019, dans ses *Réflexions sur le principe de participation politique*, J. Habermas revenait sur le rapport entre la démocratie, l'État et la société. Il estimait ainsi que « *l'idée de démocratie que l'État de droit institutionnalise à travers lui-même n'est, semble-t-il, réalisable que sous la forme d'une société politique. Pour réaliser la démocratie en ce sens, le contrôle politique du pouvoir social est une condition préalable nécessaire* »¹⁹⁸.

1014. Avant de s'intéresser à la nature de ce contrôle politique, il apparaît primordial d'expliquer le sens donné par J. Habermas à la notion de pouvoir social. Dans un passage éclairant de *Droit et démocratie*, il rappelle que les discussions publiques surgissent dans des *espaces publics autonomes* mais s'incarnent dans les discours du pouvoir législatif, responsable politiquement et seul capable d'adopter une *démarche démocratique*¹⁹⁹. De ce point de vue, il apparaît opportun de considérer le pouvoir social non pas comme une sphère d'influence homogène, mais comme une entité rassemblant à la fois les

¹⁹⁷ NEGRETTO, Gabriel. Negociando los poderes del presidente: reforma y cambio constitucional en la Argentina. *Desarrollo Económico*. 2001, Vol. 41, n° 163, p. 435. Une analyse précise des intentions respectives de chaque Président et proposée par Mara Pegoraro et Florencia Zulcovsky dans un article de 2011 sur *Les jeux imbriqués de la réforme constitutionnelle argentine* [nous traduisons]. Cf. PEGORARO, Mara et ZULCOVSKY, Florencia. El juego anidado de la reforma constitucional argentina. *Colección*. 2011, n° 21, pp. 101-102.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. Réflexions sur le concept de participation politique. *Op. cit.* p. 54.

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 206. La notion de *démarche démocratique* pourra ici être comprise dans un sens analogue à celle de *formation procéduraliste de l'opinion et de la volonté*.

discussions informelles se produisant dans les espaces autonomes et les discours formels *incarnés* par les représentants du corps législatif. Afin de décrire avec plus de précision l'influence exercée par le constituant dans la régulation des manifestations de puissance de ces deux ensembles, on adoptera dorénavant une terminologie spécifique pour permettre de distinguer le pouvoir social autonome et le pouvoir social institutionnalisé.

1015. À la suite de cette nouvelle distinction, il est donc désormais possible de voir que les attentes normatives du pouvoir social correspondent à une volonté de transcription dans le langage du droit des discussions advenant *la plupart du temps* au sein du pouvoir social institutionnalisé, et *dans une moindre mesure* dans celui du pouvoir social autonome²⁰⁰. Pour expliquer le rôle du constituant dans la régulation de ces attentes, on partira de la structure d'analyse proposée par la thèse de M. Mauguin Helgeson en étudiant successivement l'initiative (1.), la discussion (2.) et l'adoption de la loi (3.).

1. Les discours sur l'influence du pouvoir social dans l'initiative de la loi

1016. Le premier chapitre de la thèse de M. Mauguin Helgeson est consacré aux *détenteurs de l'initiative législative*. L'introduction de ce chapitre lui permet de remarquer que, bien que *dans la majorité des Constitutions contemporaines* l'initiative des lois soit reconnue conjointement aux pouvoirs législatif et exécutif, « *cette égalité organique s'arrête toutefois au stade de l'attribution et n'a qu'une réalité théorique* ». En effet, les *conditions d'exercice* et les *significations* de cette initiative ont une portée tout à fait différente selon l'origine de leur instigateur²⁰¹. En outre, M. Mauguin Helgeson remarque que dans certaines situations spécifiques, l'initiative des lois peut être portée par d'autres acteurs échappant au système institutionnel, et dont on comprendra ici qu'ils relèvent du pouvoir social autonome²⁰².

²⁰⁰ L'influence des espaces autonomes sur les pouvoirs institutionnels situés au centre de l'espace public politique sera largement étudiée dans le dernier chapitre de cette thèse. Toutefois à ce stade, on pourra rappeler que J. Habermas se fonde sur les analyses de Talcott Parsons pour développer sa compréhension du concept d'influence. Cf. FERRARESE, Estelle. Les renversements du concept de compromis. Des ambiguïtés de l'intérêt particulier dans la théorie de Jürgen Habermas. Dans : RENAULT, Emmanuel et SINTOMER, Yves, *Où en est la théorie critique ?* Paris : La Découverte, 2003, p. 160. Dans les pages de *Droit et démocratie*, il rappelle en effet que pour Parsons l'influence peut être assimilée à *une forme symbolique généralisée de la communication* visant à réguler les interactions sociales dans le but de *convaincre* ou *persuader*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 390. Les réflexions de Parsons sur le sujet pourront être retrouvées dans son ouvrage sur la *Théorie sociologique dans la société moderne* [nous traduisons]. Cf. PARSONS, Talcott. *Sociological Theory and Modern Society*. London : Collier-Macmillan, 1967. pp. 355-382.

²⁰¹ MAUGUIN HELGESON, Murielle. *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*. *Op. cit.* pp. 23-24.

²⁰² À titre d'illustration, M. Mauguin Helgeson convoque les *Private bills*, des droits privés consacrés dans le système juridique du Royaume-Uni visant à protéger les individus et les organisations, et dont l'initiative est portée par des acteurs extérieurs au système institutionnel. Cf. *Ibid.*

1017. La stabilisation des attentes normatives de l'Administration a déjà été étudiée en amont de ce travail. Aussi, dans ce premier point de développement, on s'intéressera plutôt à montrer comment le constituant contribue à cette stabilisation concernant les attentes normatives formulées par le pouvoir social institutionnalisé et par le pouvoir social autonome.

a. L'influence de l'initiative de la loi par le pouvoir social institutionnalisé

1018. À la différence de l'Administration, le pouvoir social institutionnalisé n'est chargé de l'exécution d'aucun programme. Incarné dans la figure du législateur, ce pouvoir a pour fonction première de contribuer à l'élaboration de la législation et au contrôle de sa mise en œuvre. Pour M. Mauguin Helgeson, ceci explique la grande hétérogénéité des initiatives normatives prises par les représentants du corps législatif. Alors que les projets de loi déposés par l'exécutif s'inscrivent dans la dynamique imposée par le chef du Gouvernement, les propositions de loi dépendent de l'orientation politique du parlementaire auteur du texte et, le cas échéant, de sa chambre d'appartenance²⁰³.

1019. Compte tenu de la pluralité des initiatives législatives et de la prérogative de représentation du peuple souverain à laquelle est tenu le législateur, le constituant intervient peu dans le dépôt des propositions de loi. Toutefois celui-ci guide l'action du pouvoir législatif en fixant le cadre général de ses compétences normatives. En Argentine, ces préconisations se retrouvent par exemple au dix-neuvième alinéa de l'article 75 de la Constitution. Dans une publication de 2001 sur *Les droits sociaux dans la Constitution argentine*, Elina Mecle Armiñana remarquait ainsi qu'en cherchant à promouvoir certains principes tels que le *développement humain*, le *progrès économique*, la *justice sociale*, *l'équité et la gratuité de l'éducation* ou la *création d'emploi*, cet alinéa n'entendait pas établir de droits matériels et opposables, mais s'apparentait plutôt à une forme de *mandat* du constituant visant à orienter les activités du Congrès en matière d'initiative des lois²⁰⁴.

1020. S'attardant sur l'exemple de l'éducation, le représentant à la Convention pour la province de San Juan, Tulio Abel Del Bono, avait en ce sens qualifié de *logique* et de *raisonnable* le fait de reconnaître cette prérogative comme un principe constitutionnel. L'objet de cette disposition apparaît moins, selon lui, comme la reconnaissance d'un droit fondamental que comme un moyen de *renforcer l'unité nationale* tout en respectant les *particularités régionales* en enjoignant le législateur à favoriser l'action conjointe de

²⁰³ MAUGUIN HELGESON, Murielle. *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*. *Op. cit.* p. 36.

²⁰⁴ MECLE ARMIÑANA, Elina S. Los derechos sociales en la Constitución argentina y su vinculación con la política y las políticas sociales. *Op. cit.* pp. 48-49.

la Nation et des provinces dans ce domaine²⁰⁵. De manière analogue, le représentant de l'Union Civique Radicale pour la province de Formosa, Antonio Olmedo, voit dans cette partie de la réforme de 1994 un moyen offert au législateur d'assurer *l'unité nationale* dans la mise en œuvre des politiques éducatives, sans pour autant méconnaître les *spécificités provinciales et locales* en matière d'enseignement²⁰⁶.

1021. Dans le sens entendu par D. Sabsay, ces discours illustrent la volonté du constituant de pousser le pouvoir social institutionnalisé à prendre l'initiative de certains projets législatifs afin de renforcer l'efficacité et la cohérence des activités relevant en priorité des prérogatives fédérales²⁰⁷. Mais l'action du constituant en matière d'initiative législative ne se limite pas à cela. Celui-ci s'intéresse aussi aux intentions du pouvoir social autonome pour favoriser une plus juste expression de la volonté générale.

b. L'influence de l'initiative de la loi par le pouvoir social autonome

1022. La possibilité de laisser au pouvoir social autonome incarné dans le peuple souverain la capacité de proposer et de sanctionner lui-même les lois est un débat ancien²⁰⁸. Néanmoins, Thomas Cronin a pu montrer qu'en matière législative, plusieurs mécanismes ont progressivement été développés par la plupart des démocraties occidentales depuis la fin du XVIII^{ème} siècle²⁰⁹. En Argentine, le constituant de

²⁰⁵ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 26^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 8 août 1994, p. 3382.

²⁰⁶ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 24^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 3275.

²⁰⁷ SABSAY, Daniel A. El federalismo argentino. Reflexiones luego de la reforma constitucional. Dans : AGULLA, Juan Carlos, *Ciencias Sociales: Presencia y Continuidades*. Buenos Aires : Academia Nacional de Ciencias. Instituto de Derecho Público, Ciencia Política y Sociología, 1999, p. 426.

²⁰⁸ Sans chercher à être exhaustif, Thomas Cronin rassemble six sortes de justifications avancées par la doctrine pour appuyer l'initiative citoyenne des lois. Les initiatives législatives contribuent ainsi à rendre le Gouvernement plus responsable face aux revendications sociétales, à lutter contre la corruption des élus, à nourrir le débat démocratique et critique, à trouver des issues non violentes à certains problèmes politiques, à prendre au sérieux les opinions individuelles, et à se substituer aux représentants élus, parfois peu enclins à affronter directement les problèmes. Cf. CRONIN, Thomas E. *Direct democracy : the politics of initiative, referendum, and recall*. 2^e éd. Bridgewater : Replica books, 2000. p. 11. À l'inverse, Carlos Nino identifie au moins trois formes d'arguments invoqués par les opposants à l'initiative législative. Le premier est d'ordre technique. À de rares exceptions près, les communautés politiques modernes rassemblent toujours plusieurs millions de citoyens, ce qui soulève de nombreux écueils procéduraux pour s'assurer d'une véritable expression de la volonté générale. Le second est d'ordre cognitif. Certains auteurs, tels que Lawrence Kohlberg, ou dans une moindre mesure J. Habermas, considèrent en effet que seraient seuls susceptibles de prendre part au débat public les citoyens dotés d'un certain niveau de développement cognitivo-moral. Dans le cas contraire, une participation trop élargie pourrait porter préjudice à la démocratie elle-même (Cf. KOHLBERG, Lawrence. *Essays on moral development/2. The Psychology of Moral Development. The Nature and Validity of Moral Stages*. Vol. 2. New York : Harper & Row, 1984. p. 286. La théorie de L. Kohlberg sera développée dans une note de bas de page plus en aval de cette thèse. Cf. *Supra*. n°1153. ; HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. *Op. cit.* p. 75.). Le troisième argument est d'ordre moral. Pour permettre de rendre réellement compte de la volonté du peuple, tous les citoyens devraient s'engager à exprimer leur opinion de manière systématique. Or, un tel résultat ne pourrait être obtenu que sous la contrainte, en portant dès lors atteinte à plusieurs libertés. Cf. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona : Gedisa, 1997. p. 205.

²⁰⁹ À titre d'illustration, T. Cronin rappelle qu'une dizaine d'années avant la révolution américaine, la Constitution du Massachusetts fut approuvée par référendum. En 1788, la nouvelle Constitution fédérale américaine fut aussi rejetée par les électeurs du Rhode Island par le biais d'un référendum. Concernant plus spécifiquement les

1994 intègre deux techniques de participation directe du peuple aux activités de législation. La première concerne la consultation populaire prise à l'initiative du pouvoir social institutionnalisé et n'intéresse donc pas directement ce point de développement. La seconde, en revanche, est relative à l'initiative populaire et constitue une illustration intéressante de la volonté du constituant de favoriser l'impulsion législative par le pouvoir social autonome.

1023. Pour Carlos Nino, l'initiative législative populaire peut être définie comme « *le moyen par lequel les citoyens qui parviennent à dépasser une quantité minimum [de signatures], demandent à ce que soit examinée une mesure législative* » [nous traduisons]²¹⁰. Felipe Hevia de la Jara ajoute en ce sens qu'à la différence des autres moyens de participation directe, l'initiative législative présente l'avantage de permettre un exercice de la démocratie depuis le bas, en étant mise en œuvre par la société elle-même, sans intervention préalable du législateur²¹¹.

1024. En 1994, la plupart des membres de la Convention apparaissent favorables à la constitutionnalisation de ce mécanisme. Dans un discours du 26 juillet 1994, Vicente M. Brusca apprécie par exemple de pouvoir distinguer le droit de pétition, droit individuel dont disposent les citoyens pour formuler des réclamations devant les *pouvoirs en place* et leurs *représentants*, de l'initiative législative présentée comme « *un outil mobilisateur, quantitativement et qualitativement distinct [de la pétition] qui met en lumière un sujet et fait pression pour qu'il soit traité* » [nous traduisons]²¹². Dans la même dynamique, Enrique G. Cardesa s'inquiète qu'une telle initiative puisse générer certains abus de la part de groupes sociaux très actifs politiquement, mais valorise toutefois cet outil en reconnaissant que le quorum nécessaire pour déposer une proposition de loi et les exigences procédurales inhérentes au vote des textes constituent des garanties suffisantes pour s'assurer de la qualité des initiatives²¹³.

1025. Ainsi, au terme de ce premier point de développement, on aura pu voir que les discussions constitutionnelles sur l'influence du pouvoir social dans l'impulsion de la loi varient selon que les discours concernent la régulation du pouvoir social institutionnalisé ou celle du pouvoir social autonome. Concernant le premier, cette régulation prend la forme minimale de préconisations constitutionnelles visant à impulser les programmes législatifs utiles à la satisfaction des orientations axiologiques du

initiatives normatives, T. Cronin relève que la Constitution suisse de 1848 fut élaborée grâce à un mécanisme de pétitions où chaque citoyen était autorisé à modifier le texte constitutionnel à condition de réunir plus de 50 000 signatures pour déposer un amendement. Cf. CRONIN, Thomas E. *Direct democracy : the politics of initiative, referendum, and recall*. *Op. cit.* p. 161.

²¹⁰ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. *Op. cit.* p. 205.

²¹¹ HEVIA DE LA JARA, Felipe. La iniciativa legislativa popular en América Latina. *Convergencia*. 2010, n° 52, p. 158.

²¹² CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 17ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2014.

²¹³ *Ibid.* p. 2023.

système juridique. Quant au second, le constituant agit de manière à rendre possible les initiatives législatives par les membres de la société eux-mêmes.

1026. Dans le point de développement suivant, un raisonnement analogue sera adopté dans le but de commenter l'influence du pouvoir social dans l'élaboration de la loi.

2. Les discours sur l'influence du pouvoir social dans la discussion sur la loi

1027. « Si le Gouvernement est incontestablement devenu l'acteur principal du processus législatif, il n'est cependant pas le seul ». Cette observation formulée par P. Avril dans un article de 1981 consacré au Parlement législateur, interroge sur la nature des autres acteurs susceptibles d'influencer ce processus : « la majorité parlementaire, poursuit-il, est un partenaire avec lequel [le Gouvernement] doit plus ou moins compter selon l'état de ses relations avec elle [et] des influences extérieures infléchissent, quand elles ne la contrarient pas, la mise en forme législative de sa politique »²¹⁴.

1028. À la lecture de ces lignes, on comprend que le pouvoir social exerce non seulement une influence sur les initiatives législatives, mais intervient encore dans le processus d'élaboration de la législation. Cette participation s'exerce toutefois de manière variable selon la nature des relations qu'entretiennent le pouvoir social institutionnalisé et le pouvoir social autonome avec l'Administration. L'objet de ce deuxième point de développement sera donc d'en étudier la portée.

a. L'influence des discussions législatives par le pouvoir social institutionnalisé

1029. En 2008, l'un des trois axes de réflexion du *comité Balladur* concernant la modernisation des institutions de la V^{ème} République portait sur le renforcement des pouvoirs du Parlement. Pour Pascal Gonod, l'une des principales motivations du constituant à ce sujet était de pousser le Comité à formuler des propositions visant à contribuer à l'amélioration de la qualité de la loi²¹⁵. Mariette Todorova va aussi dans le même sens en précisant que cette intention naît d'abord du constat d'une *complexité croissante du droit* et d'une incapacité du pouvoir exécutif et du pouvoir social institutionnalisé à proposer des projets et propositions de loi efficaces sans l'intervention d'experts capables de les assister dans leurs prises de décision²¹⁶.

²¹⁴ AVRIL, Pierre. Le Parlement législateur. *Revue française de science politique*. 1981, Vol. 31, n° 1, p. 23.

²¹⁵ GONOD, Pascal. Le Conseil d'État, conseil du Parlement. À propos de l'article 39 alinéa 3 nouveau de la Constitution. *Revue française de droit administratif*. 2008, Vol. 24, n° 5, p. 871.

²¹⁶ TODOROVA, Mariette. Le Conseil d'État, conseiller du Parlement : premier bilan. *Revue française de droit constitutionnel*. 2013, Vol. 1, n° 93, p. 125.

1030. Pour surmonter cet écueil, le comité Balladur recommande alors de soutenir et de réguler l'intervention d'experts dans le processus d'élaboration de la loi par les parlementaires. Cette préconisation sera reprise à l'article 14 du projet de loi constitutionnelle qui cherchera à étendre aux propositions de loi, l'examen par le Conseil d'État des dispositions législatives formulées par le pouvoir social institutionnalisé²¹⁷. Par cette formalisation, le constituant entend permettre au Conseil d'État de recouvrer sa prérogative d'organe consultatif auprès des parlementaires²¹⁸ en formulant des avis renforçant la qualité de la loi.

1031. La notion d'avis reste toutefois difficile à définir et ne permet pas *a priori* d'expliquer comment le constituant parvient à encadrer l'activité législative du pouvoir social institutionnalisé. Pour Hélène Hoepffner, le terme demeure trop abstrait et constitue un véritable *pavillon de complaisance* susceptible de recouvrir tantôt des actes impératifs, tantôt des actes consultatifs²¹⁹. Ainsi, G. Cornu donne une acception triviale du terme comme « *opinion donnée à titre consultatif en réponse à une question* »²²⁰. Jean-Marie Auby préfère quant à lui une approche plus procédurale en qualifiant les avis de « *formalités de procédure comportant l'expression d'une opinion ou l'expression cohérente d'opinions diverses et destinées à éclairer une autorité sur les principes ou les modalités d'exercice de sa compétence* »²²¹. Soulignant l'imprécision de ces définitions, H. Hoepffner se contente d'une description formelle de la multiplicité des avis rendus par le Conseil d'État : ceux-ci apparaissent « *parfois simples, soit spontanés (lorsqu'ils n'ont pas été demandés) soit sollicités (lorsque le destinataire est libre de les demander puis de les suivre) ; parfois obligatoires (lorsque leur destinataire est tenu de les demander mais non de les suivre) ; parfois conformes (lorsqu'ils sont nécessairement demandés et doivent être suivis)* »²²².

1032. À l'issue des discussions du projet de loi constitutionnelle de 2008, l'ultime alinéa de l'article 39 de la Constitution disposera finalement que « *dans les conditions prévues par la loi, le président d'une*

²¹⁷ « L'article 14 permet, sur demande du président de l'assemblée dont elles sont issues, l'examen par le Conseil d'État des propositions de loi, et non plus seulement des projets du Gouvernement. Cet examen interviendra avant le passage en commission et dans des conditions qui seront précisées par une loi ». Cf. FILLON, François et DATI, Rachida. FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République...* Op. cit. p. 7.

²¹⁸ Dans leur étude sur les *Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'État*, Agnès Roblot-Troizier et Jean-Gabriel Sorbara rappellent que le projet de loi constitutionnelle n'est pas inédit à ce sujet. Le Conseil d'État est en effet déjà sollicité pour l'examen des propositions de lois formulées par les députés sous la seconde et sous la troisième République. Cette pratique se maintient jusqu'à l'ordonnance du 31 juillet 1945 et sera par la suite abandonnée sous la quatrième République. Elle ne sera par contre jamais écartée concernant l'examen des projets de loi. Cf. ROBLOT-TROIZIER, Agnès et SORBARA, Jean-Gabriel. *Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'État*. AJDA. 2009, n° 36, p. 1994.

²¹⁹ HOEPFFNER, Hélène. Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse. *Revue française de droit administratif*. 2009, Vol. 25, n° 5, p. 895.

²²⁰ CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 12^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2018. p. 113.

²²¹ AUBY, Jean-Marie. Le régime juridique des avis dans la procédure administrative. AJDA. 1956, Vol. 12, n° 1, p. 54.

²²² HOEPFFNER, Hélène. Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse. Op. cit. p. 595.

assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ». On comprendra donc qu'à travers cette rédaction, le constituant ait souhaité que les avis rendus par le Conseil d'État dans ce domaine constituent de simple avis consultatifs sollicités mais non contraignants bien que régulièrement suivis par le législateur²²³.

b. L'influence des discussions législatives par le pouvoir social autonome

1033. Dans l'ultime partie de son article sur le *Parlement législateur*, P. Avril s'intéresse aux influences extra-parlementaires dans l'élaboration de la loi. Prenant l'exemple du Conseil économique et social, il montre que l'institution fut créée par le constituant de 1958 dans le but de faire valoir les intérêts des catégories sociales susceptibles d'être affectées par certains projets de réformes socio-économiques²²⁴.

1034. L'idée de ce Conseil n'est cependant pas nouvelle et trouve son origine à la fin de la Seconde Guerre mondiale dans les discours de la Confédération générale du travail qui propose au Président du Conseil Georges Clémenceau d'intégrer au traité de paix avec l'Allemagne un ensemble de *clauses ouvrières* prévoyant notamment la création d'un Conseil économique²²⁵. Après une ébauche de décret finalement abandonnée, le Conseil national économique est créé par un décret de 1925 signé par Édouard Herriot. Cette nouvelle institution, représentative des syndicats ouvriers, fait concurrence au Comité consultatif supérieur du commerce créé l'année précédente et composé de représentants patronaux de l'industrie et du commerce²²⁶. Il s'agit, dans les deux cas, de valoriser des intérêts de classe auprès des députés et des sénateurs œuvrant à l'élaboration des propositions de loi.

1035. En 1946, le constituant intègre le Conseil économique à la Constitution. L'unique article 25 du titre III dispose que le Conseil « *examine, pour avis, les projets et propositions de loi de sa compétence [et] peut, en outre, être consulté par le Conseil des ministres. Il l'est obligatoirement sur l'établissement d'un plan économique national ayant pour objet le plein emploi des hommes et l'utilisation rationnelle des ressources matérielles* ». Pour le rapporteur général de la commission de la Constitution, Paul Coste-

²²³ Pour plus de précisions sur ce point, on pourra encore se référer à la thèse de Laure-Alice Bouvier sur *Le Conseil d'État et la confection de la loi*. Cf. BOUVIER, Laure-Alice. *Le Conseil d'État et la confection de la loi*. GAUDEMET, Yves (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Panthéon-Assas, 2013.

²²⁴ AVRIL, Pierre. *Le Parlement législateur*. *Revue française de science politique*. 1981, Vol. 31, n° 1, pp. 27-28.

²²⁵ GODART, Justin. *Les Clauses du travail dans le traité de Versailles (28 juin 1919). Les décisions de la conférence de Washington (novembre 1919)*. Paris : Dunod, 1920. pp. 57-97. La référence est tirée de l'ouvrage d'Alain Chatriot sur *La démocratie sociale à la française*. Cf. CHATRIOT, Alain. *La démocratie sociale à la française. L'expérience du Conseil national économique 1924-1940*. Paris : La Découverte, 2002. pp. 11-46.

²²⁶ CHATRIOT, Alain. Les apories de la représentation de la société civile. Débats et expériences autour des compositions successives des assemblées consultatives en France au XXe siècle. *Revue française de droit constitutionnel*. 2007, Vol. 3, n° 71, p. 540.

Floret, cette institution est non seulement un conseil du Gouvernement qui peut le saisir pour les questions relevant de sa compétence, mais elle est avant tout un conseil du législateur examinant les projets et les propositions concernant *la vie sociale et économique du pays*²²⁷. En adoptant une rédaction similaire, le texte de 1958 consacre de nouveau le Conseil économique et social à l'article 69 de la Constitution, et une innovation majeure sera apportée en 2008 avec la possibilité donnée aux citoyens de saisir l'institution par voie de pétition²²⁸. Le constituant de 2008 cherche ainsi à renforcer l'influence du pouvoir social autonome dans l'élaboration des projets et propositions de loi susceptibles d'altérer certains de ses intérêts dans les domaines économique et sociaux.

1036. En résumé, l'examen des discussions du constituant sur l'influence du pouvoir social dans les discussions sur la loi a permis de montrer que l'activité du pouvoir social institutionnalisé se trouve encadrée de manière à renforcer la qualité des textes législatifs tandis que celle du pouvoir social autonome se voit valorisée dans la reconnaissance progressive de la volonté des citoyens, incarnée dans des institutions représentatives de la diversité des intérêts socio-économiques des membres de la société. Dans un ultime point de développement, on poursuivra donc la logique proposée par M. Mauguin Helgeson pour s'intéresser en dernier lieu à l'influence du pouvoir social dans l'adoption des lois.

3. Les discours sur l'influence du pouvoir social dans l'adoption de la loi

1037. Dans le paragraphe précédent, on parvenait à démontrer que le constituant jouait un rôle fondamental dans la régulation de l'influence de l'Administration dans le processus de sanction de la législation²²⁹. Or en suivant le raisonnement de M. Mauguin Helgeson, on remarque que le pouvoir social institutionnalisé et le pouvoir social autonome exercent eux aussi une influence certaine au moment de l'adoption de la loi²³⁰. Dans un troisième et ultime point de développement, on cherchera donc à mettre en lumière certaines des préoccupations du constituant à ce sujet.

²²⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – Séance du 20 août 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. 1946, n° 80, p. 3189.

²²⁸ FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République...* *Op. cit.* p. 12.

²²⁹ Cf. *Infra*. n°850.

²³⁰ MAUGUIN HELGESON, Murielle. *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*. *Op. cit.* pp. 321-480.

a. L'influence sur l'adoption de la loi par le pouvoir social institutionnalisé

1038. Le pouvoir social institutionnalisé agit sur le processus de décision du législateur en exerçant un droit de sanction qui se manifeste par exemple dans le référendum. L'article 11 de la Constitution française est en ce sens assez illustratif de la faculté laissée au législateur de consulter le peuple pour décider de l'adoption d'un projet ou d'une proposition de loi.

1039. Dans sa version originale, l'article entend permettre au Président de la République, sur proposition du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif, de soumettre au référendum *tout projet de loi* portant sur des sujets sensibles pour les membres de la société, tels que *l'organisation des pouvoirs publics*, les réformes relatives à la *politique économique, sociale et environnementale*, les *services publics* qui concourent à cette politique, ou la *ratification d'un traité* ayant une incidence sur les institutions. On remarquera ici que l'article n'entend pas renforcer l'influence du pouvoir social autonome sur la sanction des textes, mais permet plutôt au Président de la République ou aux Assemblées d'instrumentaliser la sanction populaire de la norme afin d'en renforcer la légitimité. Cette intention explique que certains constituants de 1958 tels que Jean Waline aient critiqué l'aspect trop restreint de l'article en préférant une rédaction ne réduisant pas le référendum à seulement quelques thématiques²³¹.

1040. Néanmoins, on remarque vite qu'en ne permettant de soumettre au référendum que les *projets* de lois, cette instrumentalisation sert plutôt à légitimer l'action de l'Administration²³² qu'à en sanctionner les programmes²³³. En 2008, ce constat pousse le Comité Balladur à formuler une proposition de réforme de

²³¹ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/2*. *Op. cit.* p. 320.

²³² L'exemple le plus frappant de cette instrumentalisation administrative est bien sûr celui du référendum de 1962 où le Président De Gaulle avait eu recours à l'article 11 pour consulter le peuple sur la possibilité d'élire le Président de la République au suffrage universel direct, affirmant par la même la priorité quasi absolue du chef de l'État dans le choix des programmes administratifs à implémenter. Cf. DULONG, Delphine. Les poisons et délices de la cinquième République. L'histoire politique de la coordination du travail gouvernemental. *Revue française d'administration publique*. 2019, Vol. 3, n° 171, p. 590. Cette évolution et ce nouveau pouvoir sont d'ailleurs tout à fait comprises et reconnues par le successeur de De Gaulle qui remarquera avec pragmatisme qu'en permettant ce mode de désignation, la réforme de 1962 posait de manière durable le *principe de priorité du chef de l'État* marquant ainsi une rupture fondamentale avec les régimes de la III^{ème} et de la IV^{ème} République. Cf. POMPIDOU, Georges. *Le Nœud gordien*. Paris : Flammarion, 1984. p. 63.

²³³ L'examen des huit référendums organisés depuis 1958 révèle en effet une prépondérance systématique des intentions gouvernementales dans le recours à cet outil. Avec Bastien François, on pourra en effet considérer que l'article 11 a pu être convoqué pour satisfaire trois sortes d'objectifs. Une première série de référendums ont été organisés pour modifier le statut d'un territoire. On retrouve ici celui sur le principe d'autodétermination de l'Algérie (1961), sur la ratification des accords d'Evian concernant l'indépendance de l'Algérie (1962), ou celui sur le statut de la Nouvelle-Calédonie (1988). D'autres référendums ont porté de manière controversée sur la révision de la Constitution. Tel a été le cas du référendum de 1962 sur l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, ou de celui de 1969 sur la réforme du Sénat et des régions. La dernière catégorie rassemble les référendums concernant la ratification d'un traité international. On intégrera ici les référendums sur l'élargissement des communautés européennes à la grande Bretagne (1972), sur le traité de Maastricht créant

l'article 11 afin de permettre aux parlementaires de prendre eux-mêmes l'initiative d'un référendum²³⁴. D'abord exclue du projet de loi proposé par le Gouvernement, la proposition du Comité sera finalement reprise dans un amendement déposé par les députés écologistes rappelant la nécessité de ne pas laisser au seul Président de la République le droit de recourir au référendum²³⁵. Désormais, le troisième alinéa de l'article 11 prévoit qu'un référendum sur une proposition de loi puisse être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenu par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Par cette nouvelle rédaction, le constituant parvient donc à renforcer l'influence du pouvoir social institutionnalisé dans le processus de sanction de la législation.

b. L'influence sur l'adoption de la loi par le pouvoir social autonome

1041. Dans le point précédent, on remarquait que le constituant cherchait à renforcer l'autorité du pouvoir social institutionnalisé en lui permettant de recourir au Peuple pour sanctionner un texte de loi. Toutefois, on sait que ce mécanisme n'est employé que dans le sens instrumental d'une légitimation des actions du pouvoir législatif. Dans le cas de la Constitution française, l'outil de la consultation n'est employé qu'à la condition que le Président de la République approuve la demande adressée par le Gouvernement ou le Parlement en ce sens, ou que le Parlement lui-même parvienne à réunir suffisamment de signatures pour entériner le processus de vote par référendum. Rien pourtant ne permet au pouvoir social autonome de décider de sa propre initiative de l'organisation d'une consultation populaire pour approuver une norme législative.

1042. Le constituant argentin ne prévoit d'ailleurs pas davantage d'outils allant dans cette dynamique, et il est dès lors moins aisé de mettre en lumière l'influence exercée par le pouvoir social autonome en matière de sanction de la législation. On remarquera tout de même que l'instauration inédite de l'initiative législative populaire dans la Constitution argentine n'est pas sans conséquence sur le processus d'adoption de la loi. Déjà, lors des débats de la Convention à ce sujet, le constituant avait pu s'inquiéter du fait que le recours à un tel mécanisme aurait pour *conséquence inévitable* d'affecter durablement la légitimité du

l'Union européenne (1992), et celui concernant le traité établissant une Constitution pour l'Europe (2005). Cf. FRANÇOIS, Bastien. *Le régime politique de la Ve République*. 5^e éd. Paris : La Découverte, 2011. p. 37. Le pouvoir social institutionnalisé n'est à l'initiative d'aucun de ces référendums, ce qui maintient l'idée d'une poursuite de la *tradition césariste* entérinée par De Gaulle depuis 1961 et confirmant, selon Johanna Noël, « *une volonté d'asseoir l'État en renforçant le pouvoir exécutif* ». Cf. NOËL, Johanna. Pour une analyse épistémologique de la querelle autour de l'article 11 : de la dénonciation à la réhabilitation d'une violation de la Constitution. *Revue française de droit constitutionnel*. 2016, Vol. 2, n° 106, p. 391.

²³⁴ COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Une Ve République plus démocratique*. *Op. cit.* p. 147.

²³⁵ MAMÈRE, Noël, COCHET, Yves, DE RUGY, François, et al. *Assemblée nationale, 19 mai 2008 - Modernisation des institutions de la V^{ème} République (n° 820) - Amendement n°312 présenté par M. Mamère, Mme Billard, MM. Yves Cochet et de Ruyg - Article additionnel*. Amendement n°312. Paris : Assemblée nationale, 19 mai 2008.

Congrès en cas d'abandon des discussions législatives autour du thème soulevé par l'initiative²³⁶. En effet, en choisissant d'assortir l'initiative législative populaire de mesures réglementaires contraignantes²³⁷, le constituant donne de fait une importance particulière à la stabilisation des attentes normatives du pouvoir social institutionnalisé. Dès lors, bien qu'il ne soit juridiquement soumis à aucune obligation de résultat, le législateur ne peut plus se soustraire à son devoir de discuter et de voter le texte sous peine de perdre toute forme de crédibilité.

1043. Comme pour corroborer cette intuition, F. Hevia de la Jara s'intéresse à la mise en œuvre de cet article durant les dix premières années suivant la réforme de 1994. Sur les treize initiatives portées devant le Congrès, il constate alors que onze avaient été rejetées pour des raisons de procédure, mais que deux furent discutées et approuvées par le pouvoir législatif²³⁸. Le contexte de crise économique sévère, la forte médiatisation des auteurs institutionnels et citoyens des projets de loi, et la crainte des parlementaires de perdre leur légitimité politique en s'opposant au vote du texte auraient ainsi joué un rôle déterminant dans le succès de ces initiatives²³⁹.

1044. À l'issue de ces réflexions, on aura donc montré que l'influence du pouvoir social sur le législateur se manifeste dans toutes les étapes du processus de production des lois. Dans cette perspective, le constituant intervient de manière à stabiliser les attentes normatives du pouvoir social institutionnalisé et du pouvoir social autonome qui s'expriment à la fois dans l'initiative, dans la production et dans la sanction de la loi. De même, celui-ci s'évertue à stabiliser les exigences de l'Administration qui cherche à influencer l'impulsion, la préparation, la sanction et la promulgation des programmes législatifs qui lui incombent d'exécuter. À travers l'institution de divers outils et mécanismes procéduraux, il contribue ainsi à réguler l'influence qu'exercent ces différents acteurs sur le pouvoir législatif.

²³⁶ Cette préoccupation avait notamment été soulevée par le représentant du Parti démocrate pour la province de Mendoza, Richard G. Battavion. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 17^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2038.

²³⁷ La loi réglementaire relative à l'initiative législative populaire a été promulguée le 19 décembre 1996, en conformité avec les dispositions prévues par l'article 39 de la Constitution argentine. Les treize articles de la loi fixent plusieurs exigences procédurales telles que l'interdiction de prendre l'initiative d'une loi concernant un projet de réforme constitutionnelle, la ratification d'un traité international, la fixation des impôts et l'établissement du budget, ou encore en matière pénale (art. 3) ; l'obligation de réunir par voie de pétition un nombre minimum de signatures équivalant à 1,5% de la liste électorale utilisée pour les dernières élections législatives et représentant au moins six circonscriptions différentes (art. 4) ; ou encore l'obligation de rédiger la pétition sous forme de projet de loi en faisant apparaître l'exposé des motifs, les noms et adresses des auteurs de l'initiative, ainsi que l'origine et le montant des dépenses nécessaires pour réunir les signatures (art. 5).

²³⁸ Parmi ces initiatives, seul le projet de loi concernant l'abolition des *retraites privilégiées* et celui relatif au *programme de développement infantile* parviendront à remplir l'ensemble des exigences procédurales et à faire l'objet d'une loi. Cf. HEVIA DE LA JARA, Felipe. La iniciativa legislativa popular en América Latina. *Op. cit.* p. 165.

²³⁹ En 2001, la grave crise économique que traverse l'Argentine dégénère en crise politique et institutionnelle. De nombreuses initiatives législatives sont alors portées devant le Congrès pour lutter contre la corruption, renforcer l'économie nationale ou protéger les droits sociaux. Les initiatives les plus crédibles sont celles qui ont fait l'objet d'un large financement pour favoriser leur médiatisation. Cf. *Ibid.* p. 166.

1045. Pour autant, cette régulation n'a jusque-là été considérée que sous le prisme d'une activité législative destinée à répondre aux conflits ordinaires qui se déroulent au quotidien entre les sphères de l'espace public politique. Or dans certaines situations, ces crises prennent une dimension telle que les procédures habituelles ne suffisent plus à apaiser les tensions entre les pouvoirs. Le constituant est alors tenu de prévoir des mécanismes de traitement extraordinaire de ce type de problème.

§ II. LA SATISFACTION CONSTITUTIONNELLE DES ATTENTES NORMATIVES COMPLEXES

1046. Dans l'introduction de cette section, on observait que le rôle principal du législateur était d'œuvrer à la régulation des attentes normatives des différentes sphères de l'espace public. Par son office de législation, le pouvoir législatif exerce une fonction d'*écluse* visant à transformer certaines des communications politiques des acteurs de la société en programmes juridiques contraignants. Il arrive pourtant que les problématiques socio-institutionnelles que traversent ces acteurs atteignent un degré de complexité tel que l'activité ordinaire du législateur apparaisse insuffisante pour résoudre les crises. Avec J. Habermas, on comprend alors que le constituant est tenu de *superposer un autre mode opératoire* aux mécanismes classiques de résolution des conflits²⁴⁰.

1047. Dans les dernières pages de son chapitre sur *Le rôle de la société civile et de l'espace public politique*, J. Habermas s'intéresse à la nature des conflits extraordinaires susceptibles de survenir au sein de la société. Deux formes de crises peuvent selon lui être distinguées. La première concerne *l'efficacité des performances* du système politique et s'observe dès lors que ce système *échoue* à exercer sa fonction de régulation des attentes normatives des sphères de pouvoir²⁴¹. La seconde est relative à la *légitimité des décisions* du système politique et se manifeste lorsque le système *échoue* à remplir sa fonction *d'intégration sociale*²⁴².

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 384.

²⁴¹ Dans l'esprit de J. Habermas, l'échec du système politique à exercer sa *compétence régulatrice* peut s'exprimer de trois manières : soit que « *les programmes juridiques implémentés restent sans effet* », soit que *les opérations ordonnatrices et régulatrices déclenchent des effets de désintégration dans les systèmes de régulation en quête de régulation*, soit encore que les « *moyens employés dépassent le médium juridique en portant atteinte à la structure normative du système politique lui-même* ». Cf. *Ibid.* p. 413.

²⁴² Dans le même sens, l'échec du système politique à remplir sa *fonction d'intégration sociale* peut s'exprimer de trois autres manières : soit lorsque « *le système administratif s'émancipe du pouvoir généré par la communication* », soit lorsque « *le pouvoir social des systèmes fonctionnels et des grandes organisations (y compris les mass media) se transforme en pouvoir illégitime* », soit encore lorsque « *les ressources du monde vécu ne suffisent pas pour permettre aux communications publiques spontanées d'assurer une libre articulation des intérêts sociaux* ». Cf. *Ibid.* p. 414.

1048. L'objet de ce second développement sera donc de préciser la nature de ces différentes crises et de s'interroger sur la manière dont le constituant agit pour permettre au pouvoir législatif de les surmonter.

A. LA PROCÉDURE CONSTITUTIONNELLE, MOYEN DE RÉSOLUTION DES PROBLÈMES DE RÉGULATION

1049. En 1985, le sociologue du droit Gunther Teubner publie *Dilemmas of Law in the Welfare State*, un ouvrage collectif rassemblant les contributions d'une série de séminaires donnés au début des années 1980 à l'Institut universitaire européen de Florence dans le cadre d'un large projet de recherche sur *les capacités et limites de l'État providence*. Dans sa propre contribution, G. Teubner explore les possibilités de dépassement de *l'instrumentalisation du droit* en proposant plusieurs *modèles stratégiques d'un droit post-régulatoire*.

1050. À cette occasion, il s'inspire du concept de *couplage structurel* développé par Humberto Maturana et Francisco Varela pour décrire les relations de réciprocité entre les organismes vivants²⁴³, pour estimer qu'une *action de régulation* intervenant sur le système institutionnel ne peut être considérée comme réussite qu'à la condition de ne pas porter atteinte à *l'autoproduction des interactions internes aux systèmes du droit et de la politique*²⁴⁴. Trois facteurs sont toutefois susceptibles de mettre en échec l'activité de régulation des interactions entre ces deux systèmes. Le premier est lié à des problèmes *d'incohérence entre la loi, les politiques publiques et la société*. Il se manifeste par l'insuccès de la mise en œuvre des programmes législatifs voulus par les sphères de pouvoirs. Le second correspond à la *sur-légalisation de la société*. Dans ce cas, l'abondance des lois et la multiplication des contraintes pesant sur les membres du corps social produit un effet de désintégration des systèmes politiques. Le troisième est relatif au phénomène inverse de *sur-socialisation des lois*. Peu contraignantes, les normes législatives sont facilement instrumentalisées par les sphères politiques, ce qui contribue à la désintégration des systèmes de droit²⁴⁵.

²⁴³ F. Varela et H. Maturana considèrent l'existence d'un couplage structurel entre deux ou plusieurs *unités autopoïétiques* dès lors que la dérégulation de l'une de ces unités entraînerait des changements structurels dans la reproduction des autres. Cf. Maturana, Humberto R. et Varela, Francisco. *The tree of knowledge: the biological roots of human understanding*. 3^e éd. Boston : Shambhala Publications, 1998. p. 75. Comme le souligne toutefois N. Luhmann, H. Maturana et F. Varela considèrent que le *couplage structurel est orthogonal à l'autopoïèse*. Cela signifie que la modification de l'environnement entraîne certes une variation de l'unité autopoïétique, mais que cela n'implique pas toujours la destruction de cette unité. Simplement modifiera-t-elle les conditions de son autopoïèse, peut-être même en dehors de l'environnement lui-même. Cf. LUHMANN, Niklas. *Introduction to systems theory*. *Op. cit.* p. 85.

²⁴⁴ TEUBNER, Gunther. *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-regulatory Law*. Dans : TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin : Walter de Gruyter & Co., 1988, p. 310.

²⁴⁵ *Ibid.* p. 311. Pour D. Terré, le dernier problème soulevé par G. Teubner est en mesure d'expliquer le paradoxe du non-renoncement des différentes sphères de l'espace public politique à recourir au droit pour organiser leurs interactions. Convoquant elle-même G. Teubner pour qui « *la politique s'implante dans les couplages structurels*

1051. À partir de ces éléments de définition, ce premier paragraphe s'attachera donc à comprendre comment le constituant intervient afin de prévenir ces dérives. L'hypothèse qui sera ici privilégiée sera celle d'une intervention constitutionnelle sur deux aspects : celui d'une *régulation des moyens de mise en œuvre de la loi*, pour limiter les problèmes de sur-législation et d'incohérence entre le droit et la société (1.), et celui d'une *anticipation des détournements des finalités du droit* pour surmonter les difficultés liées à la sur-socialisation des lois (2.).

1. Les discours relatifs aux problèmes d'implémentation du droit

1052. Avec G. Teubner, on comprend que les discussions extraordinaires du législateur relatives aux problèmes d'implémentation du droit concernent toujours un manque d'efficience de la loi, soit que celle-ci soit inefficace et ne permette pas l'implémentation des programmes législatifs, soit au contraire qu'elle soit d'une efficacité telle qu'elle finisse par détruire les systèmes d'action, alors incapables d'assurer leur reproduction autonome.

1053. L'objet de ce premier point de développement sera d'étudier la réaction du constituant pour faire face à ces deux cas de figure.

a. Les problèmes inhérents à l'ineffectivité des programmes

1054. Pour G. Teubner, une loi est ineffective lorsqu'elle ne crée aucun changement dans son environnement, ou encore lorsque « *l'action régulatoire mise en œuvre est incompatible avec l'autoproduction des interactions par le système régulé – le système régulé réagit en ne réagissant pas* » [nous traduisons]²⁴⁶. G. Teubner emprunte ici à Murray Edelman l'idée selon laquelle les programmes juridiques deviennent ineffectifs dès lors que le droit ou la politique n'ont plus qu'une fonction symbolique²⁴⁷.

du droit et de la société afin de prélever la plus-value normative de l'autoreproduction sociale à des fins régulatrices », D. Terré prend l'exemple de l'utilisation politique du contrôle de constitutionnalité pour illustrer ce phénomène d'instrumentalisation du droit pour renforcer la puissance de l'Administration, du pouvoir social institutionnalisé et du pouvoir social autonome. Cf. TERRÉ, Dominique. *Les questions morales du droit*. Op. cit. p. 140.

²⁴⁶ TEUBNER, Gunther. *After Legal Instrumentalism ? Strategic Models of Post-regulatory Law*. Op. cit. p. 311.

²⁴⁷ EDELMAN, Murray J. *The symbolic uses of politics*. Urbana : University of Illinois Press, 1964. pp. 188-189. L'interprétation de la fonction symbolique du droit n'est pas nouvelle. Chez Ernst Cassirer par exemple, le droit est utile au pouvoir en tant qu'instrument de classification. Cf. CASSIRER, Ernst. *The Myth of the State*. New Haven : Yale University Press, 1946. p. 15. Il permet, comme le précise Philippe Braud, de construire « *une causalité/responsabilité, par opposition à une causalité strictement scientifique* ». Cf. BRAUD, Philippe. L'apport de la science politique à l'étude des langages du politique. *Mots. Les langages du politique*. 2010, n° 94, p. 146. Pour Bourdieu, l'approche de Cassirer permet ainsi de voir dans le droit un *instrument symbolique comme structure structurante*, ou pour se rapprocher de la terminologie kantienne, un *instrument de connaissance et de*

1055. Comprendre les raisons de cette réduction du droit et de la politique à leur fonction symbolique constitue de ce point de vue un prérequis essentiel pour appréhender les leviers sur lesquels puisse jouer le constituant pour résoudre les crises. La critique formulée par Daniel Cefaï concernant le débat historique des pragmatistes américains autour des concepts de *public*, de *problèmes publics* et d'*arènes publiques*, apporte de ce point de vue d'intéressants éléments de compréhension. Lui conçoit les arènes publiques comme des espaces où se forment sans cesse de nouvelles *capabilités*, de nouvelles *sensibilités morales*, et de nouvelles *hiérarchies de crédibilité*, ce qui, à défaut d'une action régulatoire adéquate, *mine la force du droit, l'autorité des savoirs et la légitimité des pouvoirs*²⁴⁸.

1056. L'élaboration de programmes législatifs ordinaires ne suffit plus alors à enrayer la défiance croissante des sphères de l'espace public envers des institutions et des productions juridiques devenues obsolètes compte tenu de l'évolution des préoccupations politiques, et il incombe au constituant d'agir pour proposer de nouvelles orientations axiologiques sur lesquelles puisse se fonder l'autorité du droit.

1057. Ainsi, lorsqu'en 2004 le constituant français prend la décision d'incorporer la Charte de l'environnement au bloc de constitutionnalité, il fait en réalité le choix de renforcer la sécurité juridique des normes environnementales en formulant plusieurs principes garants de la légitimité des programmes législatifs passés et à venir. Dans son discours de présentation du projet de révision, la rapporteure de la commission des lois constitutionnelles Nathalie Kosciusko-Morizet avait défendu la réforme en ce sens en considérant que « *notre droit national ouvre sur une béance juridique puisqu'à ce jour n'est apparue aucune interprétation jurisprudentielle stable de la loi Barnier du 2 février 1995*²⁴⁹ » et que désormais « *la charte permet de sortir des incertitudes actuelles et devient garante d'une sécurité juridique nouvelle* »²⁵⁰.

1058. En appuyant le projet d'une intégration de ces normes éthiques à la Constitution, N. Kosciusko-Morizet défend en fait la volonté du Président J. Chirac de faire évoluer la valeur symbolique du droit

construction du monde objectif. Cf. BOURDIEU, Pierre. Sur le pouvoir symbolique. *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 1977, Vol. 32, n° 3, p. 406.

²⁴⁸ L'évolution des capacités au sein des arènes publiques se manifeste par exemple par le fait, pour certaines personnes, de commencer à se sentir autorisées à « *assumer des préférences sexuelles sans risque de mise à l'index, [de] retrouver prise sur sa vie et disposer d'une liberté d'agir en ayant accès à l'éducation, [ou de] gagner de l'autonomie dans la réalisation de ses désirs et projets au travail* ». Cf. CÉFAÏ, Daniel. *Publics, problèmes publics, arènes publiques...* Que nous apprend le pragmatisme ? *Questions de communication*. 2016, n° 30, p. 56.

²⁴⁹ Dans son *Précis de droit de l'environnement*, M. Prieur rappelle en effet que la loi Barnier apporte certes un *progrès réel* en matière de protection de l'environnement, mais il estime toutefois que cette consécration législative demeure insuffisante, en particulier lorsque sont en cause des droits de valeur constitutionnelle tels que la liberté ou le droit de propriété. Cf. PRIEUR, Michel. *Précis de droit de l'environnement*. 8^e éd. Paris : Dalloz, 2019. p. 68.

²⁵⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE. XII^e législature - Session ordinaire de 2003-2004 - 229^e séance - 2^e séance du mardi 25 mai 2004 - Compte rendu intégral. *Op. cit.* p. 4045.

environnemental pour renforcer l'efficacité des normes écologiques. Par son discours, elle contribue donc à surmonter les problèmes d'implémentation des programmes de protection de l'environnement.

b. Les problèmes inhérents à la destruction des équilibres sociaux

1059. Lorsqu'il s'intéresse aux phénomènes de *sur-législation* de la société, c'est à la *théorie de l'agir communicationnel* de J. Habermas que se réfère G. Teubner. Reprenant l'idée habermassienne de *colonisation du monde vécu*, il estime en effet qu'une activité législative trop invasive²⁵¹ sur certains domaines risque de porter atteinte à la *reproduction des modèles traditionnels de la vie sociale*²⁵². Le pouvoir législatif, rendu autonome par une production normative incontrôlée, pourrait alors réifier les autres sphères de l'espace public et les objectiver²⁵³ à la manière des maîtres de la colonisation dans les sociétés tribales²⁵⁴. Il détruirait ainsi les *infrastructures communicationnelles* indispensables à l'entretien des *relations* entre les membres d'une sphère sociale pour en assurer la reproduction²⁵⁵ et provoquerait probablement des *révoltes contre la colonisation systémique qui leur est imposée*²⁵⁶.

1060. Pour éviter la destruction par le droit des équilibres sociaux, limiter le domaine d'intervention de la loi ne suffit pas, car rien alors n'empêcherait le législateur d'abuser de sa compétence à l'intérieur de son champ d'attributions. En réalité, le constituant doit aussi veiller à orienter l'activité du pouvoir législatif en fixant les principes généraux qui en orientent l'action. À travers la lecture de la thèse de Jeannette Bougrab sur *les origines de la Constitution de la quatrième République*, on observe que le constituant français agit par accumulation afin de compenser les excès permis par les principes d'une tradition déterminée par des principes complémentaires visant à corriger l'effritement des sphères de pouvoir provoqué par les trajectoires axiologiques originelles²⁵⁷.

²⁵¹ Afin de mieux comprendre cela, on pourra convoquer les explications apportées par Rainer Rochlitz dans ses exégèses de la pensée de J. Habermas : « les "systèmes" [de production de la norme] finissent par devenir hypertrophiques et par chercher à s'ingérer dans les domaines qu'ils ne peuvent pas transformer sans dommage : la transmission culturelle, la socialisation des générations suivantes, la solidarité sociale ». Cf. ROCHLITZ, Rainer. Philosophie politique et sociologie chez Habermas. Dans : ROCHLITZ, Rainer, Habermas. *L'usage public de la raison*. Paris : Presses Universitaires de France, 2002, pp. 177-178.

²⁵² TEUBNER, Gunther. After Legal Instrumentalism ? Strategic Models of Post-regulatory Law. *Op. cit.* p. 311.

²⁵³ Georg Lukacs parle plus précisément de transformation de la relation entre personnes en une *objectivité illusoire* qui finit par dissimuler toute trace de cette relation. Cf. LUKACS, Georg. *Histoire et conscience de classe. Essais de dialectique marxiste*. Paris : Éditions de minuit, 1960. p. 110.

²⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2...* *Op. cit.* p. 391.

²⁵⁵ VANDENBERGHE, Frédéric. *Une histoire critique de la sociologie allemande/2...* *Op. cit.* p. 276.

²⁵⁶ ROCHLITZ, Rainer. Philosophie politique et sociologie chez Habermas. *Op. cit.* p. 177.

²⁵⁷ À titre d'illustration, Jeannette Bougrab se réfère à l'évolution apportée par la Constitution française du 27 octobre 1946. Elle montre ainsi qu'en instituant de nouveaux droits économiques et sociaux dans le Préambule, le constituant pu faire coïncider « deux idéologies apparemment irréconciliables : libérale et socialiste », ce qui permit d'établir un « minima de la démocratie économique et sociale qui serait approfondi par la suite ». Cf. BOUGRAB, Jeannette. *Aux origines de la Constitution de la quatrième République*. BELLOUBET-FRIER, Nicole (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001. p. 338. Dans un article sur *Les normes constitutionnelles en matière sociale*, Olivier Dutheillet de Lamothe montre par exemple que le

1061. Lors de la séance du 28 août 1946 portant sur l'élaboration du texte du préambule la future Constitution de la quatrième République, les membres de l'Assemblée nationale constituante avaient par exemple pu discuter de l'interprétation à donner au neuvième alinéa prévoyant que « *tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Fidèle à l'esprit de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le député Pierre Montel avait alors proposé d'amender cette rédaction, en estimant que ce principe était contraire au droit de propriété protégé par le texte de 1789²⁵⁸. Dans le même temps, le Président de la commission de la Constitution, André Philip, avait invité l'Assemblée à rejeter l'amendement de P. Montel, arguant que la propriété collective constituait le seul moyen crédible pour permettre aux travailleurs de « *cesser d'être exclus de leurs espérances d'accéder [...] à la propriété de leurs instruments de production* »²⁵⁹. De ce point de vue, l'idée de nationalisation pouvait être valorisée non pas comme une atteinte au principe révolutionnaire de propriété, mais au contraire comme un moyen de permettre à tous d'y avoir accès. Cette volonté sera triomphante en 1946, marquant une évolution dans l'appréhension législative de la notion.

1062. Ainsi, à l'issue de ces deux premiers points de développement, on aura donc pu remarquer que le constituant œuvre à la régulation des problèmes extraordinaires d'implémentation du droit en formulant les principes directeurs permettant à la fois de prévenir l'inefficience des normes de droit tout en contournant le risque d'une sur-législation de la société. On cherchera à présent à expliquer la nature des discussions constitutionnelles visant à anticiper les différentes formes de détournement du droit.

2. Les discours relatifs aux problèmes de détournement du droit

1063. Les problèmes de détournement du droit correspondent à ce que G. Teubner qualifie de *sur-socialisation de la loi*. Dans cette hypothèse, le droit se retrouve capturé par les différentes sphères de pouvoir qui, soit l'instrumentalisent pour servir leurs desseins politiques, soit l'abandonnent au profit d'autres sous-systèmes autorégulés²⁶⁰.

Conseil constitutionnel a su faire application du onzième alinéa du Préambule de 1946 consacrant le droit à la protection à la santé, à la sécurité matérielle, au repos et aux loisirs, en déduisant « *qu'il incombe au législateur, comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de leur mise en œuvre* ». Cf. DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier. Les normes constitutionnelles en matière sociale. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2010, Vol. 3, n° 29, p. 199.

²⁵⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – Séance du mercredi 28 août 1946... *Op. cit.* p. 3374.

²⁵⁹ *Ibid.* p. 3375.

²⁶⁰ TEUBNER, Gunther. After Legal Instrumentalism ? Strategic Models of Post-regulatory Law. *Op. cit.* p. 311.

1064. Les deux points à venir entendront mettre en lumière les formes de discours constitutionnels relatifs à ces deux objets.

a. Le détournement de la loi à des fins politiques

1065. En 1989, le sociologue du droit Hubert Rottleuthner publie une critique du principe *d'autonomie du système de droit* développé par Luhmann. Cet écrit est l'occasion de revenir sur l'interprétation de la notion luhmanienne de sur-socialisation comprise dans sa première acception d'instrumentalisation du droit au profit du politique. H. Rottleuthner rappelle en ce sens que pour Luhmann, « *le droit n'est jamais autopoïétiquement déterminé comme le résultat du système juridique lui-même* » [nous traduisons]²⁶¹. À l'opposé de l'approche kelsénienne, il considère au contraire que la loi s'appréhende d'abord du point de vue de l'ingénierie sociale, c'est-à-dire comme un fait politique qui obéit certes aux contingences des normes supérieures, mais constitue avant tout un instrument à disposition des sphères de l'espace public pour accroître leur pouvoir politique²⁶². Bien que le système de droit et le système politique soient d'abord déterminés par leur propre structure, chacun d'eux opère en réalité de manière dynamique afin de s'adapter aux changements structurels continuels provoqués par leurs opérations respectives²⁶³.

1066. Dans cette perspective, l'échec du système normatif s'observe lorsque le *médium du droit* se trouve dépassé par les ambitions du système politique et que la loi ne parvient plus à freiner sa propre instrumentalisation par les sphères de pouvoir²⁶⁴. Pour prévenir ce phénomène, le constituant n'a alors d'autre choix que de limiter le détournement de la loi à des fins politiques en régulant les possibilités d'action des acteurs de l'espace public.

1067. Lors du projet de réforme de la Constitution argentine de 1994, cette préoccupation se manifeste nettement dans la négociation du Pacte d'Olivos. Comme le précise Eduardo Jiménez, l'initiative ménémiste de la révision est d'abord motivée par la volonté du Président de la Nation d'obtenir sa réélection consécutive. Pour autant, conscient que cette intention n'obtiendrait pas de majorité suffisante de la Convention pour être acceptée, le Président C. Menem se résout à passer avec le leader de

²⁶¹ ROTTLEUTHNER, Hubert. Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System. *Law & Society Review*. 1989, Vol. 23, n° 5, p. 790.

²⁶² LUHMANN, Niklas. The Self-reproduction of Law and its Limits. Dans : TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin : Wakter de Gruyter & Co., 1988, p. 122.

²⁶³ « *Depuis la perspective d'un politicien, le droit représente un instrument de planification et de réalisation du politique. Depuis celle du juriste, le droit constitue un moyen de restreindre la politique et de dissuader l'usage arbitraire du pouvoir. Depuis la perspective d'un troisième observateur cependant, celle du sociologue, il s'agit surtout de de deux modes d'observation complémentaires de deux aspects de l'État fondé sur le droit* » [nous traduisons]. Cf. LUHMANN, Niklas. *Political Theory in the Welfare State*. *Op. cit.* p. 196.

²⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 413.

l'opposition R. Alfonsín, un compromis visant à restreindre les pouvoirs présidentiels²⁶⁵. Dès lors, en concédant à une réduction de ses propres pouvoirs, le Président en exercice limite ses possibilités d'action sur le système normatif. Il accepte donc de prévenir un détournement axiologique abusif du droit par l'Administration²⁶⁶.

b. L'abandon de la loi au profit d'autres sous-systèmes

1068. Dans un ouvrage réédité en 2007 sur le *droit responsif*, Philippe Nonet et Philip Selznick s'interrogeaient sur le rapport que les *institutions* pouvaient entretenir avec les normes de droit. Ils mettaient ainsi en lumière la tension systématique entre une volonté manifeste d'*ouverture* des institutions aux problèmes politiques et leur nécessaire *fidélité* au cadre juridique. « *La responsabilité*, expliquaient-ils, *apporte formalisme et recul, en rendant les institutions rigides, incapables de faire face à de nouvelles contingences. L'ouverture, au contraire, offre un plus large pouvoir discrétionnaire, de sorte que la conduite officielle puisse demeurer souple, adaptable et auto-correctible* » [nous traduisons]²⁶⁷. Pour G. Teubner, ce second aspect se trouve facilité par l'insuffisance de la régulation juridique des sphères de l'espace public qui favorise le développement de formes parallèles de discours prescriptifs contraignant la vie des membres du groupe social²⁶⁸.

1069. Pour résoudre le *dilemme de l'intégrité et de l'ouverture*, P. Nonet et P. Selznick considèrent que le législateur dispose de trois formes de réponses régulatrices. Par la promulgation de *lois répressives*, ce dernier peut tout d'abord renforcer le pouvoir de l'Administration chargée de faire appliquer les normes en lui fournissant de meilleurs moyens de coercition. Par la production de *lois autonomes*, il peut encore contribuer à rendre les prérogatives de l'institution plus spécifiques afin de *formaliser* le pouvoir exercé sur les membres du groupe social. Enfin, par l'édiction de *lois responsives*, le législateur laisse à l'institution la possibilité de s'inspirer des *pressions sociales* comme *source de connaissance et opportunité d'autocorrection*²⁶⁹. Par ce dernier type de norme, le pouvoir législatif renforce la *flexibilité* de l'institution en l'autorisant à transformer les crises et des contradictions internes au système en outils

²⁶⁵ JIMÉNEZ, Eduardo P. La reforma constitucional argentina de 1994. Una evaluación de contenidos diez años después. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. 2004, n° 47, p. 8.

²⁶⁶ On verra toutefois que l'impact réel du renforcement des contre-pouvoirs devra être nuancé. Pour Agustín Cárdenes en effet, les principaux instruments de limitation du présidentielisme mis en place à l'occasion du Pacte d'Olivos seront au mieux atténués – concernant le rôle de chef de cabinet – et au pire instrumentalisés – concernant le recours aux décrets de nécessité et d'urgence – par les Présidents qui succéderont à la réforme. Cf. CÁRDENES, Agustín A. Le régime présidentiel argentin : des discours sur l'atténuation de la présidentialisation à la réalité de sa consécration définitive. *Revue française de droit constitutionnel*. 2013, Vol. 1, n° 93, p. 14.

²⁶⁷ NONET, Philippe et SELZNICK, Philip. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. 2^e éd. New York : Routledge, 2007. p. 76.

²⁶⁸ TEUBNER, Gunther. After Legal Instrumentalism ? Strategic Models of Post-regulatory Law. *Op. cit.* p. 311.

²⁶⁹ NONET, Philippe et SELZNICK, Philip. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. *Op. cit.* pp. 76-77.

d'apprentissage permettant de réagir avec une sensibilité nouvelle aux *besoins sociaux* et aux *aspirations humaines*²⁷⁰.

1070. Le concept de *droit responsif* intéresse alors particulièrement G. Teubner en ce qu'il reste ouvert au dialogue entre le système politique et le système de droit sans favoriser l'émancipation de l'un par rapport à l'autre, maintenant ainsi ce que D. Terré qualifie de *modèle de "covariation" des structures juridiques et sociales*²⁷¹. Pour G. Teubner toutefois, « *ce n'est qu'en prenant la direction d'une rationalité "réflexive" que le droit "responsif" pourrait répondre de manière appropriée aux défis postmodernes* » [traduction de N. Boucquey et G. Meyer]²⁷². Dans cette dynamique, le droit réflexif se donne pour ambition de « *fournir des mécanismes d'intégration au sein des sous-systèmes concernés eux-mêmes, qui imposent des restrictions sociales à leurs propres lois* » [nous traduisons]²⁷³. En d'autres termes, G. Teubner considère ici que seul le développement d'un droit réflexif offre les garanties nécessaires à la résolution des problèmes d'abandon du droit au profit des règles régissant le fonctionnement des sous-systèmes.

1071. La mise en œuvre de ce type de droit est particulièrement claire dans la réforme constitutionnelle argentine de 1994 concernant le rapport entre l'État et les communautés indigènes. Depuis 1853 en effet, la Constitution ne concevait ce rapport que sous le prisme de la conversion des « Indiens²⁷⁴ » au catholicisme et de leur « protection » autoritaire par la Nation. Cette approche favorisait alors le développement d'un droit répressif inscrit dans la logique d'une politique d'assimilation²⁷⁵. Or en 1994, le constituant adopte une posture beaucoup plus réflexive en reconnaissant d'une part « *la préexistence ethnique et culturelle des peuples indigènes* » et en garantissant d'autre part « *le droit à leur identité, à une éducation bilingue et interculturelle, à la possession et à la propriété des terres qu'ils occupent traditionnellement [...] à leur participation à la gestion de leurs ressources naturelles et à tout autre objet les concernant* » [traduction de G. Farías-Maffet]. Ce faisant, le constituant entend atténuer les injonctions normatives pesant sur les communautés indigènes pour privilégier une construction interactive des normes de droit²⁷⁶.

²⁷⁰ TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*. 2^e éd. Paris : Bruylant - L.G.D.J., 1996. p. 3.

²⁷¹ TERRÉ, Dominique. *Les questions morales du droit*. Paris : Presses Universitaires de France, 2007. p. 78.

²⁷² TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité...* *Op. cit.* p. 43.

²⁷³ TEUBNER, Gunther. Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. 1982, Vol. 68, n° 1, p. 27.

²⁷⁴ La traduction est donnée dans son sens littéral, selon les dispositions du texte de 1853.

²⁷⁵ FARÍAS-MAFFET, Gloria. Peuples indigènes et élargissement de la citoyenneté... *Op. cit.* p. 270.

²⁷⁶ Cette intention est d'ailleurs affirmée de manière explicite par María C. Figueroa dans une note annexée à la session ordinaire du 11 août 1994. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* pp. 4086-4087.

1072. Avec cela s'achève donc l'étude des moyens mis en œuvre par le constituant pour répondre aux problèmes extraordinaires de régulation auxquels est susceptible de se confronter le législateur dans l'exercice de ses prérogatives de satisfaction des attentes normatives du pouvoir administratif et du pouvoir social. Ces problèmes prennent la forme de crise aiguë de l'implémentation du droit lorsque le pouvoir législatif se trouve confronté à des difficultés liées à l'ineffectivité des programmes normatifs ou à la destruction des équilibres sociaux. D'autres problèmes concernent encore l'écueil du détournement du droit par les différents systèmes de l'espace public politique, et s'observent dans l'instrumentalisation politique de la loi ou dans son abandon au profit d'autres moyens de régulation. Mais dans le sens entendu par J. Habermas, le mode extraordinaire de traitement des problèmes de droit par le constituant ne se limite pas aux problématiques de régulation. D'autres enjeux concernent aussi les questions d'intégration. Cet aspect sera donc étudié dans le second paragraphe.

B. LA PROCÉDURE CONSTITUTIONNELLE, MOYEN DE RÉSOLUTION DES PROBLÈMES D'INTÉGRATION

1073. Dans l'esprit de J. Habermas, le système politique *échoue à remplir sa fonction d'intégration sociale* lorsque *ses décisions ne peuvent plus se réclamer du droit légitime*²⁷⁷. Les sphères de pouvoir qui composent l'espace public politique ne parviennent plus à communiquer par le *medium* du langage juridique. Elles se renferment sur elles-mêmes et s'émancipent à travers le développement autopoïétique de leur propre langage. Du fait de la *faiblesse de l'espace public politique* et de l'*émancipation du pouvoir illégitime*, le système juridique se désagrège selon ce que J. Habermas qualifie de *dilemme de la légitimation*²⁷⁸.

1074. La résolution des problèmes d'intégration passe alors par une attention accrue portée aux acteurs de l'espace public pour leur permettre de dépasser leurs prérogatives législatives afin d'intervenir sur la production des normes constitutionnelles elles-mêmes. À partir d'un article de J. Elster sur les *Forces et les mécanismes du processus constituant*, on serait alors en mesure d'identifier deux écueils susceptibles d'affecter la production légitime des normes constitutionnelles. Le premier se situe en amont du processus et concerne l'ensemble des contraintes imposées aux assemblées constituantes *avant le début des délibérations*. Le second, situé en aval, est quant à lui relatif aux contraintes imposées aux assemblées pour *ratifier* les normes constitutionnelles issues de la délibération²⁷⁹.

²⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 414.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ On précisera toutefois ici que les réflexions de J. Elster s'inscrivent dans la perspective d'une procédure légale de révision de la Constitution. Lui-même reconnaît en effet que certaines procédures peuvent échapper à ce type de contrainte lorsque le constituant définit lui-même le cadre de ses attributions. Cf. ELSTER, Jon. *Forces and*

1075. Dans ce second paragraphe, on cherchera donc à montrer comment le constituant parvient à dépasser ces deux contraintes en offrant aux sphères de l'espace public un accès privilégié à la production des normes constitutionnelles.

1. *Les discours relatifs aux contraintes préalables au processus constituant*

1076. La première caractéristique permettant de distinguer la procédure législative ordinaire du processus constituant tient d'abord aux spécificités de sa mise en œuvre. Rendre difficile la révision d'une Constitution présente en effet l'avantage de préserver les *droits des minorités* face aux ambitions des *majorités passionnées*²⁸⁰. Aussi, le constituant est-il tenu de contraindre les initiatives constitutionnelles au respect de certaines normes de procédures.

1077. Toutefois, ces contraintes varient selon le titulaire du pouvoir constituant. D'après G. Negretto, les processus de révision constitutionnelle, lorsqu'ils s'inscrivent dans un cadre légal, prennent soit la forme d'une Convention constituante, c'est-à-dire d'un « *corps collectif créé dans le seul ou principal objectif d'adopter ou de proposer une nouvelle Constitution* » [nous traduisons], soit celle d'une Assemblée, entendue comme un *organe législatif ordinaire* doté de prérogatives particulières pour voter des textes constitutionnels²⁸¹. On comprendra ainsi que lorsque la révision est implémentée par une institution ordinaire, les contraintes normatives pèsent sur les moyens permettant à celle-ci de prendre l'initiative de la réforme. Par contre, lorsque la révision est portée par une institution *ad hoc*, les contraintes sont relatives aux mécanismes de sélection des *délégués* qui intégreront cette institution²⁸².

Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Duke Law Journal*. 1995, Vol. 45, n° 2, p. 373. On pensera notamment aux Constitutions révolutionnaires qui, du fait du contexte général de violence qui les fait naître, privent en général les mutations constitutionnelles de toute *base légale*. Cf. JELLINEK, Georg. *Révision et mutation constitutionnelles*. Paris : Dalloz, 2018. p. 37.

²⁸⁰ ELSTER, Jon. L'usage stratégique de l'argumentation. *Op. cit.* p. 62. Cette exigence procédurale plus contraignante est d'autant plus importante que les révisions ne surviennent pas toujours dans des moments de stabilité politique. D. Rousseau montre par exemple que sur les vingt-quatre révisions survenues sous la cinquième République française, au moins trois auront été initiées au cours de crises politiques majeures, trois autres seront mises en œuvre à l'issue d'une élection présidentielle, d'autres encore suivront les exigences du Conseil constitutionnel à la suite de contentieux opposant les représentants politiques. Cf. ROUSSEAU, Dominique. Quand réviser ? Le moment politique de la révision. Dans : BENNETI, Julie, MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel, *Révision de la Constitution : mode d'emploi. Onzième printemps du droit constitutionnel*. Paris : Dalloz, 2017, p. 5.

²⁸¹ NEGRETTO, Gabriel. Constituent Assemblies in Democratic Regimes. The Problem of a Legally Limited Convention. Dans : ELSTER, Jon, GARGARELLA, Roberto, NARESH, Vatsal, et al., *Constituent Assemblies*. New York : Cambridge University Press, 2018, pp. 32, 34.

²⁸² ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Op. cit.* p. 373. Francisco Laporta approfondit encore l'idée de J. Elster en précisant que ces deux outils de révisions comportent de très nombreuses nuances de mise en œuvre. Dans un article publié en 2001 dans la revue *Doxa* sur *La portée de la Constitution*, il considère onze manières de distinguer les processus de révision qui oscillent entre des procédés strictement

a. L'influence directe du pouvoir législatif sur le processus de révision

1078. Le pouvoir législatif exerce une influence directe dans le processus de révision de la Constitution dès lors que celui-ci se voit investi de prérogatives spéciales lui permettant de réformer les normes constitutionnelles. En France, l'article 89 de la Constitution en vigueur est en ce sens particulièrement illustratif de la volonté du constituant de 1958 d'autoriser le Parlement à amender lui-même la Constitution. Rompant avec la logique de la quatrième République faisant de l'Assemblée nationale le seul acteur susceptible de prendre l'initiative d'une révision²⁸³, l'alinéa 1^{er} de l'article élargit cette possibilité à tous les membres du Parlement, ainsi qu'au Président de la République sur proposition du Premier ministre.

1079. On comprend alors que cette évolution du texte met en lumière les interrogations du constituant français sur le degré de contrainte à faire peser sur les sphères du pouvoir administratif et du pouvoir social institutionnalisé pour prendre l'initiative d'une révision²⁸⁴. Ainsi, lors d'une discussion de préparation du projet de Constitution devant le Conseil d'État des 27 et 28 août 1958, le commissaire du Gouvernement Raymond Janot avait par exemple attiré l'attention du Conseil sur la nécessité d'encadrer fortement le processus de révision afin d'anticiper et de limiter la tentation des parlementaires de réclamer l'amendement du nouveau texte constitutionnel à l'issue de son approbation²⁸⁵. Par cette revendication, R. Janot montre ainsi que le Gouvernement se trouve disposé à autoriser les sphères législative et

encadrés par la Constitution et des outils démocratiques totalement émancipés des contingences constitutionnelles. Cf. LAPORTA, Francisco. El ámbito de la Constitución. *Doxa*. 2001, n° 24, pp. 465-467.

²⁸³ BRANCHET, Bernard. *La révision de la Constitution sous la Ve République*. Paris : L.G.D.J., 1994. p. 18.

²⁸⁴ Jean Portemer montre en ce sens que cette préoccupation occupe tour à tour les rédacteurs des Constitutions des troisième, quatrième et cinquième Républiques. Ainsi en 1875, l'initiative de la révision était-elle reconnue concurremment au Président de la République et aux membres du Parlement. Absente du régime moniste de la Constitution Grévy, la pratique sera exclusivement réservée à l'Assemblée nationale par la Constitution de 1946. La Constitution de 1958 marquera le retour du pouvoir d'initiative accordé à l'Exécutif, en n'autorisant toutefois le Président de la République à n'agir que sur proposition du Premier ministre. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/4*. *Op. cit.* p. 332. En outre, on pourra observer à partir des travaux de René Capitant que l'évolution du rôle joué par le Président de la République en matière d'initiative constitutionnelle sous la troisième République, et ses conséquences ultérieures sous la quatrième, s'explique par l'évolution du parlementarisme dont le fonctionnement moniste survenu après la crise du 16 mai 1977 affectera durablement la légitimité du pouvoir exécutif. Cf. CAPITANT, René. Régimes parlementaires. Dans : *Mélanges René Carré de Malberg*. 2^e éd. Paris : Édouard Duchemin, 1977, pp. 46-47. L'analyse des écrits de R. Capitant à ce sujet est reprise par O. Beaud dans un chapitre d'ouvrage sur *La crise de la III^{ème} République sous le regard du jeune René Capitant*. Cf. BEAUD, Olivier. La crise de la III^e République sous le regard du jeune René Capitant. Dans : HERRERA, Carlos Miguel, *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République/1*. Vol. 1. Paris : Kimé, 2003, pp. 331-332.

²⁸⁵ R. Janot fait notamment référence aux dispositions gouvernementales obligeant l'Assemblée nationale et le Sénat à voter le texte en termes identiques et contraignant le Parlement à faire approuver le texte par référendum ou à se réunir en Congrès à Versailles pour voter la révision à une majorité supérieure aux trois cinquièmes des suffrages exprimés. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/3*. *Op. cit.* pp. 432-434.

exécutive de l'espace public institutionnel à recourir à l'outil de révision pour résoudre leurs problèmes d'intégration sociale, en respectant toutefois le cadre des exigences procédurales contraignant sa mise en œuvre.

b. L'influence indirecte du pouvoir législatif sur le processus de révision

1080. Les discussions sur l'influence du pouvoir législatif dans le processus de révision des Constitutions prennent une forme indirecte dès lors que le législateur se trouve contraint de réunir une assemblée *ad hoc* pour procéder à la modification du texte. Ce mécanisme se retrouve dès 1853 à l'article 30 de la Constitution argentine qui autorise le Congrès à convoquer une Convention constituante pour réformer tout ou partie de la norme fondamentale. Cette révision ne peut toutefois intervenir qu'à la double condition que le Congrès déclare cette intention et obtienne l'accord d'au moins deux tiers de ses membres pour procéder à la révision.

1081. Par cette rédaction, le constituant de 1853 entend réduire l'influence du pouvoir législatif qui ne dispose que de la possibilité de décider sur quoi doit porter la réforme et comment la mener, sans pouvoir véritablement intervenir sur son contenu²⁸⁶. Mais comme a pu le préciser le Président de la Convention Domindo R. Mercante dans un discours introductif à la réforme de 1949²⁸⁷, ce choix de rédaction permet toutefois au Congrès de fixer le cadre déontologique nécessaire pour éviter que les Conventions constituantes ne puissent *s'auto-légitimer* et dérogent ainsi aux *préceptes constitutionnels* qui leur permettent d'exister²⁸⁸.

1082. Par ailleurs, cet article renforce la place centrale occupée par le législateur en matière de satisfaction des attentes normatives de l'Administration. La contrainte procédurale imposée par l'article 30 oblige en effet l'Exécutif à solliciter le pouvoir législatif pour initier tout projet de réforme

²⁸⁶ Alejandro Saiz Arnaiz fait remarquer à juste titre que la marge de manœuvre dont dispose le Congrès peut néanmoins être relativement conséquente, comme en témoigne par exemple la *loi déclaratoire* du 29 décembre 1993 fixant les modalités d'organisation de la Convention constitutionnelle de 1994, et dont l'article 2 interdit aux constituants d'amender le noyau de compromis élémentaires décidé par E. Menem et R. Alfonsín. Cf. SAIZ ARNAIZ, Alejandro. Forma de gobierno y estructura del poder ejecutivo: el presidencialismo argentino tras la revisión constitucional de 1994. *Revista de estudios políticos*. 1997, n° 97, p. 203.

²⁸⁷ L'analyse des critiques doctrinales faites à l'encontre de cette réforme a pu être synthétisée par Leticia Vita dans un ouvrage de Mauro Benente sur la *Constitution maudite* de 1949. Cf. VITA, Leticia. *La reforma negada: la interpretación de la doctrina constitucional argentina contemporánea sobre la Constitución de 1949*. Dans : BENENTE, Mauro, *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949*. Buenos Aires : Edunpaz, 2019, pp. 28-35.

²⁸⁸ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 3^a Reunión - 1^a Sesión Ordinaria. *Diario de sesiones*. Santa Fé, 1 février 1949, p. 45. Des commentaires sur les significations de l'article pourront aussi être retrouvés dans une publication d'Alberto García Lema et Enrique Paixão sur *Les réformes du système institutionnel*. Cf. GARCÍA LEMA, Alberto Manuel et PAIXÃO, Enrique. *Las reformas del sistema institucional. El Núcleo de Coincidencias Básicas*. Dans : ROSATTI, Horacio, *La reforma de la constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*. Buenos Aires : Rubinzal – Culzoni editores, 1994, pp. 283-460.

constitutionnelle. En suivant la théorie des jeux imbriqués de George Tsebelis²⁸⁹, on comprend alors que l'Administration se trouve dans ce cas tenue de développer et d'optimiser sa propre stratégie de persuasion pour espérer convaincre le Congrès de discuter de certains amendements à la Constitution. La capacité du pouvoir exécutif à résoudre les problèmes d'intégration se trouve ainsi limitée par les contingences de la représentation politique du pouvoir législatif qui peut alors s'ériger en gardien attentif de la stabilité des institutions.

1083. En définitive, il ressort de l'analyse de ces deux points que la résolution des problèmes d'intégration du pouvoir administratif et du pouvoir social institutionnalisé peut s'appréhender de deux manières distinctes. Le premier modèle, adopté par exemple par la Constitution française de 1958, consiste à autoriser directement le législateur à réformer la Constitution en l'astreignant au respect d'exigences procédurales plus contraignantes que pour les procédures législatives ordinaires. Le second mécanisme, utilisé notamment pour les révisions constitutionnelles argentines, consiste à déléguer l'amendement des normes à une assemblée spéciale dont les prérogatives auront préalablement été définies par le Congrès de la Nation. En suivant le raisonnement de J. Elster, on remarquera toutefois que la résolution des problèmes d'intégration passe aussi par l'aménagement de procédures de validation des normes *après* leur élaboration. On se proposera donc d'en expliquer le fonctionnement.

2. *Les discours relatifs aux contraintes postérieures au processus constituant*

1084. Les contraintes *en aval* du processus constituant sont, chez J. Elster, l'ensemble des règles entourant la ratification des normes constitutionnelles. La nature de ces exigences est toutefois variable, et dépend d'abord de la volonté de *l'autorité* ayant œuvré à l'élaboration de ces normes. Le constituant exercera ainsi une influence différente selon que le texte est ratifié par une assemblée législative ordinaire dotée de prérogatives constitutionnelles ou par une assemblée constituante créée *ex nihilo*²⁹⁰.

1085. Aussi, l'analyse qui va suivre partira des deux cas de figure évoqués dans le point de développement précédent pour parvenir à décrire le comportement du constituant vis-à-vis des assemblées argentine et française.

²⁸⁹ TSEBELIS, George. *Nested games: rational choice in comparative politics*. Berkeley: University of California Press, 1990. p. 6. La référence est tirée de l'article déjà cité de Florencia Zulcovsky et de Mara Pegoraro qui convoquent l'auteur afin d'expliquer l'intérêt des représentants politiques de 1994 à s'accorder sur l'adoption d'un projet constitutionnel commun susceptible d'être voté par le Congrès en respectant leurs volontés respectives. Cf. PEGORARO, Mara et ZULCOVSKY, Florencia. El juego anidado de la reforma constitucional argentina. *Op. cit.* p. 94.

²⁹⁰ ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Op. cit.* p. 373.

a. La ratification dans le cas d'une influence directe du pouvoir législatif sur le processus constituant

1086. En vertu du deuxième alinéa de l'article 89 de la Constitution de 1958, le pouvoir législatif est tenu de faire approuver par référendum tout projet ou proposition de révision constitutionnelle. Cependant, le troisième alinéa offre au Président de la République la possibilité de convoquer les deux chambres du Parlement pour ratifier un projet de loi constitutionnelle en obtenant la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés lors du Congrès des parlementaires réuni à Versailles.

1087. Par cette rédaction, le constituant de 1958 entend permettre à la fois au pouvoir social autonome et au pouvoir social institutionnalisé de sanctionner les projets et propositions de loi²⁹¹. L'Administration quant à elle, n'est pas pourvue d'outils de sanction directe des lois constitutionnelles, mais dispose toutefois d'une influence stratégique dans le choix des procédures d'adoption des normes. En autorisant le Président de la République à opérer un tel choix, le constituant permet en effet à l'Administration de *faire jouer le suffrage universel contre le Parlement*²⁹². Celle-ci peut ainsi décider de contourner la procédure ordinaire de ratification des révisions en préférant au référendum, une sanction du Congrès²⁹³.

1088. Dans son ouvrage sur *La genèse de la cinquième République*, Jean-Marie Denquin ne manque pas de souligner en ce sens un certain paradoxe entre l'ambition césariste bien connue du général De Gaulle de recourir au peuple pour faire approuver les normes les plus importantes, et sa volonté parallèle d'inscrire dans la Constitution un mécanisme de sanction parlementaire des lois constitutionnelles. Pour J.-M. Denquin, ce paradoxe s'explique peut-être en raison de la diversité des révisions, dont l'importance ne nécessite pas systématiquement de recourir au référendum. Lors d'un discours devant le Comité consultatif constitutionnel, Raymond Janot lui-même affirmait que l'institution de la ratification parlementaire jouait en fait comme une *soupe de sureté* pour les circonstances où le référendum apparaîtrait *difficile à appliquer*²⁹⁴. Un peu plus tard, lors de la discussion de l'avant-projet tenue devant le Conseil d'État, Jérôme Solal-Céligny avait également souligné l'aspect stratégique de cette rédaction, en estimant que ce mécanisme offrait au Président de la République une alternative plus stable face aux

²⁹¹ On se permettra à ce titre de discuter de l'affirmation de J. Habermas, selon laquelle dans ce cas, seul le *Législateur politique a le dernier mot*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 385. Cette observation est en effet valable dans le cadre d'un régime légicentriste de type parlementaire, mais devra être nuancée dans les régimes présidentiels ou dès lors que le parlementarisme apparaîtra rationalisé par un système juridique préférant l'autorité de la Constitution à la légitimité de la loi.

²⁹² La décision présidentielle demeure toutefois contrainte par l'exigence du contreseing du Premier ministre. Cf. BRANCHET, Bernard. *La révision de la Constitution sous la Ve République*. Op. cit. p. 31.

²⁹³ DENQUIN, Jean-Marie. *1958 : la genèse de la Ve République*. Op. cit. p. 323.

²⁹⁴ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/2*. Op. cit. p. 74.

incertitudes du vote par référendum²⁹⁵. L'histoire montrera que cette pratique sera finalement privilégiée de manière quasi systématique par le chef de l'État qui préférera la sécurité politique du scrutin parlementaire aux aléas de la sanction populaire²⁹⁶.

b. La ratification dans le cas d'une influence indirecte du pouvoir législatif sur le processus constituant

1089. À la différence des discussions constitutionnelles relatives à l'influence directe du pouvoir législatif sur le processus d'amendement des Constitutions, celles concernant l'influence des Assemblées constituantes spécialement élues à cet effet ne peuvent apporter qu'un cadre juridique limité à l'issue des délibérations. Le pouvoir constituant originaire se confond ici avec le pouvoir dérivé. Le pouvoir législatif, lorsqu'il émet une déclaration visant à encadrer le domaine de discussion d'une Assemblée constituante ne peut en aucun cas bouleverser le résultat de cette discussion. Tout se passe comme si la créature constitutionnelle échappait à son créateur législatif²⁹⁷. L'Assemblée constituante se convertit en pouvoir autonome, doté de son propre langage et de ses propres procédés de légitimation.

1090. L'étude de la réforme argentine de 1994 illustre bien ce phénomène. L'article 30, on le sait, se borne à considérer que toute révision constitutionnelle doit passer *par une Convention convoquée à cet effet*. La Convention, seulement liée au législateur par le fil ténu de sa création normative, agit presque en dehors du système juridique. Elle ne peut plus dès lors s'appuyer sur la loi pour légitimer son action. Son langage, produit de ses activités constitutionnelles, ne prend un sens performatif et ne s'impose à l'ancien texte de la Constitution que par la force des symboles qui entourent l'ouvrage du constituant²⁹⁸.

1091. Pour Javier M. Ayala, c'est dans la cérémonie de prestation de serment de l'ultime réunion de la Convention argentine que s'incarne le mieux le processus de légitimation symbolique des nouvelles

²⁹⁵ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/3*. *Op. cit.* p. 434.

²⁹⁶ Pour plus de précisions sur ce point, on se reportera à la conclusion de la première partie de la thèse de Loïc Chabrier sur *La révision de la Constitution dans la cinquième République*. Cf. CHABRIER, Loïc. *La révision de la Constitution dans la cinquième République*. JAILLARDON, Édith (dir.). Thèse de doctorat, droit. Lyon : Université Lumière Lyon 2, 1995. p. 211.

²⁹⁷ Avec Franck Moderne, on pourra relever que ce mécanisme rend poreuse la limite entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé. Il est en effet couramment admis que le pouvoir constituant originaire est un pouvoir *inconditionné, absolu et illimité*, qui *relève de la politique et non du droit*, tandis que le pouvoir constituant dérivé est toujours relatif, *conditionné par le pouvoir constituant originaire*, et obéit à des normes constitutionnelles préalables. Cf. MODERNE, Franck. « Réviser » la Constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé*. *Op. cit.* p. 33. Or s'il est vrai que l'obligation de loi déclaratoire du législateur argentin fixe le cadre matériel initial sur lequel doivent porter les révisions de la Constitution, rien n'empêche dans les faits le constituant de modifier substantiellement la norme fondamentale, à la manière d'un constituant originaire.

²⁹⁸ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther. *Juramento y lealtad a la constitución*. *Revista de Derecho Político*. 2004, n° 60, pp. 188-189.

normes constitutionnelles²⁹⁹. En hissant le drapeau national, en convoquant dans la ville de Concepción del Uruguay – épice de l'histoire politique du pays – l'ensemble des responsables des grandes institutions, en chantant l'hymne argentin et en faisant jurer à tous les membres présents de protéger fidèlement la nouvelle Constitution³⁰⁰, on comprend avec Jean Fezas que le constituant argentin poursuit la double ambition de *sacraliser* le texte constitutionnel et d'en *responsabiliser* les gardiens³⁰¹. Par cette manœuvre, il fait ainsi de la Constitution un symbole sur lequel se fondera ensuite l'autorité de la loi et de l'ensemble du système juridique.

1092. À l'issue de ce dernier point de développement on aura donc compris que la résolution des problèmes extraordinaires d'intégration suppose de discuter des prérogatives du pouvoir législatif en *amont* et en *aval* du processus constituant. On aura aussi saisi que ces prérogatives prennent des formes différentes selon que le législateur influence directement ou indirectement ce processus. Le pouvoir législatif exerce une influence directe dès lors que le constituant le dote de compétences spéciales pour amender lui-même le texte de la Constitution. Par contre, cette influence n'est qu'indirecte lorsque la révision constitutionnelle intervient après l'élection d'une Assemblée constituante chargée d'élaborer et de ratifier les amendements normatifs en lieu et place du législateur.

1093. Plus largement, ces lignes viennent clore l'analyse des modes de traitements des problèmes législatifs ordinaires et extraordinaires auxquels se retrouve soumis le législateur à travers sa mission de satisfaction des attentes normatives des sphères de l'espace public politique.

1094. Conclusion de section. La deuxième section de ce chapitre s'est proposée d'étudier le rôle joué par le pouvoir constituant concernant l'influence du pouvoir législatif sur les autres systèmes autorégulés de l'espace public. Afin d'analyser les différents aspects de l'intervention du constituant, B. Peters et J. Habermas partent de la posture défendue par N. Luhmann d'un système juridique destiné à stabiliser les attentes normatives de ces systèmes autorégulés, pour montrer que le législateur opère comme une écluse chargée de transformer en normes de droit certaines des communications politiques se déroulant quotidiennement dans les différentes sphères de la communauté de vie.

²⁹⁹ AYALA, Javier M. La Reforma Constitucional de 1994. *Op. cit.* p. 62.

³⁰⁰ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. Sesión Especial de Juramento. *Diario de sesiones*. Concepción del Uruguay, 24 août 1994, pp. 4853-4861.

³⁰¹ La sacralisation a ici pour objet de renforcer l'autorité et la performativité de la Constitution : toutes les institutions doivent s'engager solennellement à protéger la norme fondamentale et à en respecter la lettre. La responsabilisation vise par ailleurs à réduire l'*écart ontologique* entre les responsables institutionnels et le peuple souverain : « *exiger d'un souverain ou d'un prince qu'il jure par Dieu, explique J. Fezas, atteste que l'homme le plus puissant a un maître ce qui libère de leurs craintes les autres hommes, ses sujets* ». Cf. FEZAS, Jean. Le serment, lien social et lien politique. Dans : VERDIER, Raymond, *Le Serment/1. Signes et fonctions*. Vol. 1. Paris : CNRS, 1992, p. 230.

1095. Cette prérogative prend d'abord la forme ordinaire d'une régulation législative des flux de communication émanant de l'Administration et du pouvoir social, incarné concurremment dans les espaces institutionnalisés des assemblées parlementaires et dans ceux, plus autonomes, des autres sphères de la société. Concernant le pouvoir administratif, le constituant agit de manière à encadrer l'influence exercée sur le législateur en matière d'élaboration et de sanction de la législation. Concernant le pouvoir social, l'action du constituant vise, de manière analogue, à réguler les attentes normatives du pouvoir social institutionnalisé et du pouvoir social autonome à chaque étape du processus d'élaboration de la loi.

1096. Par ailleurs, les activités du législateur prennent la forme extraordinaire d'une révision de la Constitution lorsque les problèmes de la société atteignent une complexité telle que le langage juridique n'apparaisse plus suffisamment efficace ou légitime. La crise de l'efficacité survient dès lors que le législateur se trouve incapable de résoudre les problèmes graves de régulation des attentes normatives formulées par les systèmes autopoïétiques. Le constituant intervient alors pour prévenir les écueils inhérents à l'implémentation et au détournement du droit. La crise de la légitimité s'explique quant à elle par une incapacité de l'institution législative à surmonter les problèmes d'intégration sociale. Le constituant cherche alors à agir sur les leviers institutionnels permettant au législateur d'intervenir en amont et en aval du processus de révision de la Constitution.

1097. Avec ces considérations s'achève donc l'exposé de la fonction de régulation des flux de communication de l'espace public remplie par le pouvoir législatif. Pour autant, bien que cette prérogative apparaisse essentielle au bon fonctionnement des institutions, elle n'apporte qu'une réponse partielle aux revendications formulées par les différents acteurs de la société. Pour B. Peters, c'est alors au juge d'intervenir afin de réguler les attentes normatives formulées à l'occasion des litiges relatifs à l'application de la législation. L'étude du rôle joué par les juridictions fera donc l'objet de la troisième section.

SECTION 3. LE JUGE, POUVOIR DE RÉOLUTION DES PROBLÈMES D'APPLICATION ET DE FONDATION DE LA NORME

1098. Dans l'introduction de la seconde section de ce chapitre, on remarquait que l'écluse législative avait pour tâche principale de résoudre les conflits ordinaires et extraordinaires posés par les exigences de régulation des flux communicationnels au sein de l'espace public politique. Or dans les pages de *Droit et*

démocratie, J. Habermas considère qu'en prononçant des sentences, et en traitant les aspects normatifs des problèmes, la justice exerce une responsabilité similaire à celle du législateur³⁰².

1099. J. Habermas on le sait, voit dans la distinction de K. Günther entre *discussion de fondation* et *discussion d'application* un parallèle formel avec l'office du constituant et celui du législateur³⁰³. Ces discussions sont traitées par le juge qui s'emploie d'ordinaire à résoudre les problèmes d'adéquation que soulève l'application d'une norme à un cas d'espèce³⁰⁴, mais peut, de manière extraordinaire, être tenu de discuter de la validité de cette norme vis-à-vis des règles fondatrices de la Constitution³⁰⁵. Dans le premier cas, l'institution judiciaire joue un rôle d'interprète du discours juridique afin de choisir, parmi *la masse de toutes les normes valides* appréhendées dans un contexte historique déterminé, celles applicables à une situation concrète systématiquement inédite³⁰⁶. Dans le second, l'objet du conflit se déplace. Celui-ci ne concerne plus la résolution d'un problème pratique, mais celle d'un litige entre plusieurs normes tenues pour valides *indépendamment* des contingences situationnelles du cas d'espèce. Le juge n'agit plus dans une situation concrète et doit au contraire s'extraire des spécificités de l'affaire pour examiner la validité des prétentions normatives au regard du droit lui-même³⁰⁷.

1100. Ainsi, à la lumière de ces éléments, l'ultime section de ce chapitre se proposera de montrer comment le constituant participe à la régulation des activités juridictionnelles de stabilisation des attentes normatives des sphères de l'espace public, en influençant d'une part le traitement ordinaire des problèmes d'application (I.) et en intervenant d'autre part sur la résolution extraordinaire des problèmes de fondation (II.).

§ I. LE TRAITEMENT ORDINAIRE DES PROBLÈMES D'APPLICATION

1101. En 1990, K. Günther était invité par la section allemande de l'*Association internationale de philosophie juridique et sociale* à donner une conférence pour présenter ses travaux de recherche sur les notions de *justification universaliste* et d'*application des normes*. Il considérait à cette occasion que, pour

³⁰² HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 384.

³⁰³ Cf. *Infra*. n°746.

³⁰⁴ POURTOIS, Hervé. Rationalisation sociale et rationalité juridique : une lecture de Jürgen Habermas. *Revue philosophique de Louvain*. 1991, Vol. 89, n° 83, p. 491.

³⁰⁵ CUSSET, Yves. *Habermas. L'espoir de la discussion*. Op. cit. p. 98.

³⁰⁶ « *Nous sommes, dit K. Günther, dépendants de l'histoire puisqu'il n'y a qu'elle qui produise les situations imprévisibles et qui nous contraignent à interpréter chaque fois autrement la masse de toutes les normes valides* » [traduction de C. Bouchindhomme]. Cf. GÜNTHER, Klaus. Ein normativer Begriff der Kohärenz eine Theorie der juristischen Argumentation. *Rechtstheorie*. 1989, n° 20, pp. 163-190.

³⁰⁷ GÜNTHER, Klaus. *The Sense of appropriateness...* Op. cit. pp. 239-240.

être correctement *justifié*, tout jugement doit prendre en considération l'ensemble des *raisons normatives* applicables à un cas d'espèce *sur la base d'une interprétation complète de la situation*³⁰⁸.

1102. Avec J. Habermas, on comprend dès lors que la justice ordinaire considère les problèmes d'application comme de *légers* problèmes d'incohérence à l'intérieur du système juridique. Hormis quelques exceptions spécifiques³⁰⁹, les normes sont toujours, de prime abord, indéterminées. Les discussions d'application visent ainsi à apporter les *compléments* nécessaires à une mise en relation entre ces normes et les cas d'espèce, afin de déterminer laquelle de ces règles juridiques apparaît la plus juste pour former un *jugement singulier*³¹⁰.

1103. Mais alors comment former un tel jugement ? La question n'est pas simple et J. Habermas choisit d'y consacrer de longs développements, tant la doctrine apparaît divisée sur le sujet³¹¹. Chez Ronald Dworkin par exemple, la figure d'un *juge Hercule*, doté d'un savoir idéal, et *doué d'une intelligence et d'une patience surhumaines* pour dégager la *structure complexe d'interprétation juridique*³¹² apparaît fort séduisante en ce qu'elle se démarque du positivisme affirmant *la nécessité et la possibilité de décisions "qui soient les seules justes"*, sans pour autant tomber dans le relativisme d'un réalisme radical qui rendrait vain tout effort de sécurisation du droit du fait de *l'incohérence* des décisions de justice³¹³. Mais en privilégiant l'approche monologique du *juge Hercule*, Dworkin idéalise trop l'interprétation. Il ne voit pas, estiment Frank Michelman et Kathleen Sullivan, que son personnage est *beaucoup trop héroïque*, qu'il ne fait *aucune rencontre et ne converse avec personne, hormis par le truchement des livres*. Il néglige

³⁰⁸ GÜNTHER, Klaus. Universalistische Normbegründung und Normanwendung. Dans : HERBERGER, Maximilian, RÜSSMANN, Helmut et NEUMANN, Ulfrid, *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken. Vorträge der ersten gesamtdeutschen Tagung der deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, Saarbrücken 10.-12. Oktober 1990*. Stuttgart : Franz Steiner Verlag, 1992, pp. 43-48. Cette idée est reprise et expliquée par J. Habermas dans *Droit et démocratie*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 240.

³⁰⁹ J. Habermas évoque, sans en préciser le contenu matériel, l'ensemble des normes qui, « *dans leurs clauses conditionnelles spécifient à ce point les conditions d'application qu'elles ne doivent être employées (et ne le peuvent sans difficultés herméneutiques) que dans les situations standard bien définies et totalement circonscrites* ». Cf. *Ibid.* p. 238.

³¹⁰ *Ibid.* p. 239. On retrouve par ailleurs une approche analogue dans compréhension structuraliste de la *force de la loi* proposée par Jacques Derrida : « *Chaque exercice de la justice comme droit ne peut être juste que si c'est un "fresh judgment" [...]. Ce "fresh judgment" peut bien, doit bien être conforme à une loi préexistante, mais l'interprétation ré-institutive, ré-inventive et librement décidante, responsable du juge requiert que sa "justice" ne consiste pas seulement dans la conformité, dans l'activité conservatrice et reproductrice du jugement. Bref pour qu'une décision soit juste et responsable, il faut que dans son moment propre, s'il y en a un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructrice ou suspensive de la loi pour devoir à chaque cas la réinventer, la re-justifier, la réinventer au moins dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe* ». Cf. DERRIDA, Jacques. *Force de loi : Le fondement mystique de l'autorité. Op. cit.* p. 960.

³¹¹ FRYDMAN, Benoît. Le juge à l'âge global. Le juge et la démocratie. *Cités*. 2017, Vol. 1, n° 69, p. 61.

³¹² DWORKIN, Ronald. *L'empire du droit*. Paris : Presses Universitaires de France, 1994. p. 262.

³¹³ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 224.

ainsi l'aspect pluriel et la nécessaire altérité de la justice. En outre, par sa solitude, Hercule offre peut-être une *représentation de l'intégrité*, mais rien ne permet cependant de s'assurer de sa propre intégrité³¹⁴.

1104. Ces raisons apparaissent suffisantes à J. Habermas pour s'éloigner de la pensée de Dworkin et pour préférer à la posture monologique, une lecture discursive de la rationalité des décisions de justice. Pour J. Habermas, c'est dans l'application d'une stricte déontologie procédurale que le juge semble le plus à même de prendre des décisions raisonnables³¹⁵. J. Habermas prend ainsi définitivement congé de la vision jupitérienne (Hart, Kelsen) ou herculéenne (Dworkin) des fonctions du juge ordinaire pour se rapprocher de celle d'Hermès, *dieu des voyageurs et de la communication* qui, selon F. Ost, incarne la figure *réflexive et procédurale* d'une justice capable de réguler de *vastes réseaux de pouvoirs multiples en interaction constante*³¹⁶.

1105. Aussi, pour mieux comprendre cette approche, et afin d'observer le comportement du constituant vis-à-vis de la prérogative juridictionnelle de traitement procédural des problèmes d'application, ce premier développement reprendra la cadre d'analyse de B. Peters pour étudier le rôle du juge dans la régulation des attentes normatives de l'Administration et du pouvoir social.

A. LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES, AUTORITÉS DE PRÉVENTION DES TENTATIVES ORDINAIRES D'ÉMANCIPATION DE L'ADMINISTRATION

1106. Depuis l'introduction de la première section de ce chapitre³¹⁷, on sait que J. Habermas conçoit l'Administration non seulement comme l'organe chargé de la mise en œuvre des programmes *conditionnels* voulus par le législateur³¹⁸, mais aussi comme un pouvoir capable de s'autoprogrammer pour parvenir à exécuter les programmes législatifs *finalisés*³¹⁹.

1107. De ce point de vue, l'action du juge administratif est nécessairement double. Il s'agit pour lui de s'assurer du *caractère professionnel de l'exécution de la loi*, et de veiller d'autre part à ce que l'Administration agisse dans le respect de ses *compétences normatives*³²⁰. Dans ce premier paragraphe, on s'interrogera donc sur la manière dont le constituant appréhende ces deux formes d'activité.

³¹⁴ MICHELMAN, Frank I. et SULLIVAN, Kathleen M. The Supreme Court, 1985 Term. *Harvard Law Review*. 1986, Vol. 100, n° 1, p. 1-98. pp. 72, 76.

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* pp. 242, 258.

³¹⁶ OST, François. Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? *Rassegna Forense*. 2013, n° 3-4, p. 675.

³¹⁷ Cf. *Infra*. n° 880.

³¹⁸ MASHAW, Jerry L. *Due Process in the Administrative State*. New Haven : Yale University Press, 1985. p. 230.

³¹⁹ HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public. *Op. cit.* pp. 45-46.

³²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 208.

1. Les discours relatifs au contrôle de l'exécution de la loi

1108. En 1961, Georges Lavau collaborait à un ouvrage sur La justice, en publiant une contribution relative au rapport entre Le juge et le pouvoir politique : « *le pouvoir politique, disait-il, n'est rien s'il n'est complété et actualisé par le pouvoir administratif[...] le pouvoir politique a besoin du juge, qui lui donne le sacre de la légitimité* »³²¹. On comprend ici que le juge administratif joue un rôle de premier plan dans la légitimation du pouvoir politique incarné dans l'Administration. À la fois complice et contre-pouvoir de l'action administrative³²², c'est à lui qu'incombe la maîtrise de l'élaboration et de l'application du droit administratif.

1109. Aussi, l'objet de ce premier point de développement sera de comprendre comment le constituant organise les pouvoirs du juge administratif afin de lui permettre de satisfaire ces prérogatives.

a. Le rôle du juge administratif dans l'élaboration de la norme

1110. En 1970, dans sa thèse sur *Le rôle politique du juge administratif*, D. Lochak questionnait l'habitude doctrinale d'envisager le *pouvoir normatif du juge* à la fois sous l'aspect d'une institution *créatrice de droit* visant à *combler les lacunes de la loi*, et sous celui d'une autorité visant à interpréter le *texte obscur ou imprécis* de la norme juridique. Cette distinction apparaissait selon elle critiquable en raison du caractère contestable de l'idée de lacune du droit³²³. L'absence de norme juridique applicable à un cas d'espèce disait-elle, *n'empêche pas* l'application du droit, simplement conduit-elle le juge à écarter les revendications *non fondées sur une règle juridique existante* ou à refuser de condamner une conduite *que la loi n'interdit pas*³²⁴.

1111. Reste que le juge, lorsqu'il se retrouve confronté à une telle situation, doit tout de même « suppléer la carence du législateur, soit en se livrant à une interprétation de sa volonté, soit en créant lui-même, de toutes pièces, le droit applicable »³²⁵. Mais pour Anne-Marie Ho Dinh, voir seulement dans l'existence

³²¹ LAVAU, Georges. Le juge et le pouvoir politique. Dans : AUBENAS, Roger et BASTID, Suzanne, *La Justice*. Paris : Presses Universitaires de France, 1961, p. 62.

³²² *Ibid.* p. 63.

³²³ LOCHAK, Danièle. *Le rôle politique du juge administratif français*. WEIL, Prosper (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Panthéon-Assas, 1970. p. 83.

³²⁴ Sur le premier point, D. Lochak renvoie à un article d'André Decencière-Ferrandière publié en 1934 dans la *Revue Générale de Droit International Public*, où l'auteur affirme que le juge ne peut pas rencontrer de lacunes dans la mesure où « *quand bien même il n'y aurait qu'une seule règle de fond [...] il n'y aurait qu'à rejeter systématiquement toutes les prétentions qui ne seraient pas fondées sur cette règle* ». Cf. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, André. Essai critique sur la justice internationale. *Revue Générale de Droit International Public*. 1934, Vol. 41, p. 159. Sur le second, elle convoque Kelsen qui déjà, dans les pages de sa *Théorie pure du droit*, critiquait la *théorie des lacunes* en affirmant qu'un tel postulat reposait en fait sur « *la méconnaissance du fait que, lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire* ». Cf. KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. *Op. cit.* pp. 245-246.

³²⁵ LOCHAK, Danièle. *Le rôle politique du juge administratif français*. *Op. cit.* pp. 81-82.

d'un vide juridique un moyen de légitimation de la parole du juge apparaît trop réducteur. L'argument de la lacune offre en réalité à différents acteurs l'opportunité d'agir dans la résolution du problème. Le vide juridique représente aussi un instrument de légitimation de l'action politique³²⁶, et c'est sans doute en ce sens que l'on pourra comprendre le concours du constituant concernant le renforcement des prérogatives du juge administratif en matière de conseil de l'Administration pour prévenir les difficultés d'interprétation du droit.

1112. En France, cette compétence est notamment reconnue par les articles 37, 38 et 39 de la Constitution de 1958. Pour Antoine Faye, la juridiction administrative se trouve ici sollicitée pour *améliorer la qualité de la loi et contrebalancer la faculté de conseil offerte au Gouvernement*³²⁷. Par exemple, en obligeant le Gouvernement à demander l'avis du Conseil d'État avant de prendre, par ordonnance, des mesures relevant normalement du domaine de la loi, l'article 38 de la Constitution entend encadrer les activités normatives de l'Administration afin d'éviter que celle-ci n'excède ses attributions. Le constituant agit dès lors de manière à faire du Conseil d'État le gardien du domaine de la loi, le chargeant ainsi de veiller à ce que « *les administrations fassent attention en prenant leurs ordonnances, de n'y mettre que les dispositions législatives, et dans les décrets d'application, tout ce qui est réglementaire* »³²⁸.

b. Le rôle du juge administratif dans l'application de la norme

1113. Lorsque le juge administratif n'exerce pas de fonction de conseil concernant les prérogatives normatives de l'Administration, celui-ci veille à ce que le pouvoir administratif respecte ses compétences d'exécution. Par leur interprétation constructive des programmes législatifs, les juridictions cherchent à maintenir une certaine *souplesse* entre les prescriptions normatives du législateur et la réalité de la pratique administrative, en jouant un *rôle politique* pour pallier l'imprécision des règles du droit administratif³²⁹.

³²⁶ HO DINH, Anne-Marie. Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit. *L'année sociologique*. 2007, Vol. 2, n° 57, p. 433.

³²⁷ FAYE, Antoine. *Les bases administratives du droit constitutionnel français*. LE DIVELLEC, Armel (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Panthéon-Assas, 2016. p. 515.

³²⁸ Ces propos sont rapportés de l'intervention du rapporteur de l'avant-projet de Constitution et maître des requêtes au Conseil d'État J. Solal-Céligny. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/3*. Op. cit. p. 451.

³²⁹ LOCHAK, Danièle. *Le rôle politique du juge administratif français*. Op. cit. pp. 123-124. Cette influence politique du juge administratif est d'autant plus évidente lorsque celui-ci se trouve tenu d'intervenir dans des contextes de crise particulièrement aigus. En France, ainsi en fut-il par exemple des interventions du Conseil d'État pour valider des mesures administratives prises pour réprimer des grèves en 1909 et 1910, pour refuser le recours à la force publique pour évacuer des usines occupées en 1936, ou pour proposer une interprétation extensive de la législation pendant la guerre d'Algérie. Cf. LOCHAK, Danièle. *Le Conseil d'État en politique. Pouvoirs*. 2007, Vol. 4, n° 123, p. 20. Avec Claire de Galember, on remarquera en outre que le Conseil d'État, par sa jurisprudence, participe à la construction d'un *droit fluide* qui influence à la fois le législateur et les autres

1114. En droit français, A. Faye remarque que la fonction juridictionnelle du Conseil d'État se trouve consacrée dans la Constitution à deux reprises³³⁰. En 2003 tout d'abord, la révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République ajoute, au troisième alinéa de l'article 74 de la Constitution, une disposition permettant au Conseil d'État d'exercer « *un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante [d'une collectivité d'outre-mer] intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi* ». Pour le constituant, l'enjeu est ici de mettre en place un *cadre constitutionnel souple* pour permettre aux collectivités d'outre-mer d'élaborer des *statuts sur mesure*³³¹ tout en garantissant un contrôle juridictionnel adapté aux enjeux locaux concernant les actes administratifs pris en application des articles 34 et 37 de la Constitution relatifs aux domaines législatif et règlementaire³³².

1115. En 2008 ensuite, l'insertion à l'article 61-1 de la Constitution d'un contrôle législatif de conformité intervenant a posteriori de la promulgation de la loi, fait du Conseil d'État le partenaire du juge constitutionnel dans la mise en œuvre de la procédure contentieuse de la question prioritaire de constitutionnalité. Au même titre que son homologue judiciaire, la plus haute juridiction administrative se voit en effet tenue de renvoyer au Conseil constitutionnel les seules questions prioritaires de constitutionnalité réunissant les exigences procédurales requises pour faire l'objet d'un contentieux, l'enjeu étant cette fois-ci d'ouvrir la faculté aux justiciables « *de contester, par voie d'exception, la constitutionnalité de dispositions législatives déjà promulguées* »³³³.

1116. Par l'analyse de ces différents éléments, on aura donc réussi à appréhender la nature des discussions constitutionnelles relatives au contrôle de l'exécution de la loi par le juge administratif. Cette fonction de régulation prend tout d'abord la forme d'une activité de conseil visant à encadrer l'action de l'Administration dans l'exercice de ses prérogatives exceptionnelles de législation. Par ailleurs, ce contrôle prend aussi la forme d'une activité juridictionnelle veillant à une juste exécution des programmes voulus par le législateur. Le point de développement à venir cherchera quant à lui à décrire les discussions constitutionnelles relatives à l'encadrement des compétences normatives de l'Administration.

cours de justice dans leur interprétation des normes juridiques. Cf. DE GALEMBERT, Claire. La fabrique du droit entre le juge administratif et le législateur. La carrière juridique du foulard islamique (1989-2004). Dans : COMMAILLE, Jacques et KALUSZYNSKI, Martine, *La fonction politique de la justice*. Paris : La Découverte, 2007, p. 116.

³³⁰ FAYE, Antoine. *Les bases administratives du droit constitutionnel français*. Op. cit. p. 514.

³³¹ GARREC, René. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur : le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République...* p. 75.

³³² RAFFARIN, Jean-Pierre et PERBEN, Dominique. *Projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République...* Op. cit. p. 6.

³³³ FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République...* p. 12.

2. Les discours relatifs au contrôle du respect des compétences normatives

1117. Pour J. Habermas, le second aspect du contrôle opéré par le juge concerne la *légalité* de l'exécution de l'activité administrative. Il s'agit dans ce cas de s'assurer du respect de la *réserve légale* à laquelle se trouve soumise toute intervention de l'Administration.

1118. La définition de ce contrôle demeure toutefois confuse³³⁴. En 1887, Édouard Lafferrière proposait une approche formelle en distinguant les contentieux administratifs de *pleine juridiction*, de *l'annulation*, de *l'interprétation* et de la *répression*³³⁵. Dans ses *Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université égyptienne*, Léon Duguit privilégiait pour sa part une lecture matérielle en assimilant le contentieux administratif aux actes juridictionnels émanant de l'autorité administrative³³⁶.

1119. Fabrice Melleray apporte aujourd'hui une compréhension plus moderne en s'interrogeant d'abord sur l'interprétation finaliste à donner à la notion de contentieux elle-même. À partir de la distinction opérée par Louis Dumont entre *holisme* et *individualisme méthodologique*³³⁷, il considère que l'issue de toute action en justice peut être motivée par deux sortes de finalités. Le juge peut certes choisir d'adopter une posture individualiste visant à satisfaire en priorité les *intérêts du requérant*, mais il peut aussi espérer satisfaire une finalité holiste de *préservation de la totalité sociale*³³⁸. Par cette définition la distinction entre contentieux administratif et contentieux judiciaire perd en netteté³³⁹ mais correspond

³³⁴ LE BOT, Olivier. *Contentieux administratif*. 8^e éd. Bruxelles : Bruylant, 2021. pp. 88-89.

³³⁵ LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Vol. 1. Paris : Berger-Levrault et Cie, 1887. p. 15.

³³⁶ DUGUIT, Léon. *Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*. Paris : De Boccard, 1926. p. 176.

³³⁷ Dans l'introduction de ses *Essais sur l'individualisme*, Louis Dumont propose d'opposer à l'*individualisme méthodologique* des modernes, plaçant les individus humains au centre pour les voir ensuite en société, le *holisme méthodologique*, présenté comme une technique d'analyse héritée de la sociologie durkheimienne, partant du fait que l'homme est un *être social* dont le comportement ne peut être décrit qu'à partir des contingences d'une *société concrète* possédant ses propres *institutions* et ses propres *représentations*. Cf. DUMONT, Louis. *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*. Paris : Seuil, 1991. pp. 11-12. Pour l'approfondissement de la compréhension des paradigmes sur lesquels se fonde le *holisme méthodologique* de Louis Dumont, on renverra bien-sûr aux *Règles de la méthode sociologique* d'Émile Durkheim et à l'*Essai sur le don* de Marcel Mauss. Cf. DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris : Flammarion, 2017 ; MAUSS, Marcel. *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*. Paris : Flammarion, 2021.

³³⁸ MELLERAY, Fabrice. *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*. BOIS DE GAUDUSSON (Du), Jean (dir.). Thèse de doctorat, droit. Bordeaux : Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2000. p. 272.

³³⁹ F. Melleray lui-même reconnaît qu'une action en responsabilité ouverte devant une juridiction administrative correspond à l'*exemple-type* d'une action individualiste, mais des *intérêts publics* sont pourtant *directement et immédiatement* en cause, ce qui ne permet pas d'écarter la possibilité de voir le juge donner une issue holiste au procès. Cf. *Ibid.* p. 283.

mieux à la lecture fonctionnaliste donnée par J. Habermas d'une juridiction administrative vouée à renforcer l'intégration sociale et la socialisation des participants du monde vécu³⁴⁰.

1120. Dans ce qui va suivre, on cherchera à décrire les discussions du constituant sur les formes holistiques du contrôle juridictionnel des activités de l'Administration, et celles relatives aux formes individualistes de ce type de contrôle.

a. Les formes holistes de contrôle juridictionnel de l'Administration

1121. Dans son *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, F. Melleray propose d'identifier trois *principaux caractères procéduraux* permettant de comparer les actions en justice holistes, des actions individualistes.

1122. Le premier concerne la *saisine du juge*. Une action en justice prend une forme holistique lorsque la possibilité de saisir le juge est ouverte *a minima* aux personnes publiques ou dans une plus large mesure à toute personne *sans condition d'intérêt à agir*. Puisque la finalité d'une telle action vise la *protection des intérêts de la totalité sociale*, tout membre de la société en mesure d'assurer cette protection doit être pourvu de la capacité d'intenter une action en justice. Les personnes publiques défendant habituellement ces intérêts ou tout membre de la collectivité soucieux de la protection de ses droits collectifs seraient donc légitimes pour se prévaloir d'une atteinte à l'intérêt général³⁴¹.

1123. Le deuxième caractère est relatif au déroulement de l'instance. L'un des éléments distinctifs des recours holistes et individualistes concerne la forme de la procédure d'investigation. Dans une action holiste, la procédure est *inquisitoriale*, il appartient au juge de mener les débats et de diriger l'instruction, dans la mesure où le recours en justice ne vise pas à satisfaire le seul intérêt du requérant, mais celui de la société dans son ensemble³⁴².

1124. Le troisième élément de comparaison s'observe lors du prononcé de la décision du juge. À la différence des actions individualistes, les recours holistes sont systématiquement revêtus de l'autorité de la chose jugée dès lors que *les conclusions du requérant sont accueillies favorablement par le juge*. L'action étant intentée au profit de la communauté, une décision favorable du juge ne saurait être

³⁴⁰ La distinction entre intégration sociale et socialisation des participants du monde vécu a déjà pu être abordée en amont de cette thèse. On pourra toutefois rappeler ici deux passages du second tome de la *Théorie de l'agir communicationnel*, dans lesquels J. Habermas considère que « *la socialisation des participants d'un monde vécu donne l'assurance que de nouvelles situations surgissant dans la dimension du temps historique sont rattachées aux conditions du monde existantes* », et que « *l'intégration sociale du monde vécu donne l'assurance que de nouvelles situations émergent dans la dimension de l'espace social sont rattachées aux conditions du monde existantes* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/2*. Op. cit. p. 155.

³⁴¹ MELLERAY, Fabrice. *Essai sur la structure du contentieux administratif français...* Op. cit. p. 289.

³⁴² *Ibid.* pp. 291-292.

applicable pour le seul cas d'espèce soulevé par le requérant. Le jugement sera au contraire *opposable à tous ses membres et invocable par eux*³⁴³.

1125. La volonté d'inscrire dans la Constitution la possibilité d'un recours administratif de forme holistique se perçoit dans l'intention du constituant argentin d'introduire à l'article 43 du texte de 1994 le recours d'*amparo*³⁴⁴. Consacré depuis longtemps par la législation fédérale³⁴⁵, ce mécanisme permet d'intenter une action en justice contre tout acte ou omission administratifs susceptible de porter préjudice de manière manifestement illégale aux droits et libertés reconnus par la Constitution. Ouvert non seulement aux personnes ayant un intérêt à agir, mais aussi au *Défenseur du Peuple* et aux *associations de protection de ces droits*, ce recours peut aboutir à une *déclaration d'inconstitutionnalité de la loi sur laquelle repose l'acte ou l'omission contesté*³⁴⁶.

1126. Bien que certains membres de la Convention aient pu réclamer de ne pas réduire l'accès à ce recours aux seuls individus concernés et à quelques institutions³⁴⁷, on retrouve néanmoins ici toutes les caractéristiques du recours holiste tel que défini par F. Melleray. Cet *amparo collectif*³⁴⁸ est en effet ouvert à un large public, suppose une démarche inquisitoriale du juge pour questionner la constitutionnalité de la loi sur laquelle l'Administration fonde son action ou son omission, et emporte des conséquences définitives en ce que la loi devra être amendée ou disparaître en cas de déclaration d'inconstitutionnalité formulée par le juge.

b. Les formes individualistes de contrôle juridictionnel de l'Administration

1127. De la même manière que pour les recours holistes, les actions en justice de forme individualiste peuvent être décrites en s'intéressant successivement à la saisine du juge, au déroulement de l'instance, et à la portée des décisions.

1128. En matière de saisine, la satisfaction des intérêts individuels auxquels prétendent les requérants ne permet pas de justifier l'ouverture du recours à un large public. L'accès au juge, doit au contraire être

³⁴³ *Ibid.* pp. 293-294.

³⁴⁴ *Cf. Infra.* n° 965.

³⁴⁵ D'abord reconnue par le juge dans une décision de 1957, l'action d'*amparo* sera consacrée par la loi n°16.986 du 20 octobre 1966. *Cf.* NATALE, Alberto A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Op. cit.* p. 222.

³⁴⁶ MEILI, Stephen. Cause lawyering et justice collective : l'exemple de l'*amparo colectivo* en Argentine. *Droit et société.* 2003, Vol. 55, n° 3, p. 662.

³⁴⁷ On pense notamment aux propos tenus par le représentant à la Convention J.-P. Cafiero qui, lors du débat relatif à la rédaction de l'article 43, regrettait que ne soient pas incluses dans le texte l'ensemble des garanties consacrées par la loi du 20 octobre 1966. *Cf.* CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 30^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* pp. 4154-4155.

³⁴⁸ L'expression est empruntée à D. Sabsay. *Cf.* SABSAY, Daniel A. El "amparo colectivo" consagrado por la reforma constitucional del 1994... *Op. cit.* p. 387.

relativement fermé et n'être réservé qu'aux personnes ayant subi, ou estimant avoir subi, une atteinte à leurs intérêts personnels. Concernant le déroulement de l'instance, la procédure n'est plus *inquisitoriale* mais *accusatoire*. L'objet de la requête n'étant plus de satisfaire l'intérêt général mais une volonté particulière, le juge ne coopère pas à l'instruction et c'est aux parties elles-mêmes d'apporter la preuve d'une atteinte à leurs intérêts respectifs. Enfin, la portée des décisions du juge elle-même diffère selon que l'on privilégie un recours holiste ou individualiste. Si l'on comprend aisément que l'on puisse reconnaître aux décisions holistes prises dans l'intérêt de tous, l'autorité absolue de la chose jugée, on comprend aussi qu'une telle autorité ne puisse être reconnue aux jugements individuels. Pour F. Melleray, refuser cela permet en effet de protéger les intérêts de la collectivité en gardant la possibilité de contester à nouveau l'agissement en cause dont la licéité n'est jamais tout à fait certaine³⁴⁹.

1129. De telles actions en justice se retrouvent aussi à l'article 43 de la Constitution argentine à travers les recours d'*habeas corpus* et d'*habeas data*. Le premier, équivalent argentin du *référé liberté*³⁵⁰, traduit la volonté du constituant de permettre une saisine immédiate du juge par la victime ou par un tiers, y compris en cas d'état de siège, pour toute atteinte grave à sa liberté physique, à sa liberté de circulation³⁵¹ ou à ses conditions de détention³⁵². Quant au second, l'intention du constituant est de favoriser la protection d'un droit à *l'autodétermination informative*³⁵³ pour garantir aux individus la possibilité de consulter les bases de données de tout organisme public ou privé disposant d'informations les concernant afin d'en demander, le cas échéant, la *suppression*, la *correction* ou l'*actualisation*³⁵⁴.

³⁴⁹ MELLERAY, Fabrice. *Essai sur la structure du contentieux administratif français...* *Op. cit.* pp. 288-294.

³⁵⁰ STIRN, Bernard. *Ordre public et libertés publiques. Archives de philosophie du droit.* 2015, Vol. 1, n° 58, p. 13.

³⁵¹ Sur ce point précis, l'article 43 attache la plus grande importance à prévoir la possibilité d'intenter un recours en *habeas corpus* en cas de *disparition forcée* des personnes. On percevra à travers cette rédaction, le tragique témoignage des dizaines de milliers de personnes disparues durant la dernière dictature. Cf. MANDLER, John P. *Habeas Corpus and the protection of Human Rights in Argentina. Yale Journal of International Law.* 1991, Vol. 1, n° 16, pp. 3-4.

³⁵² Cette intention se perçoit notamment dans le discours de la représentante justicialiste à la Convention pour la province de Buenos Aires Hilda N. Ancarani qui voit dans l'*habeas corpus* une garantie fondamentale de la liberté physique et de la liberté de mouvement, et fait de ce recours « *l'authentique pilier sur lequel repose l'ensemble des droits et garanties consacrés par la Constitution, la législation et les traités internationaux* » [nous traduisons]. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4075. Dans un article sur le recours en *habeas corpus* en Amérique latine, Domingo García Belaunde montre qu'en Argentine, cette action en justice est essentiellement utilisée en cas de conscription illégale, d'internement ou d'hospitalisation forcée, d'arrestation non prévue par la loi, ainsi que concernant l'expulsion des étrangers ou le refus opposé aux personnes d'entrer sur le territoire. Cf. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El Habeas Corpus en América latina (algunos problemas y tendencias recientes).* *Revista de estudios políticos.* 1997, n° 97, p. 110.

³⁵³ On emprunte ici la formule à Javier M. Ayala. Cf. AYALA, Javier M. *La Reforma Constitucional de 1994. Op. cit.* p. 65.

³⁵⁴ On pourra à ce titre se reporter au discours, déjà mentionné plus haut, du représentant Francisco J. Delich, lors de la trentième réunion de la Convention constituante. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 30^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4108.

1130. Par ces caractéristiques, ces deux types d'action en justice se rapprochent de la définition donnée par F. Melleray d'un recours holiste. Chacune d'elle ne peut être intentée que par les personnes directement victimes d'une atteinte à leur liberté ou par un public restreint capable de faire valoir ses droits³⁵⁵. La procédure de l'habeas data est accusatoire et suppose que le requérant apporte la preuve d'une atteinte à ses données personnelles. Celle de l'habeas corpus demeure inquisitoriale, mais comme pour l'habeas data, la décision du juge reste dans tous les cas dépourvue d'autorité de la chose jugée, ses effets n'étant limités qu'aux strictes contingences du cas d'espèce.

1131. Ainsi, à travers ce second point de développement, on aura compris que le contrôle du respect des compétences normatives de l'Administration passe par la mise en place d'outils constitutionnels permettant aux requérants de faire valoir à la fois leurs intérêts propres et ceux de la communauté dans son ensemble. Ces outils prennent par exemple la forme holiste d'un recours d'amparo destiné à prévenir les atteintes d'un acte ou d'une omission administratifs portant préjudice aux droits collectifs de la collectivité, mais peuvent aussi prendre une forme individualiste à travers les recours d'habeas corpus ou d'habeas data destinés à protéger les droits et libertés des individus.

1132. De manière plus générale, ce premier paragraphe aura donc permis de montrer que le juge exerce une fonction de premier plan à la fois dans le contrôle de l'exécution des prérogatives administratives, mais aussi dans celui de l'encadrement de ses compétences normatives. On cherchera à présent à montrer que les juridictions judiciaires se voient investies d'une responsabilité analogue pour limiter la volonté d'émancipation du pouvoir social.

B. LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES, AUTORITÉS DE PRÉVENTION DES TENTATIVES ORDINAIRES D'ÉMANCIPATION DU POUVOIR SOCIAL

1133. En 1980, dans les pages de sa célèbre théorie du contrôle judiciaire, John H. Ely affirmait que « *le premier souci du contrôle judiciaire devrait être de débloquer les dysfonctionnements du processus démocratique* » [traduction de R. Rochlitz]³⁵⁶. Adoptant une conception *paternaliste* de l'appareil judiciaire, Ely partait de l'idée qu'en étant systématiquement soumis aux luttes de pouvoirs et aux manifestations émotionnelles de l'opinion publique, le législateur promulguait la plupart du temps des lois

³⁵⁵ Sur ce point, Oscar Pucinelli souligne à juste titre qu'en matière d'*habeas data*, la possibilité d'intenter un recours devant le juge demeure en réalité beaucoup plus large. Cf. PUCCINELLI, Oscar Raúl. El Hábeas Data a veinte años de su incorporación en la Constitución argentina. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. 2015, n° 13, p. 23. Néanmoins, cette action en justice n'est jamais intentée au nom de la collectivité mais seulement pour un sujet particulier.

³⁵⁶ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Cambridge : Harvard University Press, 1980. p. 117.

irrationnelles et discriminatoires, et il appartenait dès lors au juge d'apporter les correctifs nécessaires pour dépasser les problèmes inhérents au processus démocratique de législation³⁵⁷. Ainsi pour Ely, les juges, en particulier ceux des cours constitutionnelles, sont tout à fait légitimes pour créer du droit, en raison non seulement de leur distance à l'égard de la politique, mais aussi par la rationalité supérieure des débats professionnels qui les caractérisent³⁵⁸.

1134. J. Habermas pour sa part n'adhère que partiellement à cette théorie. S'il admet que le juge puisse avoir une influence dans la correction des problèmes d'intégration sociale des membres de la société, il se distancie toutefois de la pensée d'Ely postulant que la rationalité du juge serait supérieure à celle du législateur dans la formulation des textes de loi. Rien selon lui, ne permet en effet de penser que « *les principes qui fondent la force de légitimation aussi bien de l'organisation que de la procédure régissant la formation de la volonté démocratique, ne seraient pas assez informatifs et devrait être remplacés par une théorie substantielle des droits* »³⁵⁹. Puisque dans l'esprit de J. Habermas, le juge n'apparaît que comme un collaborateur de l'ouvrage législatif, c'est au perfectionnement procédural de ses activités que doit d'abord œuvrer le constituant.

1135. La thèse de Caroline Malpel-Bouyjou sur *L'office du juge judiciaire* est à cet égard fort intéressante en ce qu'elle permet de distinguer entre office juridictionnel et office jurisprudentiel du juge judiciaire : « *le juge, explique-t-elle, dit le droit lorsqu'il édicte la norme juridictionnelle qui constituera le dispositif du jugement. Mais le juge dit aussi le droit lorsqu'il crée lui-même la règle de droit applicable à l'espèce jugée, et c'est à cette occasion que ce dernier sera conduit à exercer sa fonction jurisprudentielle* »³⁶⁰. Cette distinction présente l'avantage d'appréhender d'un seul coup *tous les cas possibles* de l'intervention du juge judiciaire, celui-ci étant d'ordinaire tenu de dire le droit applicable, mais pouvant, dans les situations les plus complexes remplir un véritable office jurisprudentiel.

1136. Dans ce paragraphe, on cherchera donc à montrer comment le constituant peut agir de manière à renforcer les mécanismes procéduraux de cette double prérogative du juge judiciaire.

³⁵⁷ TRIBE, Laurence H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *The Yale Law Journal*. 1980, Vol. 89, n° 6, p. 1063.

³⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 289.

³⁵⁹ *Ibid.* Par théorie substantielle des droits, J. Habermas comprend une procédure juridictionnelle dans laquelle le juge serait à même de corriger les écueils de la procédure démocratique de législation par l'interprétation de principes directeurs tenus pour légitimes, sans que ne soit questionnés les fondements axiologiques de leur légitimation. Cf. RICHARDS, David A. J. Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law. *Ohio State Law Journal*. 1981, Vol. 42, n° 1, pp. 319-334. Là réside selon J. Habermas, le paradoxe intenable de la théorie d'Ely.

³⁶⁰ MALPEL-BOUYJOU, Caroline. *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*. LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie (dir.). Thèse de doctorat, droit. Pau : Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012. p. 8.

1. Les discours sur l'office juridictionnel du juge judiciaire

1137. En 1992, dans un court article qu'il publiait à la revue *Esprit*, Paul Ricœur s'intéressait au rôle structurant de la justice comme alternative à la violence au sein de l'État de droit³⁶¹. Reprenant les propos tenus par Eric Weil dans l'introduction de sa *Logique de la philosophie*³⁶², Ricœur voyait dans le procès le triomphe du *discours contre la violence*, c'est-à-dire une issue discursive au conflit qui sans cela ne trouverait d'exutoire que dans une expression de violence.

1138. On comprend mieux dès lors qu'au sein de l'État de droit, le juge ne puisse se soustraire à ses obligations de rendre justice. Dénier cela, ce serait priver les parties de l'alternative de la discussion en leur ôtant toute possibilité d'assurer autrement que par leurs propres moyens, le respect de leur *sécurité*, de leurs *biens* et de leurs *droits*³⁶³. Pour Charles Leben, le juge doit donc dire le droit, trouver la *bonne* norme applicable au cas d'espèce sans succomber aux facilités d'un *nihilisme interprétatif, cauchemar réaliste* selon Hart³⁶⁴, où seule prévaudrait l'arbitraire des juridictions³⁶⁵. Reste que cette tâche n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés pratiques, notamment en raison d'une technicisation croissante des problèmes de droit soumis au juge³⁶⁶.

1139. À la suite de ces remarques liminaires, il n'est donc pas incohérent de considérer que les discussions du constituant relatives à l'amélioration de l'office juridictionnel du juge judiciaire peuvent prendre deux directions. La première correspond à l'amélioration de l'indépendance du juge pour renforcer la qualité de l'attribution de la justice. La seconde concerne la spécialisation de son office, afin de réduire les aléas de l'arbitraire ou l'abandon aux experts de l'autorité des décisions. Ces deux aspects feront donc l'objet des analyses à venir.

a. L'enjeu d'indépendance de la justice

1140. *Qu'est-ce que juger ?* Pour D. Rousseau l'activité ne peut pas être réduite à un acte citoyen de stabilisation de l'État de droit. La fonction de juger est d'abord une *profession* sur lequel repose un savoir, la connaissance du droit, et une compétence, l'application de la loi³⁶⁷. Dire la loi, c'est donc aussi exercer

³⁶¹ RICŒUR, Paul. L'acte de juger. *Esprit*. 1992, Vol. 7, n° 183, pp. 20-25.

³⁶² WEIL, Eric. *Logique de la philosophie*. 2^e éd. Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 1967. pp. 54-65.

³⁶³ VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au juge*. Paris : Quai Voltaire, 1991. p. 130.

³⁶⁴ HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York : Oxford University Press, 1983. p. 126.

³⁶⁵ LEBEN, Charles. L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique. *Droits*. 2011, Vol. 2, n° 54, pp. 49-80.

³⁶⁶ CHAMPAUD, Claude. Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire. Dans : CORRIGNAN-CARSIN, Danielle, FOURNIER, Georges, LORVELLEC, Louis, et al., *Mélange en l'honneur de Henry Blaise*. Paris : Economica, 1995, p. 66.

³⁶⁷ ROUSSEAU, Dominique. Juger, une profession et un acte citoyen. *Revue Projet*. 2011, Vol. 4, n° 323, p. 18.

une forme de pouvoir que le constituant est tenu de réguler pour prévenir toute forme d'émancipation³⁶⁸. Le levier dont il dispose en ce sens concerne en premier lieu les garanties d'indépendance de la justice.

1141. En 2003, Owen M. Fiss parvenait à proposer une définition complète du *concept d'indépendance judiciaire* en avançant trois éléments de compréhension. Une première lecture consiste à comprendre le terme comme *séparation des parties*. Il s'agit dans ce cas d'apporter les garanties nécessaires à *l'impartialité* du juge vis-à-vis des parties en litige. Une deuxième appréciation concerne *l'autonomie individuelle*. Cet aspect de l'indépendance est plutôt relatif aux relations qu'un juge est susceptible d'entretenir avec d'autres juridictions de même grade ou de niveau supérieur, et aux formes d'influence que peuvent exercer ces dernières sur ses propres activités. Enfin, le troisième axe de réflexion développé par O. Fiss est relatif à *l'insularité politique*. L'indépendance est ici entendue comme la distanciation du juge par rapport aux institutions politiques et à l'opinion publique de manière à former des jugements *justes* et non *politiques*³⁶⁹.

1142. Saisi de la question de l'indépendance des juges, le constituant peut dès lors agir sur ces trois aspects pour réguler le pouvoir des juridictions. Pour G. Negretto, cette intention s'observe par exemple dans la volonté de la Convention constituante argentine de créer un Conseil de la Magistrature capable de *nommer les juges fédéraux* et d'*imposer des sanctions* au pouvoir judiciaire³⁷⁰. Dans un discours du 28 juillet 1994 prononcé lors de la dix-neuvième réunion de la Convention, l'historien et représentant du parti *Acción Chaqueña* pour la province du Chaco Ernesto J. Maeder, avait ainsi appuyé la création de ce Conseil en fustigeant l'incapacité de la justice argentine à s'auto-administrer et en insistant sur la nécessité d'une réforme pour rétablir la confiance citoyenne dans l'appareil judiciaire³⁷¹. Par cette déclaration, E. Maeder entendait agir sur le troisième aspect de l'indépendance dégagé par O. Fiss. En effet, en contribuant à une meilleure administration de la justice, le Conseil de la Magistrature atténue d'une part l'influence de l'exécutif dans la gestion de ses activités³⁷² et préserve d'autre part l'institution judiciaire

³⁶⁸ On pense bien sûr ici au concept de *pouvoir-savoir* développé par M. Foucault qui estimait, dans *Surveiller et punir*, « qu'il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir ». Cf. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris : Gallimard, 1975. p. 32.

³⁶⁹ FISS, Owen M. El grado adecuado de independencia. Dans : BURGOS SILVA, Germán, *Independencia judicial en América latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá : Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2003, pp. 45-47.

³⁷⁰ NEGRETTO, Gabriel. El papel de la Constitución en la nueva democracia argentina. *Revista SAAP*. 2013, Vol. 7, n° 2, p. 301.

³⁷¹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 19ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 28 juillet 1994, p. 2357.

³⁷² Dans un article de 1995 sur *Le pouvoir judiciaire dans la nouvelle démocratie argentine*, Catalina Smulovitz rappelait à ce titre l'influence historique du pouvoir politique sur l'autorité judiciaire. Prenant racine dans les conflits permanents entre le Gouvernement et l'opposition, cette *politisation de la question judiciaire* s'observait notamment dans les nominations et les destitutions de juges variant au gré des évolutions du paysage politique. Cf. SMULOVITZ, Catalina. *El Poder Judicial en la Nueva Democracia Argentina. El Trabajoso Parto de un Actor*.

de la défiance de l'opinion publique vis-à-vis de sa probité. Doté de ces compétences, ce nouvel organe favorise donc *l'insularité* des juges par rapport au pouvoir administratif et au pouvoir social.

b. L'enjeu de spécialisation des juridictions

1143. Les besoins de la société évoluent et avec eux les règles qui les règlementent. Les normes juridiques suivent cette évolution sans toutefois se construire de manière linéaire. Les juges jouent ici un rôle de premier plan dans la création et dans la légitimation des nouvelles règles de droit. Ainsi en est-il par exemple du droit administratif, fruit d'une spécialisation juridictionnelle visant à dépasser le cadre trop étroit des normes du droit civil³⁷³. Ainsi en est-il aussi du droit européen et du droit international dont l'autorité se trouve renforcée par la mutation d'un juge *organe de l'État* en juge d'*exécution des normes extérieures* à celui-ci³⁷⁴. La *technicité* croissante des matières juridiques, explique Michaël Bouru, *influe naturellement sur l'office de jurisdictio du juge*³⁷⁵ et de ces différentes exigences naît la distinction traditionnelle entre les juridictions de droit commun et les juridictions spécialisées³⁷⁶.

1144. Cette préoccupation autour de la technicisation du droit s'observe à la fois dans l'évolution des normes législatives et dans celle des lois constitutionnelles. En Argentine, l'article 41 introduit par la réforme de 1994 reconnaît pour la première fois la valeur constitutionnelle de la protection de l'environnement et veille à définir les compétences respectives de l'État fédéral et des provinces pour garantir cette protection. L'article ne prévoit pas la création de juridictions spécialisées en matière de droit environnemental, mais le constituant se préoccupe toutefois de cette question en obligeant la Nation et les provinces à consacrer des dépenses spécifiques en matière de justice environnementale pour permettre aux juges locaux de traiter efficacement les contentieux écologiques sans que cela n'altère leur fonctionnement³⁷⁷. Pour la représentante de la majorité à la Convention et Présidente de la *Commission des Nouveaux droits et garanties* Elva Roulet, cette obligation trouve sa justification dans la nature

Dans : SMULOVITZ, Catalina, SERRAFERO, Mario D. et COLOMBO, Ariel, *Instituciones y reforma política*. Buenos Aires : Grupo Universitario Estudios Políticos, 1995, p. 99.

³⁷³ SEILLER, Bertrand. *Droit administratif/1. Les sources et le juge*. Paris : Flammarion, 2018. p. 25.

³⁷⁴ FRYDMAN, Benoît. Le juge à l'âge global. Le juge et la démocratie. *Op. cit.* p. 63.

³⁷⁵ BOURU, Michaël. *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*. STEICHEN, Pascale (dir.). Thèse de doctorat, droit. Nice : Université Côte d'Azur, 2018. p. 132.

³⁷⁶ MALINVAUD, Philippe. *Introduction à l'étude du droit*. 20^e éd. Paris : LexisNexis, 2020. p. 443. Avec Bruno Petit, on pourra rappeler que « *la juridiction de droit commun est celle qui est en principe compétente en toutes matières et ne cesse de l'être que par l'effet d'un texte attribuant expressément compétence à une autre juridiction [tandis que] les juridictions d'exception sont celles qui ne connaissant que des matières pour lesquelles un texte leur attribue expressément compétence* ». Ces dernières rassemblent notamment, en droit français, le tribunal de commerce, le conseil de prud'hommes, le tribunal paritaire des baux ruraux ou celui des affaires de sécurité sociale. Cf. PETIT, Bruno. *Introduction générale au droit*. Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 2016. pp. 67, 69-70.

³⁷⁷ Le troisième alinéa de l'article 41 de la Constitution argentine dispose en effet qu'il « *appartient à la Nation de dicter les normes relatives aux dépenses minimales de protection [de l'environnement], et aux provinces, celles nécessaires pour les compléter, sans que celles-ci n'altèrent les juridictions locales* » [nous traduisons].

particulière des dommages environnementaux. Prenant exemple de la pollution atmosphérique E. Roulet insiste sur l'importance de disposer à la fois de normes fédérales pour prévenir cette contamination, tout en reconnaissant la compétence de juridictions locales pour traiter des problèmes juridiques générés par cette pollution sur un territoire spécifique³⁷⁸.

1145. Bien que pour certains observateurs, cette rédaction rende les exigences de l'article 41 difficiles à mettre en œuvre au niveau national³⁷⁹, on remarque ici la volonté du constituant de doter l'appareil judiciaire de moyens adéquats pour, à défaut d'autoriser la création de juridictions spécialisées, pouvoir appréhender de la manière la plus efficiente les nouveaux contentieux environnementaux.

1146. Ainsi, à travers ces deux points de développement, on remarquait que les discussions constitutionnelles relatives à l'office de *juridictio* du juge judiciaire cherchent d'une part à préserver l'indépendance des juridictions face aux multiples influences exercées par les sphères de l'espace public politique, et entendent d'autre part contribuer à l'amélioration des techniques juridictionnelles afin d'assimiler la complexité croissante des contentieux provoquée par une technicisation du droit. Dans le point suivant, l'analyse sera portée sur l'objet des discussions constitutionnelles concernant l'office jurisprudentiel rempli par le juge judiciaire.

2. *Les discours sur l'office jurisprudentiel du juge judiciaire*

1147. En 1974, dans sa contribution aux *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Pierre Hébraud considérait le juge comme la parole vivante et le serviteur du droit : « c'est parce que le juge est l'agent de l'application de la loi que la pratique suivie par les juges donne son sens à la loi, en l'interprétant, voire en la modelant ou en la complétant »³⁸⁰. Pour Pierre Bouretz, le juge agit de ce point de vue comme un oracle en se faisant l'interprète en charge d'éclairer l'indétermination de la loi tout en l'appliquant conformément à un idéal du juste³⁸¹. Le juge, explique encore François Rigaux, rend la loi signifiante, la vérité qu'elle renferme se trouvant toujours « *au-delà d'elle et non en deçà, dans la recherche, nécessairement illusoire, des*

³⁷⁸ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 13^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 1611.

³⁷⁹ On renverra à ce titre aux commentaires D. Sabsay sur *La protection de l'environnement dans la Constitution nationale*. Cf. SABSAY, Daniel A. La protección del medio ambiente en la Constitución nacional. *Revista CEJ*. 2005, n° 29, p. 18.

³⁸⁰ HÉBRAUD, Pierre. Le juge et la jurisprudence. Dans : PALLARD, Roger, *Mélanges offerts à Paul Couzinet*. Toulouse : Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 329-372.

³⁸¹ BOURETZ, Pierre. Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge. *Pouvoirs*. 1995, Vol. 2, n° 74, pp. 78-79.

intentions du législateur »³⁸². On retrouve ici l'idée d'un roman à la chaîne³⁸³ où le juge interprète la norme applicable au cas d'espèce à la lumière de sa propre compréhension de la norme initiale et des interprétations doctrinales et jurisprudentielles³⁸⁴ déjà données par le passé.

1148. La sensibilité du constituant à l'égard des questions d'interprétation jurisprudentielle s'exprime une nouvelle fois à travers l'activité du Conseil supérieur de la magistrature. En 2008 par exemple, la révision de la Constitution française reconnaît officiellement à cette institution, outre sa fonction disciplinaire et sa fonction de nomination, une compétence de conseil et d'avis concernant les questions de *déontologie, d'indépendance des magistrats* ou de *fonctionnement de la justice*. Pour Élisabeth Guigou, cette mesure doit ainsi permettre au Conseil supérieur de la magistrature de se réunir en formation plénière afin de discuter des sujets transversaux communs aux magistrats du siège et à ceux du parquet³⁸⁵. Dans son *Essai sur la représentation de l'autorité judiciaire*, Marie-Pierre Lapeyre considère que par cette manœuvre, le constituant offre en réalité la possibilité au Conseil supérieur de la magistrature de dépasser

³⁸² RIGAUX, François. Le juge, ministre du sens. Dans : HAARSCHER, Guy et INGBERG, Léon, *Justice et Argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*. Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 92.

³⁸³ La métaphore du *roman à la chaîne* est développée par Dworkin pour décrire la stratégie d'interprétation du juge. À la manière d'un récit écrit à plusieurs mains, où chaque auteur aurait pour consigne de rédiger un chapitre à tour de rôle pour *aider à la meilleure élaboration possible du roman*, une décision de justice doit selon lui se comprendre comme le résultat d'une série d'interprétations antérieures fournies par les juges et par la doctrine à partir d'une trame normative originale. La réussite de cet exercice suppose cependant de respecter deux dimensions. La première est relative à la *compatibilité* du récit jurisprudentiel avec les récits antérieurs. L'interprétation du texte doit *couler de source* et ne pourra être considérée comme raisonnable qu'à la condition que le juge estime que n'importe quel autre auteur aurait pu écrire *en substance* un texte analogue. La seconde concerne l'*esthétique* du récit dans son ensemble. La jurisprudence, comme le roman, est une œuvre collective dont chaque auteur s'efforce de donner la meilleure version possible. Aussi le juge, s'il hésite entre plusieurs interprétations de la norme, choisira la plus réaliste, c'est-à-dire la plus cohérente avec l'esprit général de l'ouvrage jurisprudentiel. Cf. DWORKIN, Ronald. *L'empire du droit*. *Op. cit.* pp. 250-254.

³⁸⁴ F. Rigaux parle en ce sens de *connivence linguistique entre le législateur, le juge et la doctrine*. Cf. RIGAUX, François. Le juge, ministre du sens. *Op. cit.* p. 92. Avec C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, on pourra ici critiquer les risques d'un choix trop restrictif des discours privilégiés par le juge pour construire son interprétation. L'idée de connivence renvoie en effet à celle d'une intercompréhension tacite entre acteurs appartenant à une même communauté de langage : celle du discours juridique. Or comme le remarquent C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, cette connivence souligne une hiérarchie entre les personnes dépositaires de certains codes linguistiques et celles appartenant à d'autres *structures sociales* : « prenons un exemple très banal : un médecin chargé de lire un rapport financier semble hésiter dans sa lecture entre "milliers" et "millions" de francs : c'est l'indication d'un mépris pour ces questions matérielles, communion avec les membres de l'auditoire qui partagent ce même mépris ». Cf. PERELMAN, Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation - La nouvelle rhétorique*. *Op. cit.* p. 221. Ne prendre en considération que les discours juridiques emporte alors le risque d'une négligence des autres formes d'interprétation non juridiques mais tout aussi légitimes pour construire le récit jurisprudentiel.

³⁸⁵ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIIe législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 163e séance - 2e séance du mercredi 21 mai 2008 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Mai 2008, Vol. 2, n° 36, p. 2290. On remarquera toutefois que la possibilité de réunir le Conseil supérieur de la magistrature ne figurait pas dans le projet initial déposé par le Gouvernement. Cette revendication a été accordée à l'opposition lors des réunions de la Commission des lois constitutionnelles. Elle ne fut pas rejetée en séance plénière. Cf. WARSMANN, Jean-Luc. *Compte rendu. Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. Mercredi 14 mai 2008. Séance de 16h15*. Rapport n°58. Paris : Assemblée nationale, 14 mai 2008. pp. 29-30.

ses prérogatives pour proposer une réflexion autonome à travers l'émission de *communiqués spontanés* et l'extrapolation du *contenu des avis sollicités*³⁸⁶, renforçant de ce fait le risque d'une influence sur l'office jurisprudentiel du juge judiciaire.

1149. Dans le cadre de ce paragraphe, aura donc été étudiée l'influence du constituant sur le rôle joué par les juridictions judiciaires dans la lutte contre l'émancipation du pouvoir social. Cet encadrement de l'autonomie des acteurs de cette sphère autonome de l'espace public politique n'est possible qu'à la condition de permettre au juge d'exercer correctement son office juridictionnel et jurisprudentiel. De ce point de vue, le constituant agit sur l'office juridictionnel du juge judiciaire en cherchant à renforcer l'indépendance des juridictions et en contribuant à la spécialisation des juges compte tenu de la technicisation du droit. De même, le constituant œuvre à l'amélioration de l'office jurisprudentiel du juge en lui fournissant des moyens d'enrichir son interprétation par la création d'institutions à même de le conseiller.

1150. Avec cette analyse s'achève donc l'exposé de l'ouvrage du constituant en matière de régulation des activités juridictionnelles de résolution des problèmes ordinaires d'application des normes de droit. Les juridictions administratives et les juridictions judiciaires agissent ainsi de concert pour réguler, au même titre que le législateur, l'autonomisation du pouvoir administratif et du pouvoir social. Mais il arrive pourtant que certains problèmes juridiques atteignent une complexité telle qu'il soit impossible pour les juridictions ordinaires de trouver une issue raisonnable. Questionner la fondation de la norme elle-même apparaît alors comme la seule solution acceptable pour prévenir l'émancipation des sphères de pouvoir.

§ II. LE TRAITEMENT EXTRAORDINAIRE DES PROBLÈMES DE FONDATION

1151. En 1978, Robert Alexy fait paraître aux éditions Suhrkamp la première édition de sa célèbre *Théorie de l'argumentation juridique*. Il y développe notamment l'idée que « *la rationalité de l'argumentation juridique, dans la mesure où elle se détermine à travers les lois, est constamment fonction de la rationalité de la législation* » et qu'ainsi « *une rationalité non restreinte de la décision présupposerait la rationalité de la législation* » [traduction de C. Bouchindhomme]³⁸⁷. Mais que se passerait-il alors si cette *présupposition de rationalité* n'était pas remplie ? Priver la loi d'une telle

³⁸⁶ LAPEYRE, Marie-Pierre. *Le Conseil supérieur de la magistrature. Essai sur la « représentation » de l'autorité judiciaire*. BIOY, Xavier (dir.). Thèse de doctorat, droit. Toulouse : Université Toulouse 1 Capitole, 2017. pp. 916-917.

³⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima : Palestra editores, 2007. p. 394.

présupposition conduirait en effet à l'effondrement de l'édifice normatif sur lequel fonder la justesse des décisions du juge³⁸⁸. À cela, R. Alexy répond que « *pour parvenir à une théorie de la discussion juridique qui englobe aussi cette condition (de rationalité de la législation), il faudrait étendre la théorie de la discussion universelle, rationnelle et pratique à une théorie de la législation et celle-ci, à son tour, à une théorie normative de la société* » [traduction de C. Bouchindhomme]³⁸⁹. Lorsque la justification déductive de la norme ne suffit plus, c'est donc sur la rationalité de la norme elle-même, sur son caractère *universalisable*, que doit porter l'interrogation du juge³⁹⁰.

1152. Ce juge n'aurait alors d'autre issue que de se référer à des *principes d'arrière-plan*³⁹¹, c'est-à-dire des *commandements d'optimisation* destinés à guider l'interprétation de la règle³⁹². Jusqu'ici similaires, les postures de R. Alexy et de J. Habermas prennent, à ce stade, une orientation différente³⁹³. Pour R. Alexy, règles et principes ne se distinguent pas selon un rapport hiérarchique mais par une différence qualitative. Toute norme, qu'elle soit constitutionnelle, législative ou réglementaire, pourra selon lui appartenir à la catégorie de règle ou de principe³⁹⁴, et il appartiendra au juge de les distinguer. À cela, J. Habermas oppose quatre objections. La première tient d'abord aux *limitations de l'action judiciaire*. Lors du procès, les parties ne s'intéressent pas à la rationalité de la norme mais visent plutôt à faire valoir leurs intérêts devant le juge. Celui-ci cherche alors à *former un verdict impartial* selon sa propre *perspective*, en conciliant les intérêts des parties sans nécessairement questionner la rationalité du droit. La deuxième concerne l'*indétermination de la procédure de discussion*. La procédure juridictionnelle n'a pas pour fonction de questionner la rationalité du droit mais de trouver une issue au procès. Les jugements rendus ne sont donc pas entourés des exigences procédurales adéquates pour avoir la certitude *d'obtenir des décisions qui soient les seules justes*. La troisième est relative à la *fondation des décisions de justice*. Faute de procédure discursive efficiente, le juge est contraint d'*assimiler* la justesse des décisions juridiques à la

³⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 255.

³⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica... Op. cit.* p. 395.

³⁹⁰ GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. *Op. cit.* pp. 272-273.

³⁹¹ L'expression est empruntée à Neil MacCormick dont la posture coïncide sur ce point avec celle de R. Alexy en considérant l'existence de principes d'arrière-plan *toujours disponibles* pour résoudre les difficultés relatives à l'application des règles de droit. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York : Oxford University Press, 1978. pp. xii-xiii.

³⁹² R. Alexy emploie l'expression de *commandements d'optimisation* par opposition à celle de *commandement définitif*. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica... Op. cit.* p. 458. Les premiers, regroupés dans les principes juridiques, sont applicables à *différentes échelles* et disent ce qu'il est *possible* de faire pour trouver une issue satisfaisante à un cas d'espèce déterminé. Les seconds, fixés par les règles, ordonnent ce qui *doit* être fait dans une situation particulière. Cf. CARPENTIER, Mathieu. *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*. KERVEGAN, Jean-François (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013. p. 444.

³⁹³ On retrouvera, dans l'échange accordé par R. Alexy à M. Atienza d'intéressants éclaircissements sur le fondement de cette distinction. Cf. ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa*. 2001, n° 24, p. 676.

³⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2^e éd. São Paulo : Malheiros editores, 2014. p. 91.

validité de ses propres *jugements moraux* sans pouvoir véritablement remettre en cause la rationalité de la norme de droit. La quatrième objection enfin, concerne l'incapacité de R. Alexy à proposer une méthode de *reconstruction rationnelle* du droit en vigueur. Au cours du procès, le juge serait pour ainsi dire, livré à lui-même, seul responsable de la critique de la rationalité de la législation sans disposer d'autres ressources que celles de sa propre interprétation³⁹⁵.

1153. À l'appréciation singulière de la rationalité des normes privilégiée par R. Alexy, J. Habermas oppose la possibilité pour le juge d'opérer une différenciation parallèle *du droit et de la morale intervenant à un niveau post-conventionnel de fondation*³⁹⁶. Une telle exigence ne peut toutefois être placée dans l'exercice de la justice ordinaire, sous peine de se heurter de nouveau aux écueils de la théorie de R. Alexy. C'est donc au juge constitutionnel que J. Habermas attribue la tâche de l'examen de la validité des normes de droit. Seule cette juridiction disposerait selon lui des compétences procédurales requises pour distinguer les discussions morales des discussions normatives, et seule cette juridiction serait ainsi capable de traiter les problèmes de rationalité normative.

1154. Partant de cette intuition, cet ultime développement se proposera donc d'étudier comment le constituant organise la justice constitutionnelle afin de surmonter les problèmes extraordinaires relatifs à

³⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 253-255. Selon J. Habermas, la difficulté à laquelle se retrouve confronté R. Alexy tient d'abord d'un problème de *cohérence*. En refusant d'appréhender l'autorité des principes sur les règles, R. Alexy ne permet en aucun cas de s'assurer de la rationalité de l'interprétation des normes. Plus problématique est encore l'impossibilité *d'ordonner* les principes eux-mêmes au regard d'un principe supérieur relevant du *point de vue moral*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion. Op. cit.* p. 52.

³⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 256. J. Habermas se fonde ici sur la compréhension cognitive-développementale proposée par Lawrence Kohlberg concernant la psychologie du développement moral des personnes au sein de la société. Dans ses *Essais sur le développement moral*, Kohlberg considère que *dans toute culture*, le développement moral des personnes peut être décrit selon six stades successifs obéissant chacun à certaines conventions comportementales admises par la société. Cf. KOHLBERG, Lawrence. *Essays on moral development/2... Op. cit.* p. 286. Les deux premiers stades appartiennent à ce que Kohlberg qualifie de *niveau pré-conventionnel*, c'est-à-dire celui de *la plupart des enfants de moins de neuf ans, de quelques adolescents et de nombreux criminels adultes*. L'individu à ces stades, cherche à soustraire au pouvoir des autorités (stade 1) et ne se laisse guider que par ses propres besoins et ses propres intérêts (stade 2). Les troisième et quatrième stades relèvent du *niveau conventionnel*, la plupart des adultes en font partie. L'individu éprouve ici le besoin d'être une personne bonne pour elle-même et pour les autres, et croit au principe hobbesien de la *règle d'Or* (stade 3), il reconnaît la nécessité de l'institution et en respecte les règles (stade 4). Les deux derniers stades sont ceux du *niveau post-conventionnel* et ne concerneraient qu'une minorité d'adultes. L'individu comprend l'utilité des lois comme le résultat d'un calcul rationnel fait dans l'intérêt de tous (stade 5), et croit en l'existence de principes moraux valides et universels justifiant l'obligation de respect de ces lois (stade 6). Cf. KOHLBERG, Lawrence. *Stades de la moralité et moralisation. L'approche cognitive-développementale*. Dans : BÈGUE, Laurent, BACHLER, Laurent, BLATIER, Catherine, et al., *Psychologie du développement moral. Textes fondamentaux et concepts*. Paris : Dunod, 2013, pp. 133-136. Avec Kohlberg, J. Habermas considère que la capacité à distinguer les *questions de droit* des *questions morales* ne peut être reconnue qu'aux individus ayant atteint le stade ultime de leur développement moral, mais il lui oppose toutefois le fait de ne pas délimiter, dans son stade 6, le domaine d'objets des jugements moraux. Pour J. Habermas cette aporie semble toutefois surmontable par une recherche communicationnelle de la vérité. Cf. HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion. Op. cit.* p. 52. On comprendra dès lors mieux pourquoi le jugement, pour être juste, ne peut s'opérer de manière monologique, mais doit toujours résulter d'une discussion obéissant à une stricte déontologie procédurale.

la fondation des normes de droit. De même que pour les sections antérieures, un premier paragraphe traitera des problématiques spécifiques au pouvoir administratif (A.) tandis qu'un second abordera ceux du pouvoir social (B.).

A. LE JUGE CONSTITUTIONNEL, RESPONSABLE FACE AU RISQUE DE DÉTOURNEMENT DES RAISONS NORMATIVES PAR L'ADMINISTRATION

1155. Dans l'introduction de la première section de ce chapitre, on remarquait que J. Habermas conçoit la relation entre le pouvoir administratif et le droit selon un double rapport³⁹⁷. D'un côté, le droit sert de justification à l'action de l'Administration. Le pouvoir exécutif trouve dans le droit l'*arrière-plan normatif* indispensable à la mise en œuvre légitime de ses programmes. De l'autre, le droit agit aussi comme une limite des possibilités d'émancipation de l'Administration dans l'implémentation de ses prérogatives. Il fixe le cadre dans lequel sera implémenté l'ensemble des programmes conditionnels et finalisés³⁹⁸. Cette relation ambivalente vis-à-vis du système juridique se traduira en pratique par un double mouvement de l'Administration qui entendra d'une part instrumentaliser les normes de droit lui étant favorables, tout en cherchant d'autre part à influencer les pouvoirs législatif et réglementaire dans le processus d'élaboration des programmes qu'elle sera tenue d'exécuter.

1156. De ce point de vue, les problèmes extraordinaires de fondation surviennent dès lors que l'Administration dépasse le cadre constitutionnel de régulation de ses activités ou que son influence sur la législation prend un sens contraire à la Constitution. Dans un cas comme dans l'autre, le juge constitutionnel coopère avec le législateur pour limiter les risques d'une autonomisation illégale de l'Administration. Ce premier paragraphe s'intéressera donc à la manière dont le constituant dote la justice constitutionnelle des moyens utiles à l'encadrement de l'instrumentalisation administrative des normes juridiques, et au contrôle des prétentions normatives formées par l'Administration.

1. Les discours relatifs à l'instrumentalisation administrative des raisons normatives

1157. En 1989, lors de la publication de son article sur *La souveraineté populaire comme procédure*, J. Habermas s'était attaché à préciser l'idée d'une instrumentalisation du droit par l'Administration. Il observait ainsi que « *des raisons normatives justifiant dans le langage juridique les politiques choisies et les*

³⁹⁷ Cf. *Infra*. n°880, 881.

³⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public. *Op. cit.* p. 46.

normes qui ont été posées valent, dans la langue du pouvoir administratif, comme rationalisations rétrospectives de décisions préalablement induites »³⁹⁹. La plupart des normes sur lesquelles l'Administration prend appui pour rationaliser ses décisions relève du domaine législatif. Les programmes conditionnels ou finalisés contenus dans les lois déterminent l'action de l'Administration et les problèmes ordinaires susceptibles de naître de leur exécution sont alors traités par les juridictions administratives. Mais il arrive toutefois que la Constitution représente *en elle-même* une raison normative suffisante pour rationaliser certaines activités de l'Administration, et il appartient dès lors aux juridictions constitutionnelles d'en réguler l'exécution. Le travail du constituant consiste alors à permettre à ces juridictions de circonscrire et de contrôler l'exercice de ces activités.

a. L'encadrement constitutionnel des activités administratives

1158. D'ordinaire, le juge constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la régularité des activités administratives. Cette prérogative, on l'a vu⁴⁰⁰, relève plutôt des juridictions administratives. Il arrive pourtant que ce juge intervienne lorsque l'action de l'Administration ne se trouve pas déterminée par la loi mais directement par la Constitution⁴⁰¹.

1159. En France, ces activités sont rares et concernent en général les actes de gouvernement. Pour Georges Schmitter, il serait toutefois vain d'essayer de donner à ce type d'acte une définition formelle puisque depuis l'arrêt *Prince Napoléon* rendu par le Conseil d'État le 19 février 1875⁴⁰² les mobiles politiques invoqués par l'Administration sont susceptibles d'être écartés⁴⁰³. Le Conseil d'État agit donc au cas par cas pour distinguer les activités administratives des actes de gouvernement. Ces derniers sont empiriquement regroupés par la doctrine selon deux catégories. Les premiers correspondent aux *actes liés à la conduite des relations internationales*. On y retrouve par exemple les *mesures relatives aux droits des étrangers prises en concertation avec les pays étrangers*, la décision de l'ancien Président de la République J. Chirac de *reprenre les essais nucléaires de la France* ou encore le décret de mise en œuvre d'une résolution de l'ONU *imposant un embargo à l'égard de la Libye*. Les seconds sont relatifs aux actes

³⁹⁹ *Ibid.* p. 48.

⁴⁰⁰ Cf. *Infra.* n°944.

⁴⁰¹ STIRN, Bernard. Constitution et droit administratif. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2012, Vol. 4, n° 37, p. 8.

⁴⁰² En 1875, le Conseil d'État juge recevable un recours formé contre une décision ministérielle refusant pour des motifs politiques de rétablir le nom du prince Napoléon Joseph Bonaparte sur la liste des généraux de division. Cf. PUJALTE, Christian et LAMAZE (DE), Édouard. *L'avocat et les juridictions administratives*. Paris : Presses Universitaires de France, 2014. p. 73. Avec l'arrêt *Blanco* (1873) fixant le *régime général de responsabilité de la puissance publique*, l'arrêt *Cames* (1895) posant le *principe de responsabilité sans faute de l'Administration*, et l'arrêt *Cadot* (1889) abandonnant la *théorie du ministre-juge*, l'arrêt *Prince Napoléon* se situe, selon François Monnier, au fondement de la justice administrative moderne. Cf. MONNIER, François. Justice administrative. *Droits*. 2001, Vol. 2, n° 34, p. 111.

⁴⁰³ SCHMITTER, Georges. Étendue et limites du droit au recours juridictionnel. *Revue française de droit constitutionnel*. 2015, Vol. 4, n° 104, p. 951.

propres du chef de l'État et comprennent notamment les *décrets de promulgation des lois*, ceux *soumettant un projet de loi au référendum*, ceux visant la *dissolution de l'Assemblée nationale*, ou encore la décision du Président de la République de recourir à *l'application de l'article 16 de la Constitution*⁴⁰⁴.

1160. L'ambition du juge administratif est ici de renforcer la sécurité juridique en cherchant à identifier, au fil de ses jurisprudences, les actes relevant de sa juridiction de ceux échappant à son contrôle. La plupart étant découverts par le juge, il apparaît compliqué pour le constituant d'anticiper *a priori* les contrôles nécessaires du fait de la spécificité de ces activités⁴⁰⁵. On relèvera toutefois une exception de taille concernant l'application de l'article 16 de la Constitution. Si la rédaction de cet article peut *s'avérer critiquable* explique G. Schmitter, « *c'est parce qu'elle peut avoir pour effet [...] non de limiter mais d'interdire purement et simplement le recours à un juge* »⁴⁰⁶. Dans ce cas précis, le constituant de 1958 semble avoir anticipé l'existence d'un acte de gouvernement avant le juge administratif lui-même. Lors de la présentation de l'avant-projet de Constitution devant le Conseil d'État, certains conseillers, inquiets de possibles dérives autoritaires de l'Administration, avaient notamment réclamé l'institution d'un avis conforme délivré par le Conseil constitutionnel pour permettre au Président de la République d'exercer cette prérogative⁴⁰⁷. La proposition ne sera pas retenue, mais le Conseil constitutionnel devra toutefois être obligatoirement consulté par le chef de l'État avant de mettre en œuvre les dispositions de l'article. Cette obligation sera en outre renforcée par la révision de 2008 instaurant un possible contrôle constitutionnel passés certains délais d'application de l'article⁴⁰⁸.

b. Le contrôle de l'exercice des activités administratives

1161. En 1852, Juan Bautista Alberdi publie les *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*. Ouvrage de référence pour l'élaboration de la Constitution argentine de 1853, le texte dresse une analyse critique de la situation politique, sociale et économique du pays après la chute du dictateur Juan Manuel de Rosas, examine les modèles constitutionnels de nombreux États

⁴⁰⁴ PUJALTE, Christian et LAMAZE (DE), Édouard. *L'avocat et les juridictions administratives*. Paris : Presses Universitaires de France, 2014. pp. 74-75.

⁴⁰⁵ SEILLER, Bertrand. *Droit administratif/1. Les sources et le juge*. Paris : Flammarion, 2018. p. 231.

⁴⁰⁶ SCHMITTER, Georges. Étendue et limites du droit au recours juridictionnel. *Revue française de droit constitutionnel*. 2015, Vol. 4, n° 104, p. 952.

⁴⁰⁷ Cet argument est notamment soutenu par les conseillers d'État Landron et Joint-Lambert lors de l'Assemblée générale des 27 et 28 août 1958. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/3*. *Op. cit.* pp. 324-325.

⁴⁰⁸ Le Conseil constitutionnel pourra être saisi à la demande des parlementaires à l'issue d'un délai de trente jours suivant l'application de l'article. Il pourra en outre s'autosaisir après soixante jours d'application. Cf. FILLON, François et DATI, Rachida. FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République... Op. cit.* p. 4.

américains de l'époque, et propose finalement un projet de texte constitutionnel sur lequel s'appuiera largement la première constitution argentine de 1853.

1162. La question du rôle joué par la Cour suprême dans la protection de l'ouvrage constitutionnel occupe immédiatement une place importante dans la réflexion de l'auteur dont la proposition d'article sur ce point sera reprise dans son intégralité⁴⁰⁹. Pour Alfonso Santiago, cinq fonctions au moins peuvent ainsi être attribuées à la Cour : les deux premières correspondent aux compétences jurisprudentielles et juridictionnelles partagés avec les juges ordinaires, les deux suivantes concernent le contrôle de constitutionnalité et le contrôle des activités administratives de droit commun, la dernière enfin, est une fonction politique⁴¹⁰. À cette ultime fonction A. Santiago associe l'idée de l'existence d'un *contentieux institutionnel*, compris comme une forme particulière de conflit, dépassant les intérêts des parties, où la Cour suprême se verrait attribuer une compétence spéciale pour contrôler la conformité de certaines activités administratives vis-à-vis de la Constitution. Il s'agit en ce sens de maintenir le *caractère limité* du pouvoir de l'Administration pour prévenir les dérives d'une puissance étatique *arbitraire, absolue et omnipotente*⁴¹¹.

1163. On retrouve par exemple cette préoccupation dans l'intention d'Alberdi, elle aussi reprise à l'article 127 de la Constitution en vigueur, de permettre de régler devant la Cour suprême les conflits opposant entre elles les provinces de la Nation argentine afin de décourager toute hostilité susceptible de justifier une intervention armée de l'État pour tentative de *mutinerie* ou de *sédition*⁴¹². L'ambition du constituant est ici de permettre de trouver une issue à une forme singulière de conflits dans lesquels les velléités des administrations provinciales pourraient porter une atteinte directe aux principes républicains contenus dans la Constitution. La Cour suprême, par cette manœuvre, se voit donc autorisée à exercer un contrôle constitutionnel de certaines activités de l'Administration.

⁴⁰⁹ L'article 97 (actuel article 116) de son projet constitutionnel définit le compétence de la Cour suprême ainsi : « il appartient à la Cour suprême et aux tribunaux fédéraux de connaître et de décider des sujets relatifs aux faits régis par la Constitution, par les lois générales de l'État et par les traités conclus avec les nations étrangères ; des sujets relatifs aux ambassadeurs, ou à d'autres agents, ministres et consuls de pays étrangers résidant dans la Confédération, et de la Confédération résidant dans des pays étrangers ; des sujets de l'amirauté ou de la juridiction maritime » [nous traduisons]. Cf. ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*. Buenos Aires : In Octavo, 2012. p. 339.

⁴¹⁰ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema. Dans : SANTIAGO, Alfonso et ÁLVAREZ, Fernando, *Función política de la Corte Suprema. Obra en homenaje al Dr. Julio Oyhanarte*. Buenos Aires : Ábaco austral, 2000, pp. 38-39.

⁴¹¹ *Ibid.* pp. 37, 43-44. Alfonso Santiago identifie en outre trois types de postures que peut adopter la Cour suprême pour résoudre les contentieux institutionnels. La Cour aura ainsi un comportement permissif lorsque, *pour quelque motif que ce soit*, celle-ci n'exerce pas sa fonction de contrôle. Une Cour modérée sera une juridiction exerçant un contrôle adéquat mais restreint des activités de l'Administration. Sera enfin qualifiée d'activiste le comportement de la Cour suprême visant à dépasser la simple fonction de contrôle pour jouer un véritable rôle politique. Cf. *Ibid.* p. 51.

⁴¹² ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*. *Op. cit.* p. 341.

1164. À l'issue de ce premier point de développement, on sera donc parvenus à montrer que la responsabilité du juge constitutionnel, pour faire face aux prétentions émancipatrices de l'Administration survenant à l'occasion de problèmes de fondation, se manifeste en premier lieu par un encadrement et un contrôle des activités administratives directement régies par la Constitution. Le constituant renforce en ce sens les garanties de sécurité juridique en dotant les Cours constitutionnelles de prérogatives juridictionnelles adaptées à ce type d'activité. Pour autant, l'instrumentalisation des normes ne constitue que l'un des dangers observables d'une trop forte autonomisation de l'Administration. Celle-ci concoure aussi à son émancipation en cherchant à influencer directement sur les raisons normatives qui légitiment son action. Ce second aspect devra donc aussi être analysé.

2. Les discours relatifs à la légitimation administrative des raisons normatives

1165. En tant que sphère de pouvoir de l'espace public institutionnalisé, l'Administration bénéficie de moyens de communication privilégiés pour inciter le législateur à l'examen de ses prétentions normatives. On comprend dès lors que le constituant perçoive dans l'exercice déraisonné de ces privilèges un risque sérieux d'émancipation du pouvoir administratif, et c'est encore au juge constitutionnel qu'il confie la tâche d'en réguler les manifestations. Cette régulation sera permise par un double contrôle exercé en amont et en aval de la production législative.

a. L'établissement du contrôle de conformité des projets de loi

1166. En 2004, l'Institut de recherches Carré de Malberg de Strasbourg réunissait plusieurs chercheurs autour de *La notion de « justice constitutionnelle »*. S'interrogeant sur la nature du juge constitutionnel, Pierre Brunet proposait à cette occasion quelques *Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle* : « le juge constitutionnel, estimait-il, se distinguerait doublement des autres juges : par le texte qu'il doit interpréter d'abord [et] par les raisons qui expliquent son existence »⁴¹³.

1167. Pour Friedrich Müller, le texte constitutionnel exerce une *fonction privilégiée* dans l'*entreprise de concrétisation* des normes de droit. Celui-ci produit en général un *effet d'indice* permettant une déduction téléologique de la validité des lois et un *effet de limitation* délimitant l'*étendue de la concrétisation juridiquement régulière*, mais il peut aussi, dans de plus rares cas, créer un *effet de détermination* lorsque le *traitement grammatical* des dispositions constitutionnelles permet de subsumer

⁴¹³ BRUNET, Pierre. Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? *Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle*. Dans : GREWE, Constance, JOUANJAN, Olivier, WACHSMANN, Patrick, et al., *La notion de « justice constitutionnelle »*. Paris : Dalloz, 2005, p. 117.

le sens de la validité des lois⁴¹⁴. Pour autant, la performativité de la Constitution, sa supériorité interprétative vis-à-vis des autres normes du système juridique n'est pas admise *per se*. La hiérarchie normative, lorsqu'elle s'inscrit dans une démarche volontariste de production d'énoncés prescriptifs par le système politique, n'existe que par le biais des institutions qui lui donnent sa consistance. Avec P. Brunet, on estimera donc que *l'entreprise de concrétisation* du droit constitutionnel n'est possible qu'à travers l'activité des juridictions permettant de *justifier* la suprématie de la Constitution sur les autres textes de loi⁴¹⁵.

1168. En France, l'institution du contrôle de constitutionnalité dans le texte de 1958 ne va pourtant pas de soi et la plupart des rédacteurs de l'avant-projet de Constitution manifestent à l'origine une grande hostilité à l'idée de créer une Cour constitutionnelle capable de former un examen de conformité *sur le fond même de la loi*⁴¹⁶. Le Gouvernement, attaché à l'élaboration d'un texte visant à rationaliser les pouvoirs du Parlement, craint en effet qu'à travers l'exercice d'un contrôle approfondi de la validité des lois, le Conseil s'érige en censeur des attentes normatives de l'Administration, limitant ainsi le pouvoir administratif dans ses prérogatives de législation. Le Conseil constitutionnel sera cependant créé mais les constituants de 1958 prendront soin d'en limiter le champ d'action en rejetant par exemple la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité survenant *en aval* du processus législatif et en réservant la possibilité de saisine du Conseil aux Président de la République, aux présidents des assemblées parlementaires⁴¹⁷, et au Premier ministre⁴¹⁸.

⁴¹⁴ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris : Presses Universitaires de France, 1996. pp. 238-239.

⁴¹⁵ « *Ce n'est pas la suprématie de la Constitution qui justifie le contrôle de constitutionnalité mais bien le contrôle de constitutionnalité qui justifie la suprématie de la Constitution* ». Cf. BRUNET, Pierre. Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres... *Op. cit.* p. 124.

⁴¹⁶ BONNET, Julien, ROUSSEAU, Dominique et GAHDOUN, Pierre-Yves. *Droit du contentieux constitutionnel*. 12^e éd. Paris : L.G.D.J - Lextenso, 2020. p. 30. Ainsi en est-il par exemple des propos tenus par le Général De Gaulle ou par le vice-président du Conseil d'État René Cassin fermement opposés à la création d'un tel organe lors de la réunion constitutionnelle du 13 juin 1948, quelques jours avant le début de l'élaboration de l'avant-projet de Constitution. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/1*. *Op. cit.* p. 249.

⁴¹⁷ Ces deux éléments ont notamment été défendus par François Luchaire lors de la réunion du 8 juillet 1958 menée par le groupe de travail œuvrant à l'élaboration de l'avant-projet de Constitution. F. Luchaire s'était alors opposé à la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité exercé par renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, en soulignant les *difficultés pratiques d'une pareille procédure*. Il avait par contre défendu et obtenu que l'idée que le Conseil constitutionnel ne soit pas saisi *conjointement* par le Président de la République et les présidents des assemblées, mais que cette prérogative soit accordée à chacun de manière individuelle. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/1*. *Op. cit.* pp. 382, 384.

⁴¹⁸ Pour un commentaire sur la possibilité offerte au Premier ministre de saisir le Conseil constitutionnel, on se reportera à l'analyse sur l'influence du pouvoir administratif dans la sanction de la loi. Cf. *Infra.* n°1006.

b. L'encadrement de l'activité législative *a posteriori*

1169. L'analyse *a priori* des attentes normatives formulées par l'Administration se trouve toujours limitée par l'impossibilité d'évaluer la validité des lois au regard d'une situation d'espèce. Dans ce cas de figure, la cour constitutionnelle agit par anticipation et examine certaines hypothèses d'application du texte législatif afin d'en contrôler la validité vis-à-vis de la Constitution. Mais le juge n'est pas Hercule et ne peut en aucun cas anticiper l'ensemble des possibilités d'exécution de la norme.

1170. Le caractère imparfait et abstrait de ce contrôle préalable à la promulgation justifie ainsi la mise en place de dispositifs visant à évaluer la validité des prétentions normatives de l'Administration en fonction de cas concrets. Il s'agit, selon J. Habermas, de permettre aux juridictions constitutionnelles de *dénouer « le faisceau de raisons par lesquelles le Législateur légitime [les attentes normatives de l'Administration], afin de les mobiliser pour une décision cohérente, conforme au droit en vigueur, à propos d'un cas concret »*⁴¹⁹. Reste que cette intervention *a posteriori* du juge constitutionnel n'est pas sans soulever certaines difficultés d'ordre politique et juridique. Sur le plan politique d'abord, la mise en place d'un tel contrôle doit faire l'objet d'un strict encadrement procédural sous peine de voir le juge instrumentaliser *à son tour* ses décisions afin d'exercer une influence sur le processus législatif⁴²⁰. Sur le plan juridique ensuite, le constituant est tenu de s'interroger sur les effets qu'une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi seraient susceptibles de produire sur les administrés⁴²¹.

1171. En France, l'intention du constituant de réguler les attentes normatives de l'Administration à travers un tel contrôle de constitutionnalité s'observe à travers l'institution, en 2008, de la question prioritaire de constitutionnalité. La préoccupation pour le dépassement des écueils du *gouvernement des juges* et de *l'insécurité juridique* du fait des lois inconstitutionnelles est largement appréhendée dans les débats constitutionnels⁴²² de l'époque, mais fera toutefois l'objet d'un traitement différent selon les cas. Concernant le premier problème, le constituant choisira de contraindre le législateur à voter une loi organique afin de mettre en place un filtrage préalable des questions soumises au Conseil de manière à garantir le bon fonctionnement de l'institution et à limiter l'étendue des actions contentieuses. Le

⁴¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 285.

⁴²⁰ Pour J. Habermas, le rôle du juge constitutionnel doit ici être strictement limité à la validation ou au rejet des normes législatives. Il ne peut en aucun cas définir les missions du législateur. Cf. *Ibid.* pp. 285-286.

⁴²¹ DUCHARME, Théo. *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*. ROUSSEAU, Dominique (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019. p. 17.

⁴²² On pourra sur ce point se reporter au compte rendu de Jean-Luc Warsmann rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, lors des discussions du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République. Cf. WARSMANN, Jean-Luc. *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la Ve République par M. Jean-Luc Warsmann, Député*. Rapport n°892. Paris : Assemblée nationale, 15 mai 2008. pp. 423-442.

deuxième problème sera quant à lui traité par la voie juridictionnelle, la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait des lois reconnues contraires à la Constitution étant admise par le tribunal administratif de Paris depuis 2017⁴²³.

1172. Ainsi, à la fin de ce premier paragraphe, on pourra montrer que la responsabilité du juge constitutionnel face à la volonté d'émancipation du pouvoir administratif se trouve renforcée par le constituant de deux manières distinctes. La première consiste à faciliter l'encadrement juridictionnel des activités administratives directement régies par la Constitution. Les cours constitutionnelles se voient en ce sens habilitées à circonscrire le champ d'action de l'Administration et à intervenir lors de l'implémentation de ce type de prérogative. La seconde est relative à la régulation de l'influence exercée par l'Administration sur l'activité de législation. Cette influence est alors limitée à travers le contrôle de conformité des lois par rapport à la Constitution en amont et en aval du processus législatif. Mais le juge constitutionnel ne cantonne pas son contrôle à la seule activité de l'Administration. Une grande partie de son office concerne aussi la régulation des problèmes de fondation auxquels se trouve confronté le pouvoir social. L'ultime paragraphe de ce chapitre se proposera donc d'expliquer le rôle du constituant dans le renforcement de cette seconde prérogative.

B. LE JUGE CONSTITUTIONNEL, RESPONSABLE FACE AU RISQUE DE DÉTOURNEMENT DES RAISONS NORMATIVES PAR LE POUVOIR SOCIAL

1173. En 1989, Ingeborg Mauss publiait dans la revue allemande *Rechtstheorie*, un article autour de la séparation du droit et de la morale. S'intéressant notamment à la question de la légitimation du pouvoir politique, il affirmait alors que « *le législateur se légitime à la fois par le respect des conditions procédurales définies par la Constitution et par la volonté actuelle du peuple, antérieure à lui, mais non par de simples lois édictées par lui* » et ajoutait encore que « *seules les instances d'application du droit se légitiment par le simple droit* » [nous traduisons]⁴²⁴.

⁴²³ Dans la thèse qu'il consacre précisément à cette question, Théo Ducharme montre que jusqu'en 2017, la reconnaissance de la responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution était relativement limitée, la possibilité d'action des administrés dépendant jusqu'alors d'une habilitation à agir reconnue expressément par le législateur. Or le 7 février 2017, le tribunal administratif de Paris reconnaît pour la première fois que ce recours doit en réalité être garanti à tout justiciable. Il crée ainsi une voie de droit dont sauront se saisir les administrés pour réclamer réparation. Cf. DUCHARME, Théo. *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*. *Op. cit.* p. 463.

⁴²⁴ MAUSS, Ingeborg. Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts. *Rechtstheorie*. 1989, Vol. 20, n° 2, p. 208.

1174. Cette observation fait écho à la distinction de F. Michelman entre conception *républicaine* et *libérale* de la démocratie⁴²⁵. Au paradigme républicain correspond en effet l'idée que la loi tire sa légitimité de la souveraineté populaire, dont l'expression permettrait de dégager un *intérêt public autonome*⁴²⁶. La politique doit en ce sens être conçue comme la *force réflexive d'un contexte de vie éthique*, c'est-à-dire comme le médium dans lequel les membres des différentes sphères de l'espace public politique « *se rendent compte de ce qu'ils dépendent les uns des autres et, en tant que citoyens, perfectionnent et développent au moyen de leur volonté et de leur conscience les rapports de reconnaissance dans l'état où ils les trouvent* »⁴²⁷. La logique libérale fait quant à elle reposer la légitimité de la loi sur le texte de la Constitution, l'intérêt public étant assimilé à une *somme d'intérêts particulier* ou au *produit* de la procédure législative⁴²⁸. La politique, a alors pour fonction « *de focaliser et de traduire dans les faits les intérêts privés que la société fait valoir vis-à-vis d'un appareil d'État spécialisé dans l'utilisation administrative du pouvoir politique à des fins collectives* »⁴²⁹.

1175. Ces deux approches ne sont pas sans incidence au moment de décrire le rôle joué par le juge constitutionnel dans la régulation des aspirations émancipatrices du pouvoir social. Le constituant lui-même agira de manière distincte selon que l'on se place du point de vue du paradigme républicain ou libéral. On se proposera dès lors d'examiner chacune de ces postures.

1. Les discours sur l'optimisation de la procédure du point de vue du paradigme républicain

1176. Pour J. Habermas, la *conception républicaine de la politique* suppose l'existence d'un *lien interne entre le système des droits et l'autonomie politique des citoyens*. Dans cette perspective, la fonction première des tribunaux constitutionnels consiste à assurer le respect des *procédures délibératives* permettant aux citoyens de s'accorder sur l'élaboration d'un *ordre juridique objectif*⁴³⁰. Pour F.

⁴²⁵ MICHELMAN, Frank I. Conceptions of democracy in american constitutional argument: voting rights. *Op. cit.* p. 446.

⁴²⁶ La notion d'*intérêt public* et les nuances pouvant y être apportées selon la perspective procédurale ou républicaine dans laquelle se place la doctrine, a pu être dégagée par Morton J. Horwitz. Cf. HORWITZ, Morton J. Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought. *William and Mary Law Review*. 1987, Vol. 29, n° 1, pp. 57-74.

⁴²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 292.

⁴²⁸ Dans un travail qu'il réalisait en 1989 sur *les raisons et les intentions du constitutionnalisme américain originaire*, P. Kahn reproduisait un extrait de l'argumentation développée en ce sens par le juge Marshall dans l'affaire *Marbury v. Madison* : « *ce qui fait que les personnes disposent d'un droit original d'établir pour leur futur gouvernement les principes qui, selon leur opinion, conduiront le plus à leur propre bonheur, est la base sur laquelle s'est érigée la société américaine* » [nous traduisons]. Cf. KAHN, Paul W. Reason and will in the origins of American constitutionalism. *Yale Law Journal*. 1989, Vol. 98, n° 3, p. 481.

⁴²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 292.

⁴³⁰ *Ibid.* pp. 294, 298.

Michelman, le juge constitutionnel apparaît ainsi comme un *collaborateur* de l'office de législation⁴³¹. Il est encore, selon M. Troper, un *organe partiel*⁴³² qui « *participe à la formation de la loi de telle manière que celle-ci soit globalement, grâce à son intervention, l'expression de la volonté générale* »⁴³³.

1177. Le constituant dispose de ce point de vue de plusieurs moyens d'action pour renforcer les prérogatives du juge constitutionnel en matière d'optimisation de la procédure législative. On cherche ici à mettre en exergue deux exemples relevant d'une part du contentieux des élections et d'autre part du contrôle des règlements des assemblées parlementaires.

a. Le contentieux des élections

1178. Le contentieux des élections peut être compris comme un moyen d'optimisation de la procédure législative dans la mesure où celui-ci contribue à renforcer la légitimité des représentants du pouvoir social institutionnalisé. En France, cette compétence est dévolue au Conseil constitutionnel⁴³⁴ concernant les élections présidentielles, les élections parlementaires et les procédures de référendums prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV de la Constitution⁴³⁵. Pour autant, le constituant n'a pas toujours accordé la même importance à la mise en œuvre de ce contrôle.

⁴³¹ MICHELMAN, Frank I. *Law's Republic. Op. cit.* p. 1525.

⁴³² Dans un article de 1990, M. Troper emploie l'expression d'*organe partiel* dans son exégèse de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen : « *puisque la loi est l'expression de la volonté générale, ceux qui l'ont faite ont exprimé cette volonté, et ceux qui ont contribué à la faire ont contribué à son expression* ». Cf. TROPER, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie. *Revue française de droit constitutionnel*. 1990, Vol. 1, n° 1, p. 41. On pourra encore trouver un approfondissement de cette réflexion dans l'intervention présentée par M. Troper lors du colloque organisé en 1989 par le Conseil constitutionnel sur *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*. Cf. TROPER, Michel. La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen en 1789. Dans : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*. Paris : Presses Universitaires de France, 1989, pp. 13-24.

⁴³³ TROPER, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie. *Revue française de droit constitutionnel*. 1990, Vol. 1, n° 1, p. 135.

⁴³⁴ On remarquera ici qu'un mécanisme similaire existe aussi en Argentine. Celui-ci n'est toutefois pas prévu par la Constitution mais par la loi. La Chambre nationale électorale veille ainsi à garantir la régularité des scrutins en assurant notamment l'égalité réelle d'opportunité entre les hommes et les femmes et en protégeant le droit des communautés indigènes à bénéficier d'une représentation politique. Cf. DALLA VIA, Albero R. *La participación política y la reforma electoral en Argentina. Justicia electoral*. 2011, Vol. 1, n° 7, pp. 91, 94.

⁴³⁵ Pour B. Maligner, le contrôle exercé par le juge prend en général la forme classique d'un contrôle des opérations électorales. La première prérogative du juge constitutionnel est en ce sens de vérifier l'aptitude des candidats à se présenter et de *garantir la validité de l'élection elle-même*. Selon les dispositions prévues par la Constitution, il s'agit par exemple d'examiner la régularité de l'élection du Président de la République, d'examiner les réclamations faites à ce titre et de proclamer les résultats (art. 58), de statuer sur les contestations relatives à la *régularité de l'élection des députés et des sénateurs* (art. 59), ou de veiller à la régularité des scrutins référendaires nationaux (art. 60). B. Maligner souligne par ailleurs que, depuis le début des années 1990, une prérogative de vérification des finances électorales est progressivement venue enrichir les compétences de contrôle du Conseil constitutionnel. Cette faculté n'est cependant pas reconnue directement par la Constitution, et il faudra attendre la loi organique du 14 avril 2011 pour observer une systématisation de ce type de contrôle. Cf. MALIGNER, Bernard. Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2013, Vol. 4, n° 41, p. 48.

1179. La possibilité de procéder à un examen de la régularité des opérations électorales concernant les scrutins référendaires n'a, par exemple, été reconnue au Conseil constitutionnel qu'à l'occasion des débats sur l'élaboration de la Constitution de 1958. Jusqu'à la fin de la quatrième République en effet, le constituant fait le choix de laisser les parlementaires exercer un *autocontrôle* de leurs activités électorales, mais à partir des années 1950, de graves dérives politiques commencent à affecter la crédibilité des élections⁴³⁶. Pour cette raison, le constituant de 1958 reconnaît la nécessité de prévenir les dérives de cet autocontrôle en confiant plutôt à un organe juridictionnel la responsabilité du contentieux électoral parlementaire. Bien qu'à l'instar de F. Luchaire, certains membres du groupe de travail œuvrant à l'élaboration de l'avant-projet de Constitution aient manifesté quelques réticences à l'égard de confier cette faculté au juge constitutionnel⁴³⁷, c'est à lui que sera attribuée *in fine* l'exercice de cette nouvelle compétence.

1180. Autre illustration notable, l'institution d'un contrôle des opérations de référendum suscite aussi de nombreux débats du constituant concernant la place à accorder au juge constitutionnel⁴³⁸. En 1958, ce dernier s'interroge par exemple sur la portée des décisions du juge et s'inquiète du fait que la Constitution n'autorise pas explicitement la possibilité de pouvoir former *en parallèle* des recours pour excès de pouvoir⁴³⁹. De même, en 2002, les discussions constitutionnelles sur l'organisation décentralisée de la République révèlent la préoccupation du constituant au sujet du manque de clarté de l'article concernant l'objet du contentieux référendaire. Il fera alors modifier la Constitution afin de limiter ce contrôle aux seuls référendums nationaux, réservant ainsi aux juridictions administratives l'examen des recours relatifs aux référendums locaux⁴⁴⁰.

⁴³⁶ On reproduira ici les explications données en ce sens par J.-E. Gicquel : « si en 1951, les règles relatives à l'interprétation de la loi électorale furent appliquées de manière différente selon la couleur politique de l'élu, un seuil dans l'arbitraire fut franchi en 1956 où l'invalidation de onze députés poujadistes, fondée sur les conditions de constitution des listes, entraîna la proclamation de l'élection de leurs adversaires et non l'organisation d'élections partielles. Ce jour-là, l'Assemblée nationale se comporta comme "une assemblée politique, incapable de se soumettre à la loi qu'elle a faite" ». Cf. GICQUEL, Jean-Éric. Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2013, Vol. 1, n° 38, p. 69.

⁴³⁷ F. Luchaire avait notamment pu s'inquiéter du fait que, en raison de sa composition, le Comité constitutionnel ne serait peut-être pas *apte à exercer ce contrôle juridictionnel*. Cf. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/1*. Op. cit. p. 319.

⁴³⁸ Avec P. Blachère, on remarquera en outre que, par ses décisions, le juge constitutionnel contribue lui-même à la définition de son office de contrôle des opérations référendaires. On pensera bien sûr à ce titre à la décision du 6 novembre 1962 par laquelle le Conseil constitutionnel s'était déclaré incompétent pour contrôler la conformité à la Constitution des lois référendaires. Cf. BLACHÈRE, Philippe. Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? *Pouvoirs*. 2003, Vol. 2, n° 105, p. 23.

⁴³⁹ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/2*. Op. cit. p. 73.

⁴⁴⁰ GARREC, René. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur : le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République...* Op. cit. p. 170.

b. Le contrôle des règlements des assemblées

1181. En 2015, dans un article qu'elle consacrait à *La raréfaction des résolutions modifiant les règlements des assemblées*, Sophie de Cacqueray considérait que le pouvoir social institutionnalisé incarné par le législateur disposait de deux moyens pour renforcer son émancipation vis-à-vis des autres sphères de l'espace public. Le premier est exogène et dépend du régime de gouvernement dans lequel évolue le pouvoir législatif. Une Constitution parlementariste sera ainsi considérée plus favorable à un accroissement de l'autonomie de l'autorité de législation qu'une Constitution présidentiale. Le second est endogène et concerne les aménagements opérés par les chambres parlementaires concernant l'organisation de leurs règles de fonctionnement⁴⁴¹. Le règlement intérieur d'une assemblée, explique Eugène Pierre, « est un instrument redoutable au sein des partis ; il a souvent plus d'influence que la Constitution elle-même sur la marche des affaires publiques »⁴⁴².

1182. En France, le constituant de 1958 se préoccupe de cette question en permettant au Conseil constitutionnel de contrôler la conformité à la Constitution des règlements intérieurs des deux assemblées parlementaires avant leur mise en application. Cette possibilité de contrôle n'est toutefois pas immédiatement admise dans l'avant-projet de Constitution, l'article 57 prévoyant, dans sa version initiale, de ne soumettre les règlements au Conseil qu'à la seule *demande du président de l'Assemblée intéressée*⁴⁴³. Sceptique à l'égard de la volonté d'un Président d'assemblée de saisir le Conseil en courant le risque de s'autocensurer, le Comité consultatif constitutionnel avait alors fait remarquer que la conformité des règlements à la Constitution serait mieux garantie en automatisant et en systématisant le contrôle du Conseil à l'issue de toute modification du texte⁴⁴⁴. La version retenue dans la rédaction définitive prendra compte des observations formulées par le Comité consultatif, et l'on observera une

⁴⁴¹ DE CACQUERAY, Sophie. Quand trop de contrôle tue le contrôle : la raréfaction des résolutions modifiant les règlements des assemblées. *Revue française de droit constitutionnel*. 2015, Vol. 2, n° 102, p. 377.

⁴⁴² PIERRE, Eugène. *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*. Paris : Librairies-Imprimeries réunies, 1893. p. 429. La citation est tirée du manuel de *Droit du contentieux constitutionnel* de D. Rousseau, P.-Y. Gadhoun et J. Bonnet. Cf. BONNET, Julien, ROUSSEAU, Dominique et GAHDOUN, Pierre-Yves. *Droit du contentieux constitutionnel*. *Op. cit.* p. 35. À titre d'illustration, on pourra se reporter à l'article d'Henri Jozefowicz relatif à la réforme des règlements intérieurs des assemblées parlementaires françaises de mai et juin 2009. H. Jozefowicz montre en effet que cette réforme accompagne une large réorganisation des assemblées concernant à la fois leur *fonctionnement*, l'amélioration des *discussions* et le renforcement de la *fonction de contrôle* du Parlement. Cf. JOZEFOWICZ, Henri. La réforme des règlements des assemblées parlementaires : entre impératifs constitutionnels, amélioration du débat et ouverture au pluralisme. *Revue française de droit constitutionnel*. 2010, Vol. 2, n° 2, p. 330.

⁴⁴³ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/1*. p. 512.

⁴⁴⁴ *Ibid.* p. 534.

réduction drastique des initiatives de réforme en comparaison à celles advenues sous la troisième et la quatrième République⁴⁴⁵.

1183. Ainsi, du point de vue du paradigme républicain, les discussions sur le rôle du juge constitutionnel dans la régulation des aspirations émancipatrices du pouvoir social concernent l'ensemble des outils permettant d'encadrer la procédure de production des normes législatives. L'analyse de certains exemples tirés de la Constitution française a en effet pu montrer que le constituant s'attache notamment à renforcer le contrôle du Conseil constitutionnel en matière de contentieux des élections, de manière à s'assurer de la légitimité des représentants du pouvoir social institutionnalisé, ou du respect de la procédure référendaire d'adoption des lois. De même, le Conseil se voit doté d'une prérogative de contrôle de la conformité des règlements des assemblées pour limiter les risques d'une trop forte autonomisation du pouvoir législatif. Il conviendra à présent de rendre compte du comportement du constituant du point de vue du paradigme libéral.

2. *Les discours sur l'optimisation de la norme du point de vue du paradigme libéral*

1184. En 1998, dans une thèse traitant de la relation entre contrôle de constitutionnalité et volonté générale, Philippe Blachère s'intéressait à un *obiter dictum* tiré d'une décision du Conseil constitutionnel français du 23 août 1985 dans lequel le juge affirmait que « *la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* ». La thèse partait du constat qu'en droit français, « *si la loi votée doit respecter la Constitution pour être réputée exprimer la volonté générale, cela implique que la loi votée peut ne pas exprimer la volonté générale, que la volonté du législateur peut "errer"* »⁴⁴⁶. On trouvera ici une illustration éloquente du paradigme libéral mis en lumière par F. Michelman : l'expression législative de la volonté générale est réduite à sa dimension strictement procédurale, les raisons normatives incarnant cette volonté n'acquérant leur validité que dans le respect de la déontologie constitutionnelle⁴⁴⁷.

1185. La Constitution apparaît ici comme le cadre à l'intérieur duquel les individus peuvent se faire concurrence pour prétendre au respect de leurs intérêts individuels, et le constituant veille alors à ce que

⁴⁴⁵ S. de Cacqueray rapporte en ce sens que, en l'absence de tout contrôle de conformité des règlements vis-à-vis de la Constitution, le règlement de la Chambre des députés fut modifié à soixante-quinze reprises sous la troisième République, soit environ *une modification par an*. De même, sous la quatrième République, l'Assemblée nationale a amendé son règlement à vingt-sept occasions, soit *une moyenne de 2,2 modifications chaque année*. Entre 1959 et 1999 en revanche, seulement vingt-huit résolutions seront votées, soit à peine 0,7 modification par an au cours des quarante premières années de la cinquième République. Cf. DE CACQUERAY, Sophie. Quand trop de contrôle tue le contrôle : la raréfaction des résolutions modifiant les règlements des assemblées. *Op. cit.* p. 378.

⁴⁴⁶ BLACHÈRE, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*. « *La loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* ». ROUSSEAU, Dominique (dir.). Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier 1, 1998. p. 12.

⁴⁴⁷ HORWITZ, Morton J. Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought. *Op. cit.* p. 68.

le juge constitutionnel examine les critiques formulées par les représentants du pouvoir social concernant la validité des dispositions législatives vis-à-vis de la Constitution. Lorsque ces critiques sont adressées par les représentants du pouvoir social institutionnalisés, le juge accompagne le législateur dans la *construction* des raisons normatives sur lesquelles se fonde l'autorité de la loi. Mais il arrive aussi qu'au cours d'une instance de jugement, ces critiques puissent être formulées par des représentants du pouvoir social autonome contraints de se soumettre à l'application de la loi. La cour constitutionnelle opère alors une *reconstruction* des raisons normatives à l'aune des spécificités des problèmes juridiques posés lors du procès. Ces deux aspects feront l'objet de cet ultime point de développement.

a. Le traitement constructif des raisons normatives

1186. Dans l'esprit de J. Habermas, le traitement constructif des raisons normatives correspond à un contrôle de la constitutionnalité des normes abstraites, c'est-à-dire au traitement hypothétique de prescriptions juridiques indéterminées intervenant en amont de toute subjectivisation juridictionnelle⁴⁴⁸. Avec R. Alexy⁴⁴⁹, J. Habermas s'interroge dès lors sur la nature de l'institution à même de réaliser un tel contrôle. Tous deux se distancient de l'historique controversé doctrinale opposant C. Schmitt à H. Kelsen attribuant au chef de l'État ou aux juridictions constitutionnelles le rôle de gardien de la Constitution, pour privilégier l'idée d'un autocontrôle du législateur préalable à l'application des normes. L'argumentation de J. Habermas à ce sujet peut être décrite en deux temps.

1187. En premier lieu, il rejoint Kelsen contre l'idée de C. Schmitt de faire du chef de l'État le gardien de la Constitution. Critique du volontarisme politique de la justice constitutionnelle, et de la passivité d'une juridiction intervenant toujours *après la réalisation d'une menace sur la Constitution*, C. Schmitt considère que le juge manque de légitimité pour juger de la conformité des lois à la Constitution⁴⁵⁰. Il estime dès lors que le Président du Reich, élu par le peuple et doté des compétences suffisantes pour s'opposer au pouvoir législatif, doit être considéré comme une institution indépendante, à même de régler les conflits relatifs à la Constitution⁴⁵¹. À cela, Kelsen oppose l'idée qu'au contraire, compte tenu de *l'antagonisme permanent* entre le Parlement et le Gouvernement, le chef de l'État ne peut pas assurer

⁴⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 264.

⁴⁴⁹ On se référera ici aux développements de R. Alexy concernant le conflit de compétences entre le juge constitutionnel et le législateur dans le contrôle abstrait des dispositions législatives par rapport à la Constitution. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit. pp. 544-547.

⁴⁵⁰ LE DIVELLEC, Armel. Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse. Dans : BEAUD, Olivier et PASQUINO, Pasquale, *La controverse sur « le gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt. Der Weimarer Streit um den Hüter der Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit. Kelsen gegen Schmitt*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2007, pp. 40-49.

⁴⁵¹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2^e éd. Madrid : Tecnos, 1998. pp. 236-251.

correctement sa mission de gardien de la Constitution, et il convient alors de faire intervenir une *troisième instance*, indépendante à « *l'exercice du pouvoir, que la Constitution partage essentiellement entre le Parlement et le Gouvernement* »⁴⁵².

1188. J. Habermas partage avec Kelsen l'intuition que par son raisonnement, C. Schmitt inverse *le sens de la séparation des pouvoirs* régissant le fonctionnement de tout État de droit démocratique⁴⁵³, mais il ne voit pas pourquoi le juge devrait être considéré plus compétent que le législateur pour régler les problèmes de validité de la loi. Les tribunaux en effet, ont d'abord pour fonction *d'appliquer* le droit en se fondant sur les raisons normatives formulées par le législateur, mais c'est bien à ce dernier et non au juge que revient la tâche de s'assurer que ces raisons coïncident avec les principes contenus dans la Constitution. Il n'est donc selon lui, *pas tout à fait aberrant* de confier au législateur la fonction de contrôle des normes abstraites, quand bien même celle-ci serait organisée *selon la forme d'une procédure de type judiciaire*⁴⁵⁴.

1189. Reste que dans les faits, l'autocontrôle législatif n'est pas toujours reconnu, et c'est souvent au juge constitutionnel que le constituant confie la tâche de l'examen de conformité à la Constitution des lois produites par le pouvoir social institutionnalisé. À défaut de pouvoir exercer lui-même cet autocontrôle, le législateur peut toutefois bénéficier d'aménagements afin d'être en mesure de demander lui-même l'intervention du juge. Ainsi en est-il notamment du droit français, où le constituant de 1974, à l'occasion d'une révision de la Constitution visant à l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou soixante sénateurs, rend désormais possible l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires sur demande d'un nombre significatif de parlementaires⁴⁵⁵.

b. Le traitement reconstitutif des raisons normatives

1190. Par traitement reconstitutif des raisons normatives, J. Habermas fait référence au contrôle exercé par les cours constitutionnelles sur les normes concrètes, c'est-à-dire au traitement des « *cas dans lesquels les tribunaux d'instance suspendent une procédure, pour demander, à propos d'un cas concret, une décision quant à la constitutionnalité d'une norme qu'il s'agit d'appliquer* »⁴⁵⁶. On aura ici reconnu l'idée

⁴⁵² KELSEN, Hans. *Qui doit être gardien de la Constitution ?* Paris : Michel Houdiard, 2006. pp. 98-99.

⁴⁵³ « *Du point de vue de la théorie de la discussion, explique-t-il, la logique de la séparation des pouvoirs requiert que l'entrecroisement des pouvoirs étatiques soit asymétrique ; en effet, l'exécutif, qui ne doit pas disposer des raisons normatives sur lesquelles reposent la Législation et la Justice, relève dans son activité à la fois du contrôle parlementaire et du contrôle judiciaire* ». Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 264.

⁴⁵⁴ *Ibid.* p. 265.

⁴⁵⁵ L'enjeu pour le constituant est double. D'une part, celui-ci renforce la possibilité de contrôle constitutionnel des lois ordinaires. D'autre part, il agit de manière à permettre à une *minorité importante* de l'une des deux Assemblées d'exercer ce droit de contrôle. Cf. CHIRAC, Jacques et LECANUET, Jean. *Projet de loi constitutionnelle portant révision de l'article 61 de la Constitution*. Op. cit. p. 2.

⁴⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 263.

d'un contrôle *a posteriori* mis à disposition des acteurs du pouvoir social autonome intervenant à l'occasion d'une action contentieuse portée devant une juridiction⁴⁵⁷.

1191. En Argentine, à la suite de nombreuses années de mise en œuvre législative⁴⁵⁸, le constituant de 1994 décide d'intégrer ce mécanisme à l'article 43 de la Constitution. Depuis l'analyse du recours d'*amparo* proposée plus en amont de cette thèse⁴⁵⁹, on sait que le premier alinéa de l'article permet à toute personne s'estimant lésée par l'Administration dans l'exercice de ses droits individuels de réclamer la suspension juridictionnelle de l'acte ou de l'omission administratif lui causant préjudice⁴⁶⁰. Mais au-delà de sa faculté de contraindre l'Administration à modifier son action, le constituant entend doter le juge de la capacité à se prononcer, à la demande du requérant, sur l'inconstitutionnalité de la norme sur laquelle repose cette activité⁴⁶¹. Dans ces conditions, la juridiction peut saisir le prétexte d'un recours d'*amparo* formé par un acteur du pouvoir social autonome pour questionner la conformité d'une loi à la Constitution, le juge disposant dès lors d'un large spectre de raisons pour examiner la validité des normes législatives vis-à-vis de la Constitution⁴⁶².

1192. Ainsi, après cet ultime point de développement, on sera donc en mesure d'expliquer comment le constituant agit de manière à permettre au juge constitutionnel de résoudre les problèmes extraordinaires de fondation inhérents au pouvoir social, du point de vue du *paradigme libéral*. L'objet du contrôle n'est plus ici de s'assurer de l'optimisation procédurale de la formation des raisons normatives, mais d'opérer un contrôle d'optimisation de la norme elle-même à travers le traitement constructif et reconstructif de la

⁴⁵⁷ Pour F. Michelman cette condition constitue même une garantie fondamentale de la *liberté politique* des citoyens. En effet, toute action en inconstitutionnalité intervenant *a posteriori* constitue selon lui un moyen d'inclure les acteurs du pouvoir social autonome jusqu'ici exclus de la procédure législative et qui peuvent, par ce mécanisme, prendre véritablement *conscience d'eux-mêmes*. Cf. MICHELMAN, Frank I. *Law's Republic*. *Op. cit.* p. 1529.

⁴⁵⁸ En 2017, J.-C. Cassagne rappelait en ce sens que, jusqu'en 1994, l'action déclaratoire d'inconstitutionnalité pouvait être déclenchée soit sur le fondement de l'article 322 du Code de procédure civile et commerciale de la Nation ; soit à travers le « *processus de contestation des règlements et des actes administratifs prévu aux articles 23 et 24 de la loi nationale de procédure administrative* » [nous traduisons] ; soit enfin à travers une *action déclaratoire directe de constitutionnalité*. Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. La acción declarativa de inconstitucionalidad. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. 2017, n° 13, p. 58.

⁴⁵⁹ Cf. *Infra*. n° 1126.

⁴⁶⁰ Cette possibilité est toutefois antérieure à 1994 et a été expérimentée pour la première fois par le juge à l'occasion de la jurisprudence *Outon* de 1967. Cf. HARO, Ricardo. La acción declarativa de inconstitucionalidad en el derecho federal argentino. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2003, n° 7, p. 262.

⁴⁶¹ On pourra ici rapporter les propos tenus en ce sens par la représentante à la Convention pour la province de Santa Fe Marta N. Martino de Rubeo, allant jusqu'à réclamer que soit inscrite dans la Constitution la possibilité pour le juge de se saisir d'office afin de se prononcer sur la constitutionnalité d'une norme législative. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 31^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 16 août 1994, p. 4247.

⁴⁶² CASSAGNE, Juan Carlos. La acción declarativa de inconstitucionalidad. *Op. cit.* p. 63. Avec Pablo O. Gallegos Fedriani, on remarquera que ce système ne fait pas de la Cour suprême l'unique juridiction en mesure de se prononcer sur l'inconstitutionnalité d'une loi. En matière de *mesures d'urgence*, celle-ci n'agit en réalité que de manière exceptionnelle, soit que ces mesures soient susceptibles d'affaiblir le *pouvoir de police de l'État*, soit qu'elles affectent l'intérêt direct de la communauté. Cf. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. Contrôle de constitutionnalité en Argentine. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2014, Vol. 2, n° 43, p. 100.

législation. Le traitement constructif prend ainsi la forme d'un contrôle de la conformité des lois à la Constitution mis à disposition des représentants du pouvoir social institutionnalisé en amont de leur promulgation. Le traitement reconstitutif prend quant-à-lui la forme d'un contrôle intervenant à l'occasion de l'application de la norme à la demande des acteurs du pouvoir social autonome.

1193. De manière plus générale cette analyse vient clore la dernière section de ce chapitre relative à l'influence de l'écluse judiciaire vis-à-vis des autres sphères institutionnalisées de l'espace public politique. On se proposera dès lors, d'en résumer les aspects essentiels.

1194. Conclusion de section. À l'image des pouvoirs administratif et législatif, le pouvoir judiciaire constitue une institution centrale de l'espace public politique et dispose à ce titre de compétences particulières que le constituant contribue à définir. À partir des analyses de B. Peters, on aura vu que les tribunaux agissent de manière à réguler les attentes normatives du pouvoir social et de l'Administration en contribuant à la fois au traitement ordinaire des problèmes d'application et au traitement extraordinaire des problèmes de fondation.

1195. Afin de favoriser la résolution des conflits ordinaires relatifs à l'application des normes juridiques, le constituant veille tout d'abord à doter les juridictions des moyens utiles à la prévention des prétentions émancipatrices du pouvoir administratif et du pouvoir social. Les discussions constitutionnelles entendent en ce sens renforcer les prérogatives du juge administratif en matière de contrôle des activités de l'Administration, et celles du juge judiciaire concernant ses responsabilités juridictionnelles et jurisprudentielles à l'égard du pouvoir social.

1196. Par ailleurs, le constituant participe à la résolution des problèmes extraordinaires exprimant une remise en cause la validité même des normes de droit. Les discussions constitutionnelles portent alors sur la responsabilité du juge constitutionnel face à l'intention administrative d'instrumentaliser et de légitimer les raisons normatives fondées sur la Constitution, et sur l'intervention de ce dernier pour favoriser l'optimisation procédurale et normative des attentes du pouvoir social.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

1197. Dans l'introduction de ce premier chapitre, on remarquait qu'à la suite de B. Peters, J. Habermas défendait l'idée selon laquelle l'*Administration*, le juge et le législateur formaient un *tissu institutionnel polycentrique* où chacun négociait, à partir du médium du langage normatif, les conditions de sa propre autonomisation. À partir de cette observation, on postulait alors que l'objet premier des discussions constitutionnelles était de *fluidifier* ce langage en permettant aux institutions du centre de l'espace public politique de *coordonner leurs actions* tout en prévenant leur émancipation. Au moment de conclure les investigations autour de ce thème, trois observations pourront être dégagées.

1198. On aura tout d'abord pu remarquer que le constituant œuvre à la régulation du pouvoir de l'Administration en agissant sur l'implémentation pragmatique et axiologique des activités administratives. Cette influence se manifeste en premier lieu à travers les discussions constitutionnelles relatives à l'application et à l'exécution des lois, c'est-à-dire à l'ensemble des activités administratives menées de manière téléologique pour satisfaire des programmes législatifs déterminés. Par ailleurs, ces discussions portent aussi sur la tendance de l'Administration à s'autoprogrammer lorsque ces orientations ne suffisent plus à guider son action. Le constituant veille alors à intégrer à la Constitution des moyens de légitimation et de contrôle afin d'encadrer la mise en œuvre axiologique des programmes normatifs.

1199. Une deuxième observation concerne les prérogatives de régulation des attentes normatives du pouvoir administratif et du pouvoir social que le constituant confie à l'autorité de législation. De ce point de vue, le législateur agit à la manière d'une *écluse* visant à transformer en discours juridiques les communications politiques les plus exigeantes. En général, cette compétence s'exerce à travers l'activité ordinaire de législation, le constituant accompagnant alors le développement des procédures législatives permettant de répondre aux demandes formulées par les différents pouvoirs. Mais il arrive aussi que le pouvoir législatif échoue à satisfaire et à rendre légitimes ces attentes normatives. Le constituant dote alors le législateur de prérogatives spéciales permettant de mener les discussions de fondation nécessaires à la résolution de ces vicissitudes.

1200. Enfin, une ultime analyse a pu être menée concernant la fonction régulatrice de l'autorité judiciaire. De manière analogue mais postérieure au législateur, le juge exerce lui aussi une double fonction de résolution des problèmes soulevés par le pouvoir administratif et par le pouvoir social lors de l'application du droit. Dans cette perspective le constituant intervient afin de fournir aux juridictions administratives et judiciaires les moyens utiles au traitement des problèmes ordinaires d'application, et aux juridictions constitutionnelles les compétences nécessaires pour traiter les problèmes de fondation.

1201. À l'issue de ces développements, on se situera donc à mi-chemin de la critique des objets du discours constitutionnel. En effet, seul a pour le moment été examiné le comportement des sphères centrales de l'espace public politique, mais rien n'a encore été dit des sphères se situant à sa périphérie. Dans le chapitre à venir on cherchera donc à compléter cette étude en s'intéressant aux espaces autonomes exerçant une influence plus diffuse mais non moins décisive sur le contenu de la Constitution.

CHAPITRE 2.

LA NORME CONSTITUTIONNELLE, REFLET DES ESPACES AUTONOMES

1203. En 2005, Bernhard Peters est invité par Erik O. Eriksen à prendre part à un débat sur l'avenir politique de la construction européenne. Le politologue brémois profite de l'occasion pour réfléchir à l'intérêt des discussions publiques : « *une délibération publique, explique-t-il, correspond à un effort collaboratif d'argumentation afin d'obtenir collectivement des solutions acceptables pour résoudre certains problèmes ou certains conflits* » [nous traduisons]¹. Mais du fait de sa complexité, cette collaboration ne peut toutefois prétendre à l'aboutissement d'un consensus, ni même à permettre une analyse exhaustive de l'ensemble des arguments mobilisés². Il apparaît alors pertinent de se questionner sur les moyens de rationaliser les discussions advenant au sein de l'espace public afin de rendre possible la délibération politique.

1204. Dans la lignée de la théorie des systèmes, Hedmunt Willke considère que la formulation de règles de droit destinées à *coder la puissance politique légitime*³ des sous-systèmes d'action constitue une condition suffisante pour prévenir la désintégration générale du système. De ce point de vue, les normes juridiques se trouvent réduites à un ensemble de règles permettant de définir les *bases* et les *limites* dans lesquels s'expriment les dissensions de chaque sous-système au sein de l'État de droit⁴. Par cette posture, H. Willke prend ainsi le parti de Luhmann en ne considérant l'intégration de la société que sous le prisme d'un *paternalisme systémique* visant la régulation des sphères de pouvoir en contournant les contingences inhérentes à la *communication du public des citoyens*⁵.

¹ PETERS, Bernhard. Public discourse, identity and the problem of democratic legitimacy. Dans : ERIKSEN, Erik O., *Making the European Polity. Reflexive integration in the EU*. Abigdon : Routledge, 2005, p. 104.

² MANIN, Bernard. Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique. *Le Débat*. 1985, Vol. 1, n° 33, p. 86.

³ Dans un article de 1989 publié dans la revue *Droits* et traduit par O. Beaud et Fabrice Malkani, E. Willke examine la possibilité de repenser l'usage du droit non pas sous la forme instrumentale d'un moyen coercitif au service de la politique, mais plutôt comme une *ressource de guidage* visant à influencer la façon d'opérer de l'ensemble des systèmes autopoïétiques composant l'espace public. Cf. WILLKE, Hedmunt. Le droit comme codage de la puissance publique légitime. *Droits*. 1989, Vol. 1, n° 10, p. 114.

⁴ WILLKE, Hedmunt. *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*. Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1992. p. 49.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 379.

1205. Or pour J. Habermas, cette approche apparaît contestable pour au moins deux raisons. D'abord, en se limitant au choix des moyens favorables à un *accroissement réflexif du savoir systémique*, la recherche de consensus entre les systèmes appauvrit l'objet de la discussion. Là où la *communication entre citoyens* permet d'appréhender l'ensemble des questions pratiques survenant au sein de la société, le dialogue entre les systèmes se cantonne à un échange d'*experts* œuvrant à la résolution des problèmes techniques de coordination des sphères de pouvoir. Mais de manière plus préoccupante encore, la théorie de H. Willke ne tient pas compte de la portée des échanges entre ces sphères. Limités aux propositions de maximisation des intérêts de chaque système, les dialogues inter-systémiques sont toujours relatifs à la détermination de règles d'action régissant les relations spécifiques à certains acteurs. Cette logique contractualiste prive alors ces règles des prétentions universalistes propres aux normes régissant toute société démocratique⁶, faisant ainsi courir le risque d'une destruction de la société civile qui constitue pourtant la *base* du fonctionnement rationnel des systèmes⁷.

1206. Surmonter ces deux écueils implique donc de s'éloigner à nouveau de la théorie des systèmes pour mieux rendre compte de la complexité des interactions communicationnelles à l'œuvre dans l'espace public⁸. Sur ce point, c'est encore chez B. Peters que J. Habermas emprunte les arguments utiles au dépassement des prémisses de la théorie des systèmes. B. Peters en effet, propose d'assimiler les différentes sphères de l'espace public politique à des sphères de discours indifférenciables selon les variations d'intensité des *flux communicationnels*⁹ entretenus en leur sein¹⁰. Cette nouvelle lecture permet dès lors

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. p. 372-373. Dans son *Discours philosophique de la modernité*, J. Habermas étaye encore sa critique. Pour lui, les processus de formation de l'opinion et de la volonté mettent en exergue l'existence d'un lien étroit entre d'une part les *procédés de socialisation* visant à la formation d'une *identité de groupe*, et d'autre part les *procédés d'individuation* portés vers l'affirmation des identités personnelles. Or en limitant le rôle du droit au strict encadrement juridique des possibilités de reproduction des sous-systèmes de l'espace public, Luhmann est privé de la *conception d'une intersubjectivité produite par le langage*. Il ne parvient donc pas à saisir l'étendue de la complexité des interactions survenant entre les acteurs de la société. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Le discours philosophique de la modernité*. Op. cit. p. 444.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* Op. cit. pp. 202-203.

⁸ B. Peters donne ici deux bonnes raisons d'aller dans ce sens. La première est axiologique. Pour être acceptée et considérée comme légitime, une autorité politique n'a selon lui pas d'autre choix que de rendre les *mesures de délibération publique* partie intégrante du système politique. La seconde est d'ordre pratique, la délibération publique ayant aussi pour vertu de renforcer les motivations et la légitimité des décisions prises par les autorités politiques. Cf. PETERS, Bernhard. *Public discourse, identity and the problem of democratic legitimacy*. Op. cit. p. 106.

⁹ L'idée est elle-même empruntée à Karl W. Deutsch qui s'intéressait déjà à la question au milieu des années 1950. Cf. DEUTSCH, Karl W. *Shifts in the Balance of Communication Flows: A Problem of Measurement in International Relations*. *Public Opinion Quarterly*. 1956, Vol. 20, n° 1, pp. 143-160.

¹⁰ À titre d'exemple, B. Peters prend pour illustration les *sphères publiques nationales*. De telles sphères, explique-t-il, « *sont caractérisées par des infrastructures communicationnelles spécifiques ainsi que par des caractéristiques culturelles qui se manifestent elles-mêmes à travers certains modèles d'interprétation, dans certaines structures, dans la mémoire collective, et dans d'autres ressources culturelles* » [nous traduisons]. Cf. PETERS, Bernhard, SIFFT, Stefanie, WIMMEL, Stefanie, et al. *National and transnational public spheres: the case of the EU*. Dans : LEIBFRIED, Stephan et ZÜRN, Michael, *Transformations of the State?* Cambridge : Cambridge University Press, 2005, p. 154.

de considérer que le système politique n'acquiert sa légitimité qu'à la condition de favoriser la reconnaissance normative de ces sphères de pouvoir et de contribuer aux échanges discursifs entre les espaces. Pour autant, B. Peters met en garde contre une interprétation trop réductrice de cette contribution qui n'attribuerait qu'à la justice et aux institutions de formation politique de l'opinion et de la volonté le rôle de médiateur des échanges entre les sphères¹¹. Les discussions publiques ne se déroulent pas seulement dans les canaux étroits du centre du système politique, et il convient donc de tenir compte des interactions survenant aussi à sa périphérie¹².

1207. Dans les pages de *Die Integration moderner Gesellschaften*, B. Peters distingue deux grandes catégories de sphères périphériques¹³. Les sphères de la *périphérie interne* correspondent tout d'abord à l'ensemble des institutions autonomes investies d'une mission de service public pour contribuer à la fois au bon développement des activités administratives tout en assurant la maîtrise. Par ailleurs, les sphères de la *périphérie externe* sont toutes celles exerçant une pression sur le pouvoir central, soit pour obtenir satisfaction de leurs attentes normatives soit pour influencer l'implémentation des normes. En suivant cette distinction, l'objet de cet ultime chapitre consistera donc à s'intéresser au rôle joué par le constituant dans la régulation du comportement des acteurs de ces différents espaces.

SECTION 1. LA PÉRIPHÉRIE INTERNE, ESPACE DE GESTION ET DE CONTRÔLE DES ACTIVITÉS DE L'ÉTAT

1208. À travers l'analyse qu'il propose des travaux de B. Peters, J. Habermas associe la périphérie interne aux « *institutions dotées de droits d'autogestion ou de fonctions de contrôle et de compétences déléguées par l'État* »¹⁴. Dans ses réflexions sur le principe de participation politique, il montre que les institutions autonomes émergent du fait de la reconstruction des économies nationales survenue après la Seconde Guerre mondiale¹⁵. Cet élargissement de l'État interventionniste induit par ailleurs une

¹¹ PETERS, Bernhard. Public discourse, identity and the problem of democratic legitimacy. *Op. cit.* p. 120.

¹² AUBERT, Isabelle. Réviser l'« espace public » avec la sociologie. *Op. cit.* p. 186.

¹³ PETERS, Bernhard. *Die Integration moderner Gesellschaften*. *Op. cit.* pp. 337-340.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie...* *Op. cit.* p. 382.

¹⁵ Jusqu'au début de la Seconde Guerre mondiale en effet, l'État (européen) se trouve séparé de la société. La *société civile bourgeoise* instrumentalise l'Administration afin d'organiser son *régime de propriété* et les antagonismes de classe, mis à nu par la révolution industrielle, n'affectent pas encore en profondeur l'organisation d'un État limité à une simple fonction de préservation des intérêts bourgeois. Mais après la Seconde Guerre mondiale, l'État en reconstruction n'a d'autre choix que de concourir à la planification massive de l'économie en intervenant sur la production et la distribution des biens et services. L'État libéral bourgeois se mu en *État social* et l'Administration passe d'une condition de *garante de l'ordre* à celle de *prestataire de services*. Cf.

responsabilité croissante de l'Administration qui justifie la mise en place d'institutions de contrôle de plus en plus performantes¹⁶.

1209. En suivant Carlos Nino, on comprend dès lors que cette évolution du rôle de l'État traduit le passage d'un libéralisme *conservateur* fondé sur une doctrine de *laissez faire* prétendant à une distribution spontanée des libertés individuelles, à un libéralisme *holiste* poursuivant l'autonomie d'un groupe social en renforçant les libertés de ses membres *comme s'il s'agissait d'un seul individu*¹⁷. Pour autant le libéralisme holiste maintient une conception réifiée de la liberté qui favorise une forme paternaliste d'exercice du pouvoir orienté vers la définition et vers le perfectionnement arbitraire des droits individuels. Dans une doctrine comme dans l'autre, les Gouvernements se limitent à suivre des principes visant à valoriser *l'autonomie* et *l'inviolabilité* de la personne¹⁸ en marginalisant la question de l'expression des volontés individuelles. Ce constat pousse alors Nino à proposer un troisième modèle d'interprétation des doctrines libérales. Il qualifie ainsi d'*égalitariste* le mode de gouvernement visant à « *maximiser l'autonomie de chaque individu de manière séparée dans la mesure où cela n'affecte pas l'autonomie des autres individus* » [nous traduisons]¹⁹. Ce modèle ne se trouve plus seulement guidé par les principes

HABERMAS, Jürgen. Réflexions sur le concept de participation politique. *Op. cit.* pp. 26-28. Avec R. Gargarella, on relèvera par ailleurs qu'un processus similaire, quoique fondé sur des raisons différentes, est observable dans le courant du XX^{ème} siècle en Amérique latine. La crise économique de 1929 marquée sur le continent un tournant à la fois politique, social et juridique. L'*ordre néocolonial* mis en place depuis l'indépendance se trouve fortement ébranlé par la dérégulation des marchés fondés sur le commerce international. Les difficultés liées à l'exportation des matières premières et à l'importation de certaines denrées de première nécessité obligent les États à réorganiser leur économie en adoptant une démarche plus interventionniste pour soutenir le marché. La révolution mexicaine de 1917 servira alors d'inspiration aux réformes survenant à partir des années 1930 qui entendront agréger de nouveaux droits économiques et sociaux aux différentes Constitutions de la région. Cf. GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. New York : Oxford University Press, 2013. pp. 105-106.

¹⁶ Pour Bruno Lasserre, ce phénomène s'explique à la fois par la *banalisation de la responsabilité pour faute* qui conduit à une multiplication des recours formés contre l'Administration, mais aussi par un « *élargissement du domaine des comportements de l'Administration susceptibles d'être qualifiés de fautifs* ». Cf. LASSERRE, Bruno. La responsabilité à long terme de l'État. *Archives de philosophie du droit*. 2021, Vol. 1, n° 63, pp. 141-155. Bien entendu, on s'accordera ici sur le fait que les explications apportées concernant l'évolution du rôle de l'État ne sont bien-sûr par les seules. Le *Que sais-je ?* de Jacques Chevallier consacré au *service public* permettra en ce sens de fournir un aperçu éclairant de l'étendue de ces débats. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. *Op. cit.* pp. 66-69.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires : Astrea, 2017. p. 344.

¹⁸ On rappellera ici que dans son *Éthique des droits de l'Homme*, Nino s'attache à définir avec précision les grands principes qui selon lui inspirent l'action de tout État libéral. En vertu du principe d'autonomie de la personne, l'auteur considère tout d'abord que « *la valorisation du libre choix individuel de son plan de vie et l'adoption d'idéaux d'excellence humaine impliquent que l'État (ainsi que tous les individus) n'intervienne pas dans ces choix, et se limite à organiser les institutions qui facilitent la poursuite individuelle de ces plans de vie et la satisfaction des idéaux de vertu que chacun mérite, en empêchant les interférences mutuelles dans la poursuite de ces idéaux* » [nous traduisons]. Le principe d'*inviolabilité de la personne* entend quant à lui « *proscrire le fait d'imposer aux individus, contre leur volonté, des sacrifices et des privations ne lui apportant aucun bénéfice* » [nous traduisons]. Cf. *Ibid.* pp. 204-205, 239. On remarquera par ailleurs que ces principes font écho à certaines réflexions déjà abordées par Dworkin dans ses écrits sur le *libéralisme*. Cf. DWORKIN, Ronald. *Liberalism*. Dans : HAMPSHIRE, Stuart, *Public and Private Morality*. New York : Cambridge University Press, 1978, p. 127.

¹⁹ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. *Op. cit.* p. 345.

d'autonomie et d'inviolabilité mais inclut désormais aussi le principe de *dignité* faisant de la manifestation de consentement individuel la condition *sine qua non* de l'articulation des droits et devoirs des membres de la société²⁰.

1210. Peut-on considérer alors les régimes modernes de démocratie comme des systèmes égalitaristes ? La théorie de la discussion de J. Habermas semble aller dans ce sens. En effet, les institutions autonomes de gestion et de contrôle agissent de manière réflexive en permettant à la fois de garantir le respect de l'autonomie des individus tout en servant de censeur auprès de l'Administration concernant certaines des attentes normatives formulées par ses administrés.

1211. Dans cette première section, on cherchera donc à observer comment se comportent ces institutions afin de déterminer le rôle joué par le constituant pour en favoriser la régulation.

§ I. LES INSTITUTIONS DE GESTION DE SERVICES DE L'ÉTAT

1212. L'étude des institutions de gestion au service de l'État incite à se questionner sur le rôle joué par les services publics dans le prolongement des activités mises en œuvre par l'Administration. Mais dans sa thèse publiée en 2009 sur *Le service public et la garantie des droits et libertés*, Caroline Boyer-Capelle ne manque pas de souligner l'impossibilité de donner une définition homogène de la notion de service public. Dans la conclusion générale de son travail, l'autrice montre en effet que si la reconnaissance progressive des droits et libertés entraîne comme conséquence attendue la création de services destinés à en garantir l'exercice, cette reconnaissance est aussi souvent source de nouveaux conflits²¹ vis-à-vis de libertés déjà garanties par les services publics²².

²⁰ Le principe de *dignité de la personne* entend valoriser le fait de traiter les individus « *selon leurs décisions, leur intentions ou leurs manifestations de consentement* » [nous traduisons]. Cf. *Ibid.* p. 287.

²¹ Pour Wolfgang Friedman, l'émergence de ces conflits pourrait s'expliquer par un affaiblissement de la fonction sociale du contrat régissant l'organisation de la vie civile jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle. Avant l'émergence de l'État interventionniste, la plupart des droits économiques et sociaux des citoyens sont régis de manière contractuelle. Cela permet de faire coïncider au cas par cas, les libertés civiles, telles que la liberté de choix ou de mouvement, avec les droits économiques visant notamment la protection contre les risques de l'existence. La reconnaissance progressive de ces mêmes droits au niveau législatif puis constitutionnel conduit alors à un bouleversement de ces équilibres et marginalise l'intérêt capitaliste du recours au contrat face à la montée en puissance de nouveaux services publics. Cf. FRIEDMANN, Wolfgang. *Law and social change in contemporary Britain*. Londres : Stevens & Sons Limited, 1951. pp. 34-35, 45. Pour un commentaire des travaux de W. Friedmann à ce sujet, on renverra de nouveau à l'article de J. Habermas sur le *concept de participation politique*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Réflexions sur le concept de participation politique*. *Op. cit.* p. 29.

²² BOYER-CAPELLE, Caroline. *Le service public et la garantie des droits et libertés*. LACHAUME, Jean-François, PAULIAT, Hélène (dir.). Thèse de doctorat, droit. Université de Limoges : Limoges, 2009. pp. 669-672. Un exemple intéressant de cette difficulté concerne notamment la liberté de conscience. En droit français, l'exigence de neutralité du service public permet aux administrés de jouir de certaines libertés, mais il est courant que cette obligation porte dans le même temps atteinte à la liberté de conscience des agents comme des usagers.

1213. Appelé à contribuer à la reconnaissance et à l'organisation des services publics, le constituant intervient alors comme un arbitre chargé d'articuler l'affirmation des libertés nouvelles avec les droits déjà acquis²³. L'objet de ce premier développement sera donc d'observer comment les discussions constitutionnelles contribuent à la recherche de cet équilibre.

A. LA RECONNAISSANCE DES DROITS ET LIBERTÉS, MOYEN DE RENFORCEMENT DU SERVICE PUBLIC

1214. En 1961, L'association Henri Capitant organisait à Luxembourg cinq journées sur Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international. Invité à réfléchir sur la réception de ce sujet en droit public français, Jean Rivero avait alors mis en exergue l'ambiguïté soulevée par la notion d'égalité : « traiter également des situations inégales, se demandait-il, est-ce respecter, de l'égalité, autre chose qu'une forme extérieure ? »²⁴. Par cette interrogation Rivero laissait entrevoir qu'en dehors de l'appréhension libérale-conservatrice de l'égalité dans la règle elle-même, des interprétations concurrentes du rapport normatif à l'égalité pouvaient aussi être défendues en choisissant par exemple de valoriser plutôt l'égalité dans l'application de la règle voir même en dehors de toute règle²⁵.

1215. Du point de vue de la perspective libérale-égalitariste, la notion d'égalité peut se lire selon cette deuxième acception, et c'est sans doute cela qui motive le législateur et le constituant à faire intervenir l'État pour favoriser l'égale application des normes²⁶. Cette préoccupation inspire alors deux types de discours chez le constituant. Le premier est relatif à la légitimation du service public à travers l'affirmation

Cf. *Ibid.* p. 523. À titre d'exemple, on pensera notamment à certains sujets, largement médiatisés, relatifs aux cas de maires hostiles aux mariages de personnes du même sexe, et pourtant tenus de procéder à des unions, ou concernant l'interdiction du port de signes ostensibles de religion en milieu scolaire.

²³ On précisera ici que la protection des services publics n'incombe pas seulement au constituant, cette prérogative étant largement partagée avec le législateur et les cours constitutionnelles. Cf. BORÉ, Louis. La catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit doit-elle désormais être considérée comme stabilisée ? *Titre VII*. 2022, Vol. 1, n° 8, p. 22. L'étendue de l'implication des institutions parlementaires et juridictionnelles sur ce sujet a pu être longuement commentée dans la thèse de Frédérique Marbouty sur *Le statut constitutionnel des services publics*. Cf. MARBOUTY, Frédérique. *Le statut constitutionnel des services publics*. LACHAUME, Jean-François (dir.). Thèse de doctorat, droit. Université de Limoges : Limoges, 1998. pp. 61 et s.

²⁴ RIVERO, Jean. Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français. Dans : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Travaux de l'Association Henri Capitant et des amis de la culture juridique française (1961-1962)*. Vol. 14. Paris : Dalloz, 1965, p. 350.

²⁵ *Ibid.* p. 349.

²⁶ BOYER-CAPELLE, Caroline. *Le service public et la garantie des droits et libertés*. *Op. cit.* p. 182. Dans sa thèse sur *Le droit public face à la pauvreté*, Diane Roman confirme d'ailleurs cette intuition en affirmant que « le principe d'égalité est au cœur de l'institution des services publics : ouvert à tous, le service se doit non seulement d'offrir à chacun des prestations identiques, mais plus encore, de contribuer par son action à réduire l'ampleur des inégalités sociales ». Cf. ROMAN, Diane. *Le droit public face à la pauvreté*. PICARD, Étienne (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2000. p. 107.

de certaines libertés utiles au renforcement du principe d'égalité (1). Le second concerne quant-à-lui les aspects pratiques de leur mise en œuvre (2).

1. Les discours axiologiques de légitimation du service public

1216. Engager une réflexion sur les discours relatifs à la légitimation du service public invite à se questionner sur les domaines d'intervention de l'État libéral-égalitariste. Pour Wolfgang Friedmann, ces domaines concernent, outre la fonction libérale-conservatrice de protection des personnes, l'organisation des services sociaux, la gestion de certaines industries, le contrôle économique, et l'arbitrage des différends²⁷. J. Habermas considère pour sa part que l'État interventionniste se distingue de l'État bourgeois traditionnel par l'exercice de nouvelles missions s'incarnant à la fois dans la prise en charge des groupes à faible capital économique, dans l'accompagnement des transformations sociales, dans la régulation du cycle macroéconomique et bien sûr dans le développement de certains services publics²⁸. Enfin, J. Chevallier propose de distinguer parmi les missions de l'État celles relatives aux activités régaliennes héritées de la tradition libérale-conservatrice, et celles liées aux activités économiques, sociales et socio-culturelles associées aux stratégies interventionnistes du libéralisme post-industriel²⁹.

1217. Plus synthétique, cette ultime définition sera ici privilégiée. L'administration régalienne étant plutôt confiée au centre du système politique, le premier aspect de la distinction de J. Chevallier sera laissé de côté tandis que seront étudiées tour à tour les discussions sur la légitimation de services publics économiques, sociaux, et socio-culturels.

a. Les services publics économiques

1218. Dans le sens entendu par J. Chevallier les services publics économiques rassemblent d'un côté l'ensemble des *entreprises géantes et nationalisées* jouant un rôle prépondérant dans la production nationale, et de l'autre les services publics locaux, exerçant certaines activités pour le compte de l'Administration centrale³⁰.

²⁷ FRIEDMANN, Wolfgang. *Law and social change in contemporary Britain*. Londres : Stevens & Sons Limited, 1951. *Op. cit.* p. 298.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. Réflexions sur le concept de participation politique. *Op. cit.* p. 28.

²⁹ CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. *Op. cit.* pp. 62-66.

³⁰ Pour J. Chevallier, cette distinction relève en France d'un mélange de décisions pratiques et politiques pouvant être décrites selon trois étapes successives. Au début de XX^{ème} siècle, l'État se trouve tout d'abord engagé dans la gestion de certains secteurs économiques considérés comme stratégiques pour des raisons diverses telle que la préservation du patrimoine culturel national, le contrôle d'activités liées aux secteurs régaliens ou le développement des réseaux d'infrastructures. Dans un second temps, la reconnaissance progressive d'activités économiques gérées *de facto* par les municipalités puis l'attribution aux communes de la gestion systématique de certaines compétences permet de considérer l'émergence des services publics municipaux. À la gestion pragmatique des services caractérisant ces deux premières étapes vient enfin se superposer un troisième moment

1219. En France, la reconnaissance constitutionnelle de ces institutions est permise par la Constitution de 1946. Déjà, dans les discussions relatives à l'élaboration du premier projet de Constitution, le constituant souhaitait faire figurer au deuxième alinéa de l'article 33 que « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Le premier projet on le sait sera finalement abandonné, mais bien que sujette à polémique³¹, cette proposition sera toutefois réintégrée au neuvième alinéa du préambule du texte constitutionnel définitif.

1220. Le caractère ambigu de ces lignes est depuis-lors sujet à de multiples interprétations. Concernant tout d'abord la notion de service public, Vedel et Rivero estiment que cette rédaction constitue une *habilitation rampante* donnée au législateur pour déterminer lui-même les entreprises susceptibles d'exercer une activité de service public³². Cette même notion apparaît encore, selon Norbert Foulquier et Frédéric Rolin, comme une « *structure paradoxale qui fait de la qualification de service public l'élément déclenchant d'un régime juridique constitutionnellement organisé, sans pour autant poser les éléments qui permettent de définir cette qualification* »³³. L'idée de monopole revêt elle-même un caractère fluctuant et doit, selon le Conseil Constitutionnel, s'apprécier « *compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part des autres entreprises* »³⁴.

1221. Du point de vue de la théorie de la discussion on remarquera par ailleurs que cette rédaction autorise le législateur à reconnaître le statut particulier de certains acteurs économiques de premier plan

plus politique correspondant aux nationalisations de grandes entreprises stratégiques dans les secteurs de l'énergie, des transports, des banques et des assurances. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Le service public. Op. cit.* pp. 62-64. Ce troisième temps pourra être assimilé au véritable tournant libéral-égalitariste survenant à partir des années 1930 et entérinant le passage d'une économie de marché fondée sur la libre concurrence, à une économie régulée par l'État. Cf. FRIDENSON, Patrick. Les gauches et l'économie. Dans : BECKER, Jean-Jacques et CANDAR, Gilles, *Histoire des gauches en France/2*. Vol. 2. Paris : La Découverte, 2005. pp. 592-593.

³¹ Au cours de la première séance du 21 mars 1946, certains membres de l'Assemblée nationale constituante avaient en effet proposé d'amender le deuxième alinéa de l'article 33 en reconnaissant simplement à l'État une mission de coordination « *des forces économiques et sociales qui forment l'armature du pays* » et aux pouvoirs publics la tâche de « *prévenir la concentration d'industries ou de personnes qui constitueraient une menace d'oppression* ». L'amendement, trop éloigné de la rédaction proposée par la commission, sera finalement écarté. Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante – 1^{ère} séance du jeudi 21 mars 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. Mars 1946, n° 29, p. 968.

³² Ce point de vue est exprimé dans un article paru en 1947 dans la revue *Droit social*, dans lequel les deux auteurs soutiennent que l'imprécision de cette rédaction laisse toute latitude aux discours législatifs pour apprécier les entreprises relevant du régime de service public national. Cf. RIVERO, Jean et VEDEL, Georges. Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le préambule. *Droit social*. 1947, Vol. 31, pp. 13-35.

³³ FOULQUIER, Norbert et ROLIN, Frédéric. Constitution et service public. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2012, Vol. 4, n° 37, p. 25.

³⁴ DELION, André G. et DURUPTY, Michel. Chronique du secteur public économique. *Revue française d'administration publique*. 2007, Vol. 1, n° 121-122, p. 253.

de manière à contribuer à une meilleure administration de ses programmes normatifs et afin de mieux rendre compte des préoccupations et des attentes des administrés.

b. Les services publics sociaux

1222. Dans sa thèse sur *Le droit de la protection sociale* défendue en 2021 sous la direction du professeur François Vialla, Victoria Chapeau-Sellier associe les services publics sociaux au système français de la protection sociale. En application du Préambule de la Constitution de 1946³⁵, l'État se trouve en effet tenu de protéger le travailleur et sa famille contre certains risques de l'existence³⁶. Néanmoins, cette protection ne saurait être assurée de manière efficiente que par l'intermédiaire du service public de la sécurité sociale sur lequel l'État exerce une simple tutelle budgétaire³⁷.

1223. Pour le constituant, l'inclusion dans le préambule de principes justifiant l'existence des services publics sociaux s'inscrit dans la dynamique déjà ancienne d'une reconnaissance législative des droits sociaux tels que la garantie du repos et des loisirs à la mère et à l'enfant, le droit au repos des femmes en couche, les congés payés, les vacances des jeunes travailleurs, ou l'interdiction du travail de nuit pour les femmes et les enfants³⁸. Par ailleurs, le service public de la sécurité sociale lui-même est créé quelques mois à peine avant la promulgation de la Constitution de la IV^{ème} République et explique aussi l'initiative de protection soulevée par le constituant³⁹.

1224. Dans le sens entendu par Vedel et Rivero la reconnaissance des droits sociaux dans la Constitution emporte ainsi une double conséquence. D'abord, l'affirmation de ces nouveaux principes constitutionnels

³⁵ S'il est communément admis que le principe de sécurité sociale se trouve pour la première fois consacré par la Constitution de 1946, C.-M. Herrera fait toutefois remarquer que l'idée apparaît déjà dans la Constitution de 1848 dont l'article VIII du Préambule prévoit que la République apporte une *assistance fraternelle* aux nécessiteux en procurant à chacun *du travail dans les limites de ses ressources*. Cf. HERRERA, Carlos Miguel. Chapitre II. Analyse juridique de l'État social. Dans : ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, HERRERA, Carlos Miguel, et al., *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*. Paris : Kimé, 2016, p. 64.

³⁶ Ce principe a notamment été développé par Foucault. On pourra retrouver un commentaire à ce sujet dans la thèse de Magda Refaa consacrée à *La notion de gouvernementalité chez Foucault*. Cf. REFAA, Magda. *La notion de gouvernementalité chez Foucault. Gouvernement contre gouvernement*. VERMEREN, Patrice (dir.). Thèse de doctorat, philosophie. Saint-Denis : Université Paris 8 Saint-Denis, 2017. pp. 357-358.

³⁷ CHAPEAU-SELLIER, Victoria. *Le Droit de la protection sociale, du principe de solidarité socio-professionnelle vers l'octroi de droits sociaux individuels*. VIALLA, François (dir.). Thèse de doctorat, droit. Montpellier : Université de Montpellier 1, 2021. p. 56.

³⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – Séance du mercredi 28 août 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des débats de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. Août 1946, n° 84, pp. 3359-3388.

³⁹ Comme le précise en effet Jean-Paul Scot, c'est par la loi du 22 mai 1946 que se trouve généralisé le service public de sécurité sociale. L'organisme, créée par l'ordonnance du 4 octobre 1945, permet de fusionner les régimes de prestations familiales, de santé, et de retraites, offrant ainsi une forme de sécurité nationale à tous les salariés affiliés à son régime. Cf. SCOT, Jean-Paul. Comprendre une spécificité française. *Nouvelles Fondations*. 2007, Vol. 1, n° 5, p. 68.

élargit la légitimité de l'État dans la protection des droits et libertés individuelles. Jusqu'alors fondée sur la protection de droits de l'Homme, l'action de l'État se trouve désormais aussi inspirée par la protection de droits collectifs. Par ailleurs, par l'affirmation explicite de ces principes dès le Préambule de la norme fondamentale, cette constitutionnalisation inspire la mise en œuvre de programmes d'action visant à garantir la protection effective de ces nouveaux droits sociaux⁴⁰.

1225. Dès lors, la légitimité du service public de la sécurité sociale se trouve elle-même doublement renforcée. Du point de vue instrumental tout d'abord, l'État peut valoriser d'autant plus ce mécanisme qu'il se trouve tenu de développer des mécanismes de protection sociale. Du point de vue du but poursuivi ensuite, l'action de la sécurité sociale se trouve justifiée par la nécessité de défendre les droits sociaux par le développement de politiques publiques garantissant leur reconnaissance effective. Ces deux raisons expliquent ainsi que les organismes de sécurité sociale apparaissent eux aussi comme des acteurs de premier plan de la périphérie interne.

c. Les services publics socio-culturels

1226. Pour J. Chevallier, figurent au rang des services publics socio-culturels l'ensemble des activités exercées par des institutions au service de l'État dans les domaines de l'information, de la recherche, des arts et cultures, de la jeunesse et des sports, du tourisme ou de l'environnement⁴¹. Ce dernier domaine peut d'ailleurs servir d'exemple à la présente analyse. Pour Rémi Radiguet en effet, le renforcement progressif de la reconnaissance normative de l'environnement favorise l'émergence des services publics environnementaux⁴².

1227. Cette idée se rapproche alors du concept de *nature-projet*, cher à François Ost qui soutient qu'au même titre que l'amélioration de la connaissance, de la culture ou de l'enseignement, la nature peut être appréhendée selon une logique de finalité, dans la perspective d'une amélioration des conditions d'existence futures de l'humanité⁴³. Reste que cette posture se prête mal à la conception d'un service

⁴⁰ RIVERO, Jean et VEDEL, Georges. Les principes économiques et sociaux de la Constitution... *Op. cit.* pp. 34-35. Pour l'analyse des propos tenus par ces deux auteurs autour de cette question, on se reportera à un article de C.-M. Herrera sur *La pensée constitutionnelle du social*. Cf. HERRERA, Carlos Miguel. La pensée constitutionnelle du social. *Droits*. 2008, Vol. 2, n° 48. pp. 193-194.

⁴¹ CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. *Op. cit.* p. 65. Ces domaines sont ici cités à titre d'exemple et ne sauraient faire l'objet d'une énumération exhaustive.

⁴² RADIGUET, Rémi. *Le service public environnemental*. KALFLÈCHE, Grégory, NAIM-GESBERT, Éric (dir.). Thèse de doctorat, droit. Toulouse : Université Toulouse 1 Capitole, 2016. p. 29.

⁴³ OST, François. *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*. Paris : La Découverte, 2003. p. 239. Dans son ouvrage, F. Ost situe son propos au carrefour de la *deep ecology*, conception d'une *nature sujet* où les relations de l'individu à son environnement sont exclusivement régies par des considérations éthiques et morales, et de l'approche objectivante traditionnelle visant à réguler les usages du milieu naturel. Cette manière de voir fait selon lui écho aux postures défendues notamment par Dominique Bourg (Cf. BOURG, Dominique. Postface : modernité et nature. Dans : BOURG, Dominique, *Les sentiments de la nature*. Paris : La Découverte, 1993, p. 237), et de

public environnemental en tant que tel, et c'est à juste titre que R. Radiguet remarque que le droit de l'environnement recouvre en réalité *plusieurs mondes juridiques à part entière*, chacun obéissant à un *fonctionnement spécifique*⁴⁴.

1228. Ce problème n'est pas étranger au constituant argentin qui manifeste cette préoccupation lors de la révision de l'article 41 de la Constitution concernant le droit de l'environnement⁴⁵. Pour la représentante à la Convention pour la province de Mendoza Teresa Peltier par exemple, la protection de l'environnement poursuit comme finalité première le développement et la dignité de la personne humaine, et il appartient à ce titre à la Nation et aux provinces de « *veiller au développement des activités [humaines] afin de ne pas compromettre les générations futures* » [nous traduisons]⁴⁶. On voit ici que la volonté du constituant argentin de renforcer le droit à l'environnement sous-entend par ailleurs un développement des institutions capables d'en assurer concrètement la jouissance. L'observation récente des programmes administratifs fédéraux en matière environnementale permet d'ailleurs d'attester du rôle prépondérant joué par certains services publics spécialisés tels que l'Institut National de Technologie industrielle, les Universités publiques ou le Conseil fédéral de l'environnement⁴⁷.

1229. Ainsi, ce premier point de développement aura permis de montrer que la reconnaissance constitutionnelle de nouveaux droits et libertés contribue en premier lieu à légitimer l'exercice de services publics ayant pour vocation de mettre en œuvre certains des programmes législatifs à la charge de l'Administration en matière socio-culturelle, économique et sociale.

1230. Mais au-delà de cette reconnaissance, les discours du constituant portent aussi sur l'organisation des services publics eux-mêmes, et visent à faciliter les interactions de ces institutions avec les autres

manière plus inattendue par d'autres auteurs, tels que Hubert Reeves ou James Lovelock (Cf. REEVES, Hubert. *Malicorne. Réflexions d'un observateur de la nature*. Paris : Seuil, 1990. p. 162 ; LOVELOCK, James. *Gaia. The Practical Science of Planetary Medicine*. 2^e éd. New York : Oxford University Press, 2000. p. 6).

⁴⁴ « *Le droit de l'eau a sa proclamation d'intérêt général, ses propres institutions et ses propres instruments. Idem pour le droit de l'air, le droit des espèces protégées, le droit de la chasse, le droit de la pêche, le droit des espaces, le droit des déchets, etc. Au sein de ces mondes juridiques, l'instrument juridique de service public est à découvrir* ». Cf. RADIGUET, Rémi. *Le service public environnemental*. *Op. cit.* p. 29.

⁴⁵ GOLDFARB, Miguel A., RÍOS BENÍTEZ, Ivan et MEDINA, Marcos W. Problemática Ambiental, Desarrollo Sustentable y Energías Renovables: Nuevos paradigmas, regulación y fomento en Argentina. Dans : ZIMMERMAN, Héctor, MONZÓN WYNGAARD, Alvaro et CARLEVARO, Agustín, *XIV Congreso Nacional de Derecho Político. Derecho y política en la Democracia. Tensiones y Debates*. Corrientes : Universidad Nacional del Nordeste, 2018, pp. 85-86.

⁴⁶ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 13^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 1614. On se permettra toutefois de prévenir que la finalité réelle de l'argument soutenu par la représentante, consiste plutôt à faire inscrire dans la Constitution la reconnaissance du droit à la vie dès la conception, argument bien connu des militants anti-avortement.

⁴⁷ CETRÁNGOLO, Oscar, CHIDIÁK, Martina, CURCIO, Javier, et al. *Política y gestión ambiental en Argentina: gasto y financiamiento*. Santiago : Organisation des Nations Unies. Commission Économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes, 2004. pp. 59-60.

sphères de pouvoir de l'espace public. L'analyse de ces discours sera l'objet du point de développement à venir.

2. *Les discours techniques d'organisation du service public*

1231. En 2017, dans l'introduction de la thèse qu'il défendait à l'Université de Poitiers sur *Le choix des modes de gestion des services publics locaux*, Thibault Bouchereau se proposait d'identifier *trois niveaux de fonctions* composant la *prestation de service public*. Le premier niveau est celui de la *direction stratégique du service*. Il se trouve exercé par la collectivité publique qui « *dirige le service public, en assure la maîtrise, l'organisation et le contrôle* ». Le second correspond à la *gestion opérationnelle du service* et comprend l'ensemble des activités *d'optimisation* et de *régulation* nécessaires à son fonctionnement. Le troisième enfin, concerne *l'exécution matérielle du service*, c'est-à-dire la réalisation des tâches confiées par le gestionnaire et relatives aux *relations avec les usagers* ou à *l'entretien du service*⁴⁸.

1232. Dès lors, l'étude de ces trois niveaux devra permettre de rendre compte de l'étendue des discussions constitutionnelles relatives à l'organisation du service public. Néanmoins, dans l'intérêt de la présente étude, les discussions sur la gestion opérationnelle et matérielle du service seront regroupées dans la mesure où ces deux opérations constituent des activités de gestion tandis que la direction stratégique du service constitue en premier lieu une activité d'arbitrage entre plusieurs décisions.

a. La direction stratégique du service public

1233. Dans le sens entendu par T. Bouchereau, on considère qu'une collectivité publique est en mesure d'assurer la direction stratégique d'un service lorsqu'elle dispose du pouvoir de choisir et de porter la responsabilité du mode de gestion de ce service⁴⁹. Des discussions constitutionnelles relatives à cette question peuvent être retrouvées dans la Constitution argentine concernant l'attribution de la gestion du système de sécurité sociale.

1234. En 1957, le constituant argentin décide d'introduire dans la Constitution un article 14 *bis* afin de renforcer d'une part la protection de certains droits des travailleurs⁵⁰, et pour reconnaître d'autre part

⁴⁸ BOUCHEREAU, Thibault. *Le choix des modes de gestion des services publics locaux*. BRENET, François. Thèse de doctorat, droit. Poitiers : Université de Poitiers, 2017. pp. 27-28.

⁴⁹ BOUCHEREAU, Thibault. *Le choix des modes de gestion des services publics locaux*. *Op. cit.* p. 27.

⁵⁰ Comme l'observe Germán Bidart Campos, l'idée de l'inclusion de droits sociaux dans la Constitution argentine est antérieure à 1957. Nombre de ces droits sont en effet consacrés dès 1949 par la révision constitutionnelle voulue par le général Perón, mais le coup d'État de 1955 et le renversement du Gouvernement entraîneront l'abrogation de cette réforme et le retour au texte constitutionnel antérieur à 1949. Cf. BIDART CAMPOS, Germán J. El proceso político-constitucional en la República Argentina desde 1810 a la actualidad. *Op. cit.* p. 183.

l'existence de la sécurité sociale. Le troisième alinéa de l'article entend ainsi permettre la mise en place d'un système de sécurité sociale *intégral* et *obligatoire* pour garantir à tous le droit effectif à la retraite, à la protection de la famille et de dignes conditions d'existence⁵¹. Surtout, cet alinéa confie aux institutions de l'État ou des provinces la gestion de ce nouvel organisme.

1235. De même en 1994, lorsqu'au cours des discussions sur l'article 125 de la Constitution, est reconnue aux provinces une compétence particulière en matière de gestion de la sécurité sociale afin de promouvoir le progrès économique, le développement humain, l'emploi, l'éducation ou la culture, on comprend que le constituant s'intéresse de nouveau à la direction stratégique de ce service public⁵². Craignant qu'une gestion centralisée de la sécurité sociale ne porte atteinte à l'organisation fédérale de l'État, la représentante de l'Union Civique Radicale pour la province de Córdoba, Blanca L. Roque, avait par exemple soutenu qu'une telle reconnaissance présentait au moins deux avantages : celle-ci participait d'une part à la valorisation d'une activité historiquement menée par les provinces depuis plusieurs décennies, et constituait d'autre part une mesure logique de subsidiarité, l'action des provinces en matière sociale étant en général plus efficiente que les actions menées au niveau fédéral⁵³.

1236. Par ces arguments B. Roque contribue ainsi à renforcer la légitimité fonctionnelle du service public argentin de sécurité sociale et favorise sa mise en œuvre. En outre, l'identification plus précise des acteurs responsables de la direction stratégique du service donne leur consistance aux autorités décisionnelles de la sécurité sociale qui constituent dès lors des partenaires privilégiés du dialogue entre les sphères de pouvoir.

b. La gestion opérationnelle et matérielle du service public

1237. À partir de la thèse de T. Bouchereau, on comprend que les discussions sur la gestion opérationnelle du service correspondent aux discours relatifs à l'efficacité des aménagements engagés pour faciliter l'accomplissement de la mission de service public. De même, l'exécution matérielle concerne les cas où l'institution responsable confie à plusieurs gestionnaires la réalisation d'une part

On retrouvera aussi un commentaire analogue chez C.-M. Herrera dans un chapitre d'ouvrage consacré au *constitutionnalisme social* et au *populisme constitutionnel* en Amérique latine. Cf. HERRERA, Carlos Miguel, *Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine*. Dans : HERRERA, Carlos Miguel, *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?* Paris : Kimé, 2015, p. 94.

⁵¹ ETCHICHURY, Horacio. *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba : Universidad Nacional de Córdoba, 2013. p. 80.

⁵² SABSAY, Daniel A. El federalismo argentino. Reflexiones luego de la reforma constitucional. *Op. cit.* pp. 425-426.

⁵³ CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE. 25^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Diario de sesiones*. Santa Fé, 5 août 1994, pp. 3325-3326.

spécifique du service. Les discussions qui en découlent traitent alors de la manière dont chaque gestionnaire s'acquitte *matériellement* de l'activité dont il a la charge⁵⁴.

1238. L'examen des échanges de certains membres de la Convention argentine de 1994 apporte de nouveau un éclairage intéressant quant au contenu des préoccupations du constituant sur le sujet. On pensera en particulier aux discours sur la révision de l'article 42 de la Constitution sur les droits des consommateurs qui apportent sur ce point une bonne illustration de ce type de discussion. Le premier alinéa de l'article dispose en effet qu'en tant que consommateurs, les usagers de biens et services bénéficient de plusieurs droits relatifs à la *protection de leur santé*, la *sécurité de leurs intérêts*, leur *liberté de choix*, le *droit à l'information* et enfin le droit à être traité de manière *équitable et digne*. Par cette rédaction, le constituant entend réguler l'offre de biens et services de manière à protéger les consommateurs contre les dérives connues du marché. Mais au-delà d'une simple régulation des relations de consommation entre des opérateurs privés, ces dispositions ont aussi pour effet d'influencer la gestion opérationnelle et matérielle du service public⁵⁵.

1239. Au même titre que les personnes privées, les institutions de gestion de services publics se trouvent par conséquent également tenues de s'assurer que la réalisation de ce service respecte les dispositions de l'article⁵⁶. Dès lors, à travers l'étude des intentions du constituant, on observe que les discussions sur la gestion concrète des services publics entendent favoriser une meilleure reconnaissance de l'institution en facilitant son articulation vis-à-vis des droits et libertés des administrés.

1240. Ainsi, à l'issue de ce second point de développement on aura compris que les discours relatifs à l'organisation du service public ont à la fois pour objet de déterminer la direction stratégique du service afin de donner vie à l'institution responsable de la mission de service public, et visent par ailleurs à établir

⁵⁴ BOUCHEREAU, Thibault. *Le choix des modes de gestion des services publics locaux*. *Op. cit.* pp. 28-29.

⁵⁵ Avec H. Etchichury, on remarque ici que le raisonnement du constituant n'est pas si éloigné de la critique opérée par Cass R. Sunstein concernant le *mythe du laissez-faire*. Cf. ETCHICHURY, Horacio. *Igualdad desatada... Op. cit.* pp. 198-199. Pour C. Sunstein en effet, « *personne n'est réellement opposé à l'intervention du Gouvernement. Même les individus les plus opposés aux interférences du Gouvernement dépendent de lui chaque jour. Leurs propres droits ne sont pas le produit d'un Gouvernement minimal, mais sont au contraire garantis par ce Gouvernement* » [nous traduisons]. Dès lors la doctrine du libre-échange elle-même fonctionne mieux grâce à l'intervention de l'État. « *La santé des marchés, affirme-t-il encore, dépend du Gouvernement* » [nous traduisons]. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights. FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York : Basic Books, 2004. p. 19. Par ailleurs, Ricardo S. Piana souligne que la rédaction de cet article se trouve sans doute inspirée par d'autres processus constituants régionaux ayant aussi intégré les droits du consommateur à leur charte fondamentale. Cf. PIANA, Ricardo S. *Integración económica y desconfianza constitucional. La (no) influencia de la Constitución de Brasil en la reforma constitucional argentina de 1994. Conexão Acadêmica*. 2015, Vol. 7, pp. 134-135.

⁵⁶ On remarque d'ailleurs que lors des discussions autour de l'article, certains constituants avaient pu réclamer l'introduction d'exigences supplémentaires pour garantir en particulier l'efficacité et la continuité du service public. On pensera par exemple aux propos tenus en ce sens par les représentants à la Convention Roberto O. Irigoyen et María C. Gúzman. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 32^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* pp. 4346, 4349.

certaines des modalités de gestion opérationnelle et matérielle du service. Ce second point peut par exemple prendre la forme de l'affirmation de certains droits et libertés particuliers des administrés, de manière à contraindre le service public à l'exécution de certaines prestations.

1241. L'étude de ces éléments vient ainsi compléter l'analyse relative au renforcement du service public. Mais comme le montre C. Boyer Capelle, la reconnaissance de nouveaux droits et libertés justifiant l'existence des services publics emporte aussi pour conséquence l'émergence de nouveaux conflits vis-à-vis des droits fondamentaux déjà consacrés par les textes constitutionnels. Le constituant se trouve alors tenu de discuter des limites à apporter aux services publics du fait de ces libertés.

B. LA RECONNAISSANCE DES DROITS ET LIBERTÉS, SOURCE D'INSTABILITÉ DU SERVICE PUBLIC

1242. Parmi les différents éléments abordés dans la thèse de C. Boyer-Capelle, un titre entier traite de la difficile conciliation de la garantie de service public avec les droits et libertés des agents et des administrés. Dans l'introduction de ce titre, l'auteur remarque d'emblée que « *la satisfaction des droits et libertés des différents acteurs du service public oblige [...] à arbitrer entre des impératifs souvent contradictoires* » et qu'« *entrer en contact avec le service public emporte en cela parfois pour l'agent comme pour l'utilisateur certaines inflexions au regard de la garantie des droits et libertés dont ils peuvent se prévaloir* »⁵⁷.

1243. Cette observation invite alors à s'interroger sur la nature des arbitrages opérés par le constituant dans le but d'atténuer les contradictions normatives inhérentes à la mise en œuvre des missions de service public. En suivant le raisonnement de C. Boyer-Capelle, ce second paragraphe se proposera donc d'examiner l'objet des discours constitutionnels relatifs à la limitation du service public du fait des libertés des usagers comme du fait de celles des agents.

1. Les discours sur la limitation du service public du fait des libertés des usagers

1244. En 1985, Pierre Delvolvé introduit l'édition du tout premier numéro de la *Revue française de droit administratif* par une réflexion sur le rapport entre *service public et libertés publiques*. Il y présente alors le service public comme une institution *menaçant les libertés publiques* en raison d'une part de *l'extension des interventions publiques* et d'autre part de *la restriction des activités privées*⁵⁸. À la lecture

⁵⁷ BOYER-CAPELLE, Caroline. *Le service public et la garantie des droits et libertés*. Op. cit. p. 523.

⁵⁸ DELVOLVÉ, Pierre. Service public et libertés publiques. *Revue française de droit administratif*. 1985, Vol. 1, n° 1, p. 3.

de cet article, C. Boyer-Capelle met toutefois en garde contre une interprétation trop extensive susceptible d'être donnée au concept de liberté publique. Avec Serge Regourd⁵⁹, elle coïncide en effet sur l'idée que la notion de liberté doit ici être réduite exclusivement aux libertés *économiques* que représentent la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie⁶⁰. D'ailleurs, dans son manuel de *Droit public de l'économie*, P. Delvolvé choisit lui-même d'associer les *principes libéraux* aux principes économiques. Au-delà des seules libertés assurant l'exercice d'activités économiques, lui propose de considérer aussi la spécificité du droit de propriété, sorte de méta-droit duquel dépendraient les possibilités d'exercice des autres libertés.

1245. Cette distinction apparaît ici utile à ce premier point de développement en ce qu'elle permet une compréhension plus précise de la nature des discours tenus par la constituant concernant la limitation du service public du fait des libertés des usagers.

a. Le service public face au droit de propriété

1246. Pour P. Delvolvé le droit de propriété est protéiforme. Historiquement appréhendé comme le droit de la *propriété immobilière* permettant de disposer du sol, ce droit connaît une première évolution à partir de la révolution de 1789 et du Code civil napoléonien de 1804 qui renforce la place accordée par la loi à la propriété des biens meubles. Le développement de techniques et d'usages nouveaux ainsi que la reconnaissance progressive de la nature juridique de certains biens fait par la suite évoluer ce droit afin de considérer d'autres formes de propriété telles que la propriété intellectuelle ou industrielle⁶¹.

1247. En Argentine comme dans la plupart des pays d'Amérique latine, l'accès massif à la propriété par les grands latifundistes à partir de la fin du XIX^{ème} siècle constitue un moyen de spoliation bien connu des terres indigènes⁶². Selon Aníbal Quijano, loin de favoriser la socialisation de l'ensemble des membres

⁵⁹ La critique proposée par C. Boyer-Capelle s'inspire elle-même d'un article publié en 1987 par Serge Regourd et dans lequel l'auteur met en exergue la *prévalence implicite de la liberté d'entreprendre*. Cf. REGOURD, Serge. Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours. *Revue de Droit Public*. 1987, Vol. 103, n° 1, p. 43.

⁶⁰ BOYER-CAPELLE, Caroline. *Le service public et la garantie des droits et libertés*. Op. cit. p. 245.

⁶¹ DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. 2^e éd. Paris : Dalloz, 2021. pp. 167-168.

⁶² Prenant l'exemple des pays andins, Aníbal Quijano explique à ce sujet que la spoliation des terres indigènes est le résultat d'un long processus historique. Durant la colonisation, la volonté de contrôle des peuples indigènes pousse la couronne espagnole à s'approprier de larges territoires et à définir plusieurs zones de résidence exclusives visant à fixer les populations autochtones sur le territoire. Lors de la décolonisation, Simon Bolivar, empreint de la culture civiliste napoléonienne, décrète la privatisation des terres indigènes afin de faciliter le commerce, sans que cela ne favorise immédiatement leur spoliation. Mais à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, l'entrée massive de capitaux étrangers, en particulier nord-américains, dans l'économie de certains États, renforce la dynamique d'asservissement des peuples indigènes, sacrifiés sur l'autel des intérêts spéculatifs miniers et agricoles. Cf. QUIJANO, Aníbal. *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires : CLACSO, 2020. p. 723. En Argentine, la *Conquête du Désert* menée par le général Roca entre 1879 et 1886 pour asservir les populations indigènes des territoires de la Pampa et de la Patagonie contribuera à accélérer massivement ce phénomène de spoliation. Cf. BRIONES,

de la jeune nation argentine, ce procédé contribue au contraire à renforcer la stigmatisation et la ségrégation d'une partie de sa population et explique sans doute en partie les crises récurrentes de la construction de l'État nation argentin depuis sa fondation⁶³. En outre, en suivant R. Gargarella, on comprend aussi que cette reconnaissance limitée de la propriété indigène affecte les possibilités communicationnelles des groupes minoritaires qui ne peuvent plus alors défendre convenablement leurs droits fondamentaux⁶⁴.

1248. L'analyse des discussions constitutionnelles concernant le dix-septième alinéa de l'article 75 de la Constitution argentine laisse néanmoins penser que la question du renforcement de la protection de la propriété indigène n'est pas négligée par le constituant de 1994. Loin de se limiter à la seule reconnaissance de la préexistence ethnique et culturelle des communautés⁶⁵, cet alinéa réaffirme l'obligation de protection de certains droits fondamentaux au titre desquels figure notamment le droit de propriété des terres occupées traditionnellement par les peuples indigènes⁶⁶. L'intérêt de cette protection est ici très clair : face aux carences d'un Code civil inspiré par une tradition occidentale totalement étrangère aux problématiques locales, le constituant entend préserver l'héritage culturel et le rapport particulier que les populations indigènes entretiennent avec la *terre*⁶⁷. L'introduction dans la Constitution d'un droit spécial de propriété contribue ainsi à protéger ces populations contre toute activité étrangère, y compris de service public, allant à l'encontre de leurs propres intérêts.

b. Le service public face aux libertés économiques

1249. Du point de vue de P. Delvolvé, il n'est rien de moins évident que de définir avec précision la nature de libertés économiques. Dans le droit français par exemple, « *liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie sont liées dans certaines décisions du Conseil d'État, distinguées dans d'autres ; ailleurs, il s'agit à la fois de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté de la concurrence* ». En outre, ces libertés peuvent dans certains cas « *se combiner avec la liberté contractuelle* », et toutes s'articulent désormais avec « *les libertés reconnues par le droit de l'Union européenne* »⁶⁸.

Claudia et DELRIO, Walter. La "Conquista del Desierto" desde perspectivas hegemónicas y subalternas. *Runa*. 2007, Vol. 27, pp. 23-48.

⁶³ QUIJANO, Aníbal. *Cuestiones y horizontes...* Op. cit. p. 902.

⁶⁴ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010...* Op. cit. p. 180.

⁶⁵ Cf. *Infra*. n°619.

⁶⁶ FACCENDINI, Aníbal. El ambiente : distintas concepciones. Evolución hacia la totalidad ambiental. Dans : FACCENDINI, Aníbal, PETRELLA, Ricardo et BOFF, Leonardo, *La nueva humanización del agua: Una lectura desde el ambientalismo inclusivo*. Buenos Aires : CLACSO, 2019, pp. 53-54.

⁶⁷ Cet argumentaire est notamment tenu par le représentant à la Convention Rodolfo Diaz. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). Op. cit. pp. 4084.

⁶⁸ DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Op. cit. pp. 105-106.

1250. C'est d'ailleurs sur ce dernier point que l'action du constituant français semble avoir été la plus décisive. Dans un article qu'ils consacrent en 2015 au *droit constitutionnel* et à la *liberté de la concurrence*, Patrick Hubert et Adrien Castan remarquent à ce titre que la révision de 2008 portant sur la reconnaissance constitutionnelle du traité de Lisbonne a notamment eu pour conséquence de permettre la constitutionnalisation du droit de la concurrence⁶⁹. Au cours des débats relatifs aux aménagements constitutionnels nécessaires à l'intégration du traité, certains députés s'étaient alors inquiétés du fait que la consécration des libertés économiques contenues dans le texte ne mette en péril le service public. Dans un discours tenu lors de la séance publique du 15 janvier 2008⁷⁰, le député communiste Jean-Paul Lecoq avaient ainsi qualifié de *darwinien*, le nouveau système social qui, du fait d'une privatisation accrue des biens communs, de la domination des intérêts privés sur l'intérêt général, ou de l'identification de l'État à ces mêmes intérêts, conduirait fatalement à la destruction des liens de solidarité justifiant l'existence de certains services. L'analyse de la mise en œuvre des traités de Lisbonne pousse à relativiser cette crainte⁷¹, mais on devra néanmoins reconnaître que rien au moment de la révision constitutionnelle ne permet d'anticiper le contenu des lois organisant cette libéralisation, laissant ainsi courir le risque d'un affaiblissement des institutions de gestion et d'exécution des services publics.

1251. Ainsi, après ce premier point de développement, on sera en mesure de comprendre que la reconnaissance des institutions de gestion au service de l'État ne peut pas faire l'économie des discussions constitutionnelles autour des droits et libertés affectés par la mise en place du service. Le recours aux exemples des libertés économiques et du droit de propriété a ainsi permis de montrer que les services publics ne pouvaient être exempts d'aménagements visant à limiter l'atteinte de certains droits fondamentaux des usagers.

1252. Par ailleurs, d'autres réflexions sont aussi menées du côté de la liberté des agents œuvrant pour le service public. Sur ce point aussi, les réflexions du constituant devront prétendre à la recherche d'un

⁶⁹ HUBERT, Patrick et CASTAN, Adrien. Droit constitutionnel et liberté de la concurrence. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2015, Vol. 4, n° 49, p. 17. Le premier alinéa de l'article 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne stipule ainsi que « L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants : a) l'union douanière ; b) l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ; c) la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro ; d) la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche ; e) la politique commerciale commune ». Ainsi, l'ensemble des services publics qui se trouvaient jusqu'alors mobilisés dans l'exercice de ces compétences voient leurs activités réorganisées sous l'autorité de l'Union européenne.

⁷⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIIe Législature - Session ordinaire 2007-2008 - 98e séance... *Op. cit.* p. 214.

⁷¹ En réalité, comme le précise notamment Pierre Bauby, la libéralisation des activités économiques n'impose pas seulement aux opérateurs de respecter les règles de la concurrence mais contraint aussi au respect des obligations de service public. Cf. BAUBY, Pierre. *L'europeanisation des services publics*. Paris : Presses de Sciences Po, 2011. p. 181.

équilibre entre préservation des libertés individuelles et obligations de service. Ce second élément guidera donc le prochain point de développement.

2. *Les discours sur la limitation du service public du fait des libertés des agents*

1253. La liberté des agents de service public⁷² n'est pas épargnée par les paradoxes normatifs entre respect des droits fondamentaux et obligation d'exécution du service. Dans bien des cas en effet le législateur et le juge, se trouvent confrontés à la difficulté de concilier les droits des agents avec ceux des administrés. Or le constituant lui non plus n'est pas étranger à cette question. Dans le titre de sa thèse qu'elle consacre au développement de cette observation, C. Boyer-Capelle se propose de distinguer les conflits inhérents à la liberté de conscience des agents de ceux relatifs à leurs libertés professionnelles⁷³.

1254. Pour comprendre l'objet de l'intervention du constituant dans ce domaine, on se proposera de suivre ce raisonnement en étudiant tour à tour les discours relatifs à ces deux libertés.

a. **Le service public face à la liberté de conscience**

1255. En 1994, lors de sa participation à un colloque organisé à Amiens autour de la notion de *for intérieur*, D. Lochack proposait de considérer la *liberté de conscience* comme « *le droit d'adhérer aux convictions de son choix et d'y conformer son attitude* »⁷⁴. De même, dans leur manuel de *Libertés publiques*, Jean Rivero et Hugues Moutouh assimilent cette liberté à « *la possibilité donnée à chaque homme de déterminer par lui-même ce qu'il croit vrai dans quelque domaine que ce soit* »⁷⁵. Ces deux définitions, qui introduisent le chapitre de C. Boyer-Capelle relatif à la relation entre service public et liberté de conscience⁷⁶, sont ici utiles à la compréhension d'un discours tenu par le constituant français de 1946 concernant l'inclusion dans le préambule de la Constitution du *principe de laïcité*.

1256. Dans sa thèse de doctorat sur *La conscience en droit social*, Alice Mannes rappelle en effet que l'obligation administrative de respect du principe de laïcité *se répercute* sur les agents du service public

⁷² La notion d'agent du service public sera comprise chez C. Boyer-Capelle selon deux acceptions. Du point de vue substantiel, cette qualité suppose que « *la personne soit employée par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif* ». Une définition formelle permettra par ailleurs de considérer que relève de la qualité d'agent public toute personne soumise au régime du droit administratif de la fonction publique. Cf. BOYER-CAPELLE, Caroline. *Le service public et la garantie des droits et libertés*. Op. cit. p. 601.

⁷³ *Ibid.* p. 523.

⁷⁴ LOCHAK, Danièle. *Le droit et les paradoxes de l'universalité*. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p. 180.

⁷⁵ RIVERO, Jean et MOUTOUH, Hugues. *Libertés publiques/2*. Vol. 2. 7^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2003. p. 129.

⁷⁶ BOYER-CAPELLE, Caroline. *Le service public et la garantie des droits et libertés*. Op. cit. p. 525.

en les contraignant à s'abstenir de toute ostentation religieuse dans l'exercice de leurs activités professionnelles⁷⁷. L'analyse des discussions constitutionnelles de 1946 met en exergue la volonté de renforcer ce principe. Au cours des débats concernant le premier projet de Constitution, le député Jean Binot avait en ce sens fait remarquer que le projet d'une *école de la IV^{ème} République* ne pouvait être mené à bien sans la consécration constitutionnelle de la laïcité, *expression juridique de la tolérance* entre les citoyens⁷⁸. De la même manière, lors des discussions sur le second projet, le député Maurice Schumann avait rappelé le devoir de l'État de permettre à chaque citoyen de vivre *conformément aux exigences de sa conscience*, cette posture impliquant selon lui une obligation de neutralité des services publics, en particulier dans l'enseignement⁷⁹.

1257. L'intention affichée ici par le constituant n'est pas nouvelle⁸⁰ mais démontre toutefois la préoccupation des rédacteurs de la Constitution face aux possibilités d'altération du service public du fait de la liberté de conscience des agents. Du reste, comme l'observe à juste titre A. Mannes, les exemples français relatifs aux refus de certains maires de marier des couples homosexuels en dépit de l'existence depuis 2013 d'une loi autorisant le mariage entre personnes du même sexe témoigne de la réminiscence régulière de cette problématique⁸¹.

b. Le service public face aux libertés politiques

1258. Pour C. Boyer-Capelle l'affirmation progressive des droits collectifs, notamment professionnels, modifie en profondeur la *position de l'agent face aux pouvoirs publics*⁸². Une illustration intéressante pourra être apportée à travers l'exemple du *droit de grève*. Pour Éric Devaux, la reconnaissance de ce droit est susceptible d'entraîner deux sortes de problèmes au sein du service public. D'une part, la possibilité des agents de l'État de faire grève se pose en contradiction avec le principe de continuité du service public. En effet, le choix de l'État d'accorder le statut de service public à certaines activités étant systématiquement justifié par l'intérêt général et le caractère essentiel de ces activités, il apparaît difficile

⁷⁷ MANNES, Alice. *La conscience en droit social*. OLIVIER, Jean-Michel (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Panthéon-Assas, 2018. p. 101.

⁷⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante – 1^{re} Séance du Jeudi 14 mars 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des débats de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. Mars 1946, n° 25, p. 780.

⁷⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante – 2^e séance du mardi 3 septembre 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. Septembre 1946, n° 86, p. 3474.

⁸⁰ Afin de compléter ce point, on pourra se reporter à la thèse de Laurent Maronneau sur *Le milieu de la laïcité*. Cf. MARONNEAU, Laurent. *Le milieu de la laïcité. Contextes, espaces et temps*. GOETZ, Benoît, RESWEBER, Jean-Paul (dir.). Thèse de doctorat, philosophie. Metz : Université de Lorraine, 2016. p. 64.

⁸¹ MANNES, Alice. *La conscience en droit social*. *Op. cit.* pp. 105-106.

⁸² BOYER-CAPELLE, Caroline. *Le service public et la garantie des droits et libertés*. *Op. cit.* p. 602.

d'admettre la possibilité d'une cessation, même temporaire, de leur exercice⁸³. D'autre part, la fonction publique étant d'abord régie par des règlements administratifs et non par la loi, certains ont pu considérer comme superflue la reconnaissance d'un droit d'abord destiné à contester le cadre législatif régissant les pratiques professionnelles de droit commun⁸⁴.

1259. Ces problématiques ont pu se poser au constituant argentin avec une acuité particulière lors des révisions constitutionnelles de 1957 et de 1994. Le droit de grève apparaît dans la Constitution argentine à rebours des droits sociaux déjà consacrés par la révision de 1949⁸⁵, et cet « oubli » apparaît dès lors symptomatique du statut particulier accordé au service public au moment de la réforme. Il faut en réalité attendre 1957 pour voir les représentants communistes de la Convention constituante réclamer l'introduction de ce nouveau droit dans la Constitution, en parallèle de revendications concernant la semaine de quarante heures, le salaire minimum, ou la pénalisation des atteintes patronales aux droits politiques des salariés⁸⁶. En 1994, le débat autour du droit de grève prend une autre tournure. Dénonçant une application limitée et une lecture jurisprudentielle souvent conservatrice de la possibilité de faire valoir cette liberté, certains constituants appuient l'idée d'une reconnaissance constitutionnelle des conventions internationales de droit du travail déjà ratifiées par l'État argentin, afin de renforcer et de généraliser la protection de ce droit à un ensemble plus large de travailleurs⁸⁷. À travers ces revendications, les constituants de 1957 et 1994 cherchent donc à concilier le développement du service public avec le respect des libertés professionnelles y compris pour les agents de l'État. Aussi, la reconnaissance du droit de grève s'intègre dans la dynamique d'un renforcement de ces libertés en ouvrant la possibilité à une limitation ponctuelle du principe de continuité du service public.

1260. Par cette ultime analyse s'achève donc l'examen des discours sur la limitation du service public du fait des libertés fondamentales des agents et, dans une plus large mesure, celui des discussions sur l'articulation entre obligations de service public et reconnaissance des droits des individus. D'une part, le développement des institutions de service public, leur valorisation en tant qu'acteurs autonomes tenus à l'exécution de prestations d'intérêt général pour le compte de l'Administration, peut se voir contrarier par l'affirmation de certaines libertés des usagers telles que le droit de propriété ou les libertés économiques.

⁸³ DEVAUX, Éric. *La grève dans les services publics*. MORANGE, Jean (dir.). Thèse de doctorat, droit. Limoges : Université de Limoges, 1993. p. 74.

⁸⁴ Ce second argument, aujourd'hui largement dépassé, était surtout soutenu par la jurisprudence antérieure à 1945. Cf. *Ibid.* p. 75.

⁸⁵ HERRERA, Carlos Miguel. *Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine*. *Op. cit.* pp. 94-95.

⁸⁶ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 17^a Reunión - 2^a Sesión Extraordinaria. *Diario de sesiones*. Santa Fé, 15 octobre 1957, p. 858.

⁸⁷ Cet argument est notamment soutenu par le représentant à la Convention pour la capitale fédérale Pedro J. Kesselman au cours de la session du 3 août 1994. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 23^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2954.

D'autre part, ce développement se trouve souvent freiné par la revendication des droits fondamentaux des agents administratifs eux-mêmes au rang desquels figure, par exemple, le droit de grève ou la liberté de conscience.

1261. Avec cela se conclut également le premier développement sur les institutions de gestion au service de l'État. Ces institutions trouvent leur légitimité dans la protection des droits et libertés des individus, et c'est d'abord de la reconnaissance de ces droits que dépend l'existence du service. Le basculement d'un État libéral-conservateur à un État libéral-égalitariste, entériné en France comme en Argentine après la Seconde Guerre mondiale, favorisera ainsi la légitimation progressive des services publics économiques, sociaux et socio-culturels. Par ailleurs, le constituant renforce encore ces institutions en traitant des questions stratégiques, opérationnelles et matérielles relatives à l'organisation du service. Pour autant, l'importance accordée au renforcement de ces institutions de gestion ne peut pas masquer l'émergence de conflits entre activités de service publics et protection des droits fondamentaux des agents et des usagers. Le constituant, on vient de le voir, se trouve donc aussi tenu d'articuler la protection légitime de ces libertés avec l'exécution des services.

1262. À la suite de ces réflexions, on sera parvenu à expliquer le rôle joué par le constituant en matière de reconnaissance d'une première catégorie d'institutions de la périphérie interne destinées à la *gestion des services de l'État*. Dans le développement qui va suivre, on s'intéressera à une seconde catégorie d'acteurs regroupant les institutions de la périphérie interne exerçant des activités de *contrôle au service de l'État*.

§ II. LES INSTITUTIONS DE CONTRÔLE DU SERVICE DE L'ÉTAT

1263. En 1984, Carlos Nino publie la première édition de son *Éthique des droits de l'Homme*, essai majeur de la théorie politique argentine des années 1980 qui contribue à un renouvellement de la réflexion autour de la construction de l'État de droit au lendemain de la dictature. Parmi les diverses réflexions développées par l'auteur, l'une concerne particulièrement le débat moral autour de la responsabilité de l'État du fait des actions ou des omissions de l'Administration. Afin de mettre en exergue toute les nuances doctrinales résultant de cette discussion, Nino propose de prendre l'exemple des droits à la vie et à l'intégrité corporelle en partant de l'interrogation suivante :

Le droit à la vie ou à l'intégrité corporelle est-il protégé lorsque l'État s'abstient de porter atteinte activement à ce type de bien et interdit aux individus

de faire de même, ou ces droits sont-ils seulement respectés quand l'État apporte les garanties nécessaires à la préservation de ces biens et oblige les individus à contribuer à ces garanties ? [nous traduisons]⁸⁸.

1264. À travers cette formulation, Nino laisse percevoir deux réponses distinctes. La première, libérale-conservatrice, est donnée par Robert Nozick. Dans les pages d'*Anarchy, State and Utopia*, Nozick défend l'idée que l'obligation faite à quelqu'un de soutenir le bien être d'autrui constitue une violation de ses droits, et que réciproquement, un individu ne peut se considérer victime de la violation de ses propres droits si un tiers ne lui fournit pas les choses essentielles à son existence⁸⁹. De ce point de vue, la posture de l'État consiste seulement à prévenir l'atteinte des droits et libertés individuels, mais ce dernier ne peut en aucun cas intervenir pour forcer les individus à l'accomplissement d'actions dont ils ne consentiraient pas spontanément, même si cela concourt au bénéfice d'une plus grande protection des droits d'autres individus. La réponse libérale-égalitariste est quant à elle radicalement différente, ses partisans préférant une lecture utilitariste et téléologique des obligations morales⁹⁰. La justesse d'une norme ne se trouve plus évaluée en fonction de l'atteinte possible aux libertés d'action des individus, mais dépend plutôt du résultat des actions elles-mêmes⁹¹. Le rôle de l'État apparaît désormais changé. Sa volonté de régulation des activités individuelles peut dans ce cas être considérée comme moralement bonne si cette régulation contribue à éviter ou à limiter la survenance d'un plus grand mal. En conséquence, son inaction peut aussi être moralement condamnable si, du fait de cette abstention, l'État ne permet pas d'empêcher ou d'atténuer ce mal⁹².

1265. À l'exception peut-être des pouvoirs régaliens de police, limités à la prévention strictement passive des atteintes aux possibilités d'action individuelles, tous les services de l'État peuvent être appréhendés selon la perspective utilitariste d'une amélioration globale des conditions de vie des administrés. Dans cette dynamique, le premier développement de cette section a montré qu'une des tâches du constituant en la matière consistait à reconnaître et à organiser le service public afin d'offrir au plus grand nombre une garantie de respect de certains droits fondamentaux de l'existence. Reste qu'en intervenant en amont de toute mise en œuvre des services de l'État, le constituant n'est susceptible d'appréhender les atteintes excessives aux libertés des administrés que de manière abstraite et limitée, et

⁸⁸ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. Op. cit. p. 314.

⁸⁹ NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York : Basic Books, 1974. p. 30.

⁹⁰ NAGEL, Thomas. *Mortal questions*. 4^e éd. New York : Cambridge University Press, 1982. p. 114.

⁹¹ SINGER, Peter. *Democracy and disobedience*. Oxford : Clarendon press, 1973. p. 98.

⁹² GLOVER, Jonathan. *Causing Death and Saving Lives. The moral problems of abortion, infanticide, suicide, euthanasia, capital punishment, war, and other life-or-death choices*. Londres : Pinguin Group, 1990. pp. 92-93. Avec Thomas Nagel, on appréciera ici le conditionnel de cette affirmation. En effet, l'intervention de l'État dans la régulation des droits des individus devra dans les faits, être justifiée au cas par cas, selon le degré d'importance des besoins vitaux des individus. Cf. NAGEL, Thomas. *Mortal questions*. Op. cit. p. 114.

il lui incombe dès lors de confier à d'autres institutions le soin de contrôler l'implémentation quotidienne de ces activités. Outre les pouvoirs judiciaires déjà largement abordés dans le chapitre précédent, on considère avec C. Boyer-Cappelle que le constituant s'attache aussi à créer, en périphérie de l'Administration, des institutions autonomes de contrôle des activités de service public⁹³.

1266. Ainsi, c'est à l'examen de ces institutions que sera consacré ce second développement. Deux exemples permettront d'éclairer le rôle de ces organismes. L'exemple français du Défenseur des droits sera en premier lieu utile pour comprendre les mécanismes de contrôle des atteintes aux libertés des administrés du fait des activités de l'État (A.). L'analyse, en second lieu, de l'institution argentine du Défenseur du Peuple sera quant à elle axée sur le contrôle des atteintes aux libertés des administrés du fait de l'inaction de l'État (B.).

A. LE CONTRÔLE DE L'ATTEINTE AUX LIBERTÉS EN RAISON DES ACTIONS DE L'ÉTAT : L'EXEMPLE FRANÇAIS DU DÉFENSEUR DES DROITS

1267. La perspective libérale-égalitariste de l'État interventionniste ne se substitue pas à la construction libérale-conservatrice prédominante jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle. Elle la complète au contraire, et impose au constituant de se faire l'arbitre des libertés des administrés affectées par l'implémentation du service public⁹⁴.

1268. Pour justifier sa théorie de l'État minimal, Nozick défend l'idée lockéenne que les droits individuels représentent un *espace moral* dont il ne serait possible de franchir les limites qu'en contrepartie d'une juste compensation⁹⁵. L'approche finaliste de la théorie libérale-égalitariste ne rejette pas cette idée, mais déplace le principe d'une compensation individuelle vers la satisfaction collective d'un plus grand bien commun.

1269. Dès lors, s'il veut concilier ces deux postures, le constituant est tenu de contribuer à la mise en place d'organismes de contrôle visant à préserver les droits fondamentaux des administrés des excès du service public. En France, la création de la figure du Défenseur des droits par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 s'inscrit dans cette dynamique. Le premier alinéa du nouvel article 71-1 portant création du Défenseur des droits est d'ailleurs explicite à ce sujet. Ce dernier se voit en effet chargé de veiller au

⁹³ BOYER-CAPELLE, Caroline. *Le service public et la garantie des droits et libertés*. Op. cit. p. 195.

⁹⁴ Cf. *Infra*. n°1242.

⁹⁵ NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York : Basic Books, 1974. p. 57. Nozick renvoie par ailleurs aux travaux d'Erving Goffman sur les *territoires du moi* pour apporter une justification sociologique à sa propre approche. Cf. GOFFMAN, Erving. *Relations in Public. Microstudies of the Public Order*. New York : Basic Books, 1971. pp. 28-61.

respect des droits et libertés des individus « *par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi attribue des compétences* »⁹⁶.

1270. Cette rédaction permet d'entrevoir deux préoccupations du constituant sur le sujet, la première liée aux activités de l'Administration elle-même, et la deuxième concernant celles des acteurs de la périphérie interne de l'espace public politique. Ces deux éléments feront donc l'objet de la présente analyse.

1. Les discours sur l'intervention du Défenseur des droits du fait des activités administratives

1271. Dans ses travaux sur le service public, J. Chevallier attache une grande importance à expliquer la complexité de l'émergence des obligations de service public⁹⁷. D'abord limitées aux activités régaliennes d'émission de monnaie, de sécurité de l'État ou d'organisation de la Justice, celles-ci s'étendent progressivement à de nombreuses autres activités économiques et sociales relevant de l'éducation, de la santé, de l'énergie, ou des communications⁹⁸.

1272. L'action de l'Administration est ainsi de plus en plus guidée et contrainte, mais la multiplication de ses prérogatives rend aussi son contrôle plus diffus facilitant ainsi une défiance du pouvoir exécutif devant les injonctions programmatiques de la législation. Cette difficulté semble donc être l'une des raisons motivant l'initiative du constituant français en vue de la création du Défenseur des droits, celui-ci agissant pour encadrer l'intervention des services administratifs de l'État à la fois dans sa forme concentrée et décentralisée.

a. L'encadrement de l'Administration centrale

1273. « *Il ne faut pas réduire les contrôles pesant sur l'administration au contrôle opéré par le juge administratif* »⁹⁹. Cette remarque, formulée par Bertrand Seiller dans le glossaire critique de son ouvrage

⁹⁶ TEITGEN-COLLY, Catherine. La commission nationale consultative des droits de l'Homme et la création du défenseur des droits. *Revue française d'administration publique*. 2011, Vol. 3, n° 139, p. 414. Avec Arnaud Barbier, on remarquera en outre que l'ultime partie de l'alinéa élargit considérablement le champ de compétences du Défenseur des droits et ouvre la possibilité de saisine y compris concernant les agissements de certaines personnes privées. Cf. BARBIER, Arnaud. *Les activités privées de sécurité à l'épreuve du droit public français : contribution à l'étude des mutations de la police administrative*. DESMONS, Eric (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Sorbonne Paris Cité, 2018. p. 51.

⁹⁷ Cf. *Infra*. n°1216.

⁹⁸ CHEVALLIER, Jacques. Les nouvelles frontières du service public. *Regards croisés sur l'économie*. 2007, Vol. 2, n° 2, p. 15.

⁹⁹ SEILLER, Bertrand. *Droit administratif/2. L'action administrative*. Paris : Flammarion, 2016. p. 331.

sur *L'action administrative*, invite à considérer deux catégories d'organes destinés au contrôle administratif. Les organes externes correspondent tout d'abord aux institutions du centre du système politique, mais situées toutefois à l'extérieur de la sphère administrative. L'exemple le plus éloquent sera celui des juridictions administratives. Les organes internes regroupent quant à eux une pluralité d'acteurs qui peuvent être assimilés aux institutions administratives dotées d'une prérogative d'autocontrôle. Dans le système juridique français on pensera par exemple à l'inspection générale des finances, l'inspection générale de l'administration ou l'inspection générale des affaires sociales, mais aussi à la Cour des comptes ou aux services préfectoraux¹⁰⁰.

1274. Dans ce schéma, B. Seiller place le Défenseur des droits parmi les institutions du contrôle interne, mais reconnaît toutefois que son statut d'autorité administrative indépendante lui confère une certaine singularité. Néanmoins, à partir de la typologie des sphères de pouvoir proposée par B. Peters, cette singularité permet plutôt de considérer cet organe comme une sphère de pouvoir de la périphérie interne du système politique, c'est-à-dire détachée de l'Administration mais destiné à en contrôler les activités de manière toutefois distincte du contrôle juridictionnel¹⁰¹.

1275. C'est d'ailleurs dans cette direction que semble porter l'argument de la garde des Sceaux Rachida Dati lors de la défense de l'article relatif au Défenseur des droits du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République. « *Le Défenseur, explique-t-elle, pourra être saisi par toutes les personnes dont les droits auront été méconnus par l'administration, et nous pourrons lui confier de véritables pouvoirs de contrôle de l'administration* », l'objectif étant à terme « *de rationaliser [...] les différentes autorités administratives indépendantes qui existent dans ce domaine* »¹⁰². L'intention du constituant est donc ici de faire du Défenseur des droits un organe accessible et indépendant permettant de renforcer le contrôle des activités administratives par tout acteur de l'espace public autonome susceptible de voir ses droits affectés par les activités de l'Administration¹⁰³.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 332.

¹⁰¹ Le champ de compétences du Défenseur des droits s'étend ainsi à de nombreux domaines et concerna aussi bien le *mauvais fonctionnement de l'Administration*, que les *droits fondamentaux de l'enfant*, la *lutte contre les discriminations*, le *respect des règles déontologiques* de la part des agents de sécurité, ou la *protection des lanceurs d'alerte*. Cf. GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS. *Le guide des étrangers face à l'administration. Droits, démarches, recours*. Paris : La Découverte, 2022. pp. 73-76.

¹⁰² ASSEMBLÉE NATIONALE. XIII^e Législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 175^e séance... *Op. cit.* p. 2712.

¹⁰³ À titre d'illustration de mise en œuvre des prérogatives du Défenseur des droits dans ce domaine, on pourra avec Hervé Rose, citer le protocole signé le 5 juin 2012 entre la Caisse Primaire d'Assurance Maladie et le Défenseur des droits afin de « *garantir l'harmonisation des modalités d'application de la législation de l'assurance maladie, sur l'ensemble du territoire* » et d'« *améliorer l'accès aux droits et la qualité du service rendu aux usagers* ». Cf. ROSE, Hervé. *Le Défenseur des droits et la protection sociale. Regards*. 2015, Vol. 1, n° 47, p. 152. De la même manière, on rappellera que le Défenseur des droits est compétent depuis le 1^{er} mai 2011, en matière de protection du droit des enfants. Cette nouvelle compétence, allant dans le sens de la rationalisation des autorités administratives indépendantes réclamée en 2008 par la ministre de la justice, permet au Défenseur

b. L'encadrement de l'Administration territoriale

1276. Dans la rédaction prévue par le projet de loi constitutionnelle initial, l'article 71-1 relatif au Défenseur des droits entendait confier à une loi organique le soin de définir les modes d'intervention et le champ de compétence de la nouvelle institution¹⁰⁴. Devant la confusion générée par cette proposition¹⁰⁵, le rapporteur de la commission des lois constitutionnelles du Sénat, Jean-Jacques Hiest, avait alors mis au vote l'introduction d'un amendement visant à préciser la nature des institutions soumises au contrôle de cette autorité¹⁰⁶. L'amendement retenu avait ainsi permis de faire du Défenseur des droits le gardien du respect des droits et libertés non seulement par les administrations *de l'État*, mais aussi par celles des *collectivités territoriales*.

1277. Cette précision renforce dès lors la possibilité du Défenseur des droits d'intervenir dans la gestion et l'exécution des activités administratives de organes décentralisés de l'État de manière à assurer un contrôle plus efficace de l'Administration. Des illustrations éloquentes de ce type de contrôle concernent par exemple l'étude menée par le Défenseur des droits en matière d'égalité d'accès des enfants aux cantines scolaires¹⁰⁷ ou l'avis transmis en 2016 à la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale concernant les crédits à intégrer dans la loi de finances de 2017 pour satisfaire à la *prise en charge départementale des mineurs étrangers non accompagnés*¹⁰⁸. Dans un cas comme dans l'autre, la

des droits de se substituer à l'ancien Défenseur des enfants. Cette prérogative vise en particulier à protéger les mineurs étrangers, les enfants roms, ou ceux situés dans des centres de rétention administrative, des atteintes à leurs droits fondamentaux du fait des activités de l'Administration. Cf. BUI-XUAN, Olivia. Le défenseur des enfants : une émancipation réussie. *Revue française d'administration publique*. 2011, Vol. 3, n° 139, p. 366.

¹⁰⁴ FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République...* *Op. cit.* p. 13.

¹⁰⁵ Une remarque en ce sens avait notamment pu être formulée par l'ancienne garde des Sceaux Élisabeth Guigou qui craignait une confusion entre le Défenseur des droits et la fonction nouvellement créée de *contrôleur général des lieux de privation de liberté*. Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIIe Législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 175e séance... *Op. cit.* p. 2710.

¹⁰⁶ HUEST, Jean-Jacques. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la Ve République, par M. Jean-Jacques Hiest, Sénateur*. Rapport du Sénat n°387. Paris : Sénat, 11 juin 2008. p. 207.

¹⁰⁷ En 2013, le Défenseur des droits publiait les résultats d'une étude menée dans le courant de l'année précédente concernant *L'égal accès des enfants à la cantine de l'école primaire*. Ce rapport faisait suite à une série de réclamations de parents d'élèves dont les enfants s'étaient vus refuser l'accès à la cantine de leur établissement pour des raisons de santé ou de handicap ou en raison de difficultés de paiement du service. Le Défenseur des droits avait alors justifié son intervention « au titre de l'accès aux droits et des difficultés rencontrées par nos concitoyens avec les services publics ; au titre du principe d'égal accès aux services publics et du principe de non-discrimination à l'égard des enfants [...] au titre des droits de l'enfant et de la défense de son intérêt supérieur ». Cf. ASSOCIATION JEUNESSE ET DROIT. *L'égal accès des enfants à la cantine de l'école primaire* 28 mars 2013 - Rapport du Défenseur des droits. *Journal du droit des jeunes*. 2013, Vol. 7, n° 327. p. 23.

¹⁰⁸ Dans cet avis, le Défenseur des droits transmettait au législateur son opinion concernant la répartition des compétences entre l'État et les départements au sujet de la gestion des mineurs isolés non accompagnés sur le territoire français. Constatant les difficultés des départements à remplir leur mission de protection de cette population, le Défenseur des droits avait alors émis plusieurs recommandations visant à renforcer l'appui de l'État pour soutenir les départements, cette coopération pouvant prendre des formes diverses telles que « le remboursement par l'État du coût réel de la mise à l'abri » des mineurs isolés ou « la mise à disposition de l'État

constitutionnalisation des domaines d'intervention du Défenseur des droits rend son action plus légitime contribuant ainsi à exercer une influence plus grande dans la gestion des services de l'Administration.

1278. Ainsi, à l'issue de ce premier point de développement, on sera parvenu à montrer que les discours constitutionnels concernant les atteintes aux droits et libertés du fait des activités de l'État prennent en premier lieu la forme de discussions entourant les domaines d'intervention des institutions de contrôle de ces activités. L'exemple français du Défenseur des droits est ainsi venu illustrer l'objet de certaines discussions relatives au contrôle des activités étatiques et territoriales de l'Administration. L'étude de l'article 71-1 de la Constitution traitant de cette institution révèle toutefois que les organes de la périphérie interne du système politique font aussi l'objet de la vigilance du Défenseur des droits. Ce second aspect devra donc aussi être analysé.

2. *Les discours sur l'intervention du Défenseur des droits du fait des activités de service public*

1279. La deuxième partie du premier alinéa de l'article 71-1 de la Constitution française de 1958 dispose que le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés « *par les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences* ». Avec J. Chevallier, on comprend que cette formulation illustre, en arrière-plan, un changement de paradigme dans l'appréciation que le constituant fait du service public. À la formule traditionnelle d'une gestion administrative en régie directe se substituent progressivement la création d'établissements publics spécialisés et dotés d'une personnalité juridique propre, ou des techniques de délégation du service public à des organismes privés¹⁰⁹.

1280. Sensible à cette évolution, le constituant entend ainsi élargir le champ d'action du Défenseur des droits aux institutions de la périphérie externe investies d'une mission de service public. Dans cette perspective, l'objet de ce second point de développement sera donc d'expliquer comment les discussions constitutionnelles contribuent à rendre effectif le contrôle du Défenseur des droits sur ces institutions.

(via les préfectures) de bâtiments pouvant accueillir la mise à l'abri de ces jeunes gens dans des conditions satisfaisantes ». Cf. TOUBON, Jacques. Avis 17-10 du 11 octobre 2017 relatif au projet de loi de finances pour 2018 – Crédits de la mission « solidarité ». Avis n°17-10. Paris : Défenseur des droits, 11 octobre 2017. p. 14. À la lecture de l'article de Michel Borgetto sur *La décentralisation des politiques sociales*, il semble que l'avis publié par le Défenseur des droits en 2016 ait contribué à renforcer la participation de l'État en matière de gestion des mineurs isolés non accompagnés. Toutefois, les dépenses engagées demeurent insuffisantes au regard des nécessités liées à l'évaluation, l'accueil d'urgence et la prise en charge de ces mineurs isolés. Cf. BORGETTO, Michel. La décentralisation des politiques sociales en question(s). *Regards*. 2019, Vol. 2, n° 56, p. 60.

¹⁰⁹ CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. Op. cit. pp. 101-102.

a. L'encadrement des établissements publics

1281. Dans leur manuel de *Droit administratif*, Martine Lombart, Gilles Dumont et Jean Sirinelli donnent de la notion d'établissement public la définition suivante : « *personne publique instituée par l'État ou une collectivité territoriale pour gérer une activité déterminée, dans des conditions échappant tant au droit privé qu'aux contraintes, notamment budgétaires, incombant aux autres personnes morales de droit public* »¹¹⁰.

1282. Le statut particulier de ces établissements et leur rôle prépondérant dans le développement du service public poussent le constituant à agir pour encadrer leurs activités. L'examen des discours de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat montre d'ailleurs que ce dernier manifeste une préoccupation certaine quant à l'étendue des domaines d'activité des établissements publics¹¹¹, et cette inquiétude a sans doute pu inspirer sa volonté d'étendre le champ de compétences du Défenseur des droits pour favoriser le contrôle de ces institutions.

1283. La spécificité des établissements publics permet donc de justifier une plus grande attention du Défenseur des droits vis-à-vis de ces organismes, et la lecture des rapports d'activités rendus chaque année par l'institution montre qu'en effet, de nombreuses réclamations les concernent directement¹¹². On pourra par exemple citer le cas d'un enseignant de mathématique qui, suite au refus de paiement de certaines prestations par son employeur, avait saisi le Défenseur des droits pour réclamer l'exécution de cette obligation¹¹³, mais on pensera aussi aux critiques formulées par cette même institution concernant la

¹¹⁰ LOMBART, Martine, DUMONT, Gilles et SIRINELLI, Jean. *Droit administratif*. 14^e éd. Paris : Dalloz, 2021. p. 216.

¹¹¹ Ainsi, en est-il par exemple de la question adressée par le sénateur Pierre Fauchon au Défenseur du Peuple espagnol Enrique Múgica Herzog concernant les secteurs d'activité générant le plus de plaintes. Ce dernier avait alors précisé qu'en Espagne, les secteurs où le Défenseur du Peuple était le plus actif concernaient des domaines dans lesquels les établissements publics se trouvaient particulièrement sollicités tels que la *santé*, l'*urbanisme*, l'*environnement*, l'*immigration* et les *établissements pénitentiaires*. Cf. HYEST, Jean-Jacques. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles*. *Op. cit.* p. 235.

¹¹² Dans le rapport d'activité qu'il rendait en 2018, le Défenseur des droits Jacques Toubon affirmait par exemple que 84% des réclamations qui lui étaient adressées concernaient la défense des droits et libertés des usagers du service public. Pour l'année 2018, ce pourcentage correspond à 76000 requêtes adressées à l'institution pour dénoncer des atteintes commises par les services déconcentrés de l'État, les organismes de droit privé investis d'une mission de service public, les collectivités territoriales et les établissements publics, dans les domaines de la *protection sociale*, de la *circulation*, de la *fiscalité*, du *travail*, du *droit des étrangers*, etc. Cf. TOUBON, Jacques. *Rapport annuel d'activité 2018*. Rapport d'activité. Paris : Défenseur des droits, 2018. p. 51.

¹¹³ Suite à un échange de courrier avec l'employeur, un établissement public français à l'étranger, la Défenseuse des droits Claire Hédon parviendra finalement à la conclusion d'un accord amiable entre les parties afin de résoudre le différend. Cf. HÉDON, Claire. *Décision du défenseur des droits n°2021-301. Transaction en application de l'article 28, I de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011*. Paris : Défenseur des droits, 29 mars 2021. pp. 2-3.

surpopulation carcérale et aux préconisations apparaissant, selon elle, nécessaires à un bon aménagement de l'administration pénitentiaire¹¹⁴.

1284. Dès lors, en élargissant aux établissements publics les possibilités d'intervention du Défenseur des droits, le constituant renforce l'influence de l'ensemble des sphères de la périphérie interne qui gagnent ainsi en légitimité et en visibilité du fait d'une vigilance accrue sur l'exercice de leurs compétences.

b. L'encadrement des autres organismes investis d'une mission de service public

1285. Dans la dernière partie de l'énoncé du premier alinéa de l'article 71-1, le constituant autorise le Défenseur des droits à intervenir dans les activités des *autres organismes investis d'une mission de service public*. En suivant le raisonnement de Martine Lombart, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, on comprendra que cette formulation assez imprécise renvoie essentiellement aux personnes privées chargées de l'exercice d'une activité d'intérêt général. Les trois auteurs font ainsi remonter à une décision du Conseil d'État de 1903 la qualification de service public d'un contrat passé entre une commune et un particulier en vue de l'élimination d'animaux nuisibles sur la municipalité¹¹⁵.

1286. Pour autant, cette qualification demeure jurisprudentielle et continue aujourd'hui de manquer de précision¹¹⁶, et il est possible que cela ait pu inspirer chez quelques constituants la volonté d'un meilleur encadrement constitutionnel de ces organismes. Pour certains membres du Sénat par exemple, les précisions apportées au premier alinéa de l'article n'apparaissent pas suffisantes. Ainsi, au cours de la séance plénière du 24 juin 2008 consacrée à la discussion de ces dispositions, les sénateurs Jean-René Lecerf et Jean-Paul Virapoullé avaient défendu un amendement pour préciser les missions du Défenseur des droits. Anticipant les demandes susceptibles d'être formulées auprès de l'institution en cas de conflit entre continuité du service public et respect du droit de grève, les deux sénateurs avaient alors proposé le

¹¹⁴ L'avis rendu par la Défenseure des droits répondait à une demande de « *la commission d'enquête de l'Assemblée nationale visant à identifier les dysfonctionnements et manquements de la politique pénitentiaire française* ». Cf. HÉDON, Claire. *Avis 21-13 du 30 septembre 2021 relatif à l'identification des dysfonctionnements et manquements de la politique pénitentiaire française*. Avis. Paris : Défenseur des droits, 30 septembre 2021. pp. 3-5.

¹¹⁵ LOMBART, Martine, DUMONT, Gilles et SIRINELLI, Jean. *Droit administratif*. Op. cit. pp. 115-116. Dans sa thèse *Libéralisme et service public*, Antoine Siffert fait même remonter à beaucoup plus loin l'association des personnes privées à l'action de la puissance publique. En s'appuyant sur le travail de Xavier Bezançon sur *l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, il remarque ainsi que les premières associations public/privé concernent en réalité les contrats de *concession de canaux* et de *transport* passés entre l'État et les personnes privées depuis le XVI^{ème} siècle. Cf. SIFFERT, Antoine. *Libéralisme et service public*. LEBRETON, Gilles, BOTTINI, Fabien (dir.). Thèse de doctorat, droit. Le Havre : Université du Havre, 2015. p. 65.

¹¹⁶ Seront par exemple qualifiés comme tels les caisses primaires et régionales d'assurance maladie, les centres régionaux de lutte contre le cancer, les caisses d'allocations familiales ou les fédérations sportives. Cf. LOMBART, Martine, DUMONT, Gilles et SIRINELLI, Jean. *Droit administratif*. Op. cit. pp. 116-117.

vote d'un amendement faisant du Défenseur des droits le gardien *de la continuité fonctionnelle et territoriale des services publics essentiels*¹¹⁷. Ce que révèle cette intention, c'est d'abord la méfiance du constituant envers les organismes chargés de l'exercice d'une mission de service public, en particulier lorsque ceux-ci échappent aux règles du droit public.

1287. L'amendement sera finalement rejeté, mais lors de la discussion du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, une proposition similaire sera formulée pour permettre la saisine et l'autosaisine de l'autorité en cas de discrimination affectant les agents dans l'exercice de leurs missions auprès des personnes publiques ou des personnes privées investies de mission de service public¹¹⁸. Cette nouvelle disposition permettra dès lors un contrôle accru du Défenseur des droits sur tous les organismes de gestion et d'exécution des services administratifs.

1288. En définitive, ce second point de développement a permis de montrer que les discours constitutionnels sur l'intervention du Défenseur des droits dans les sphères de pouvoir de la périphérie interne de l'espace public politique manifestent la préoccupation du constituant de voir les établissements publics et les organismes privés investis d'une mission de service public renforcer leur émancipation face au contrôle trop ténu des juridictions administratives. On remarque ainsi que le constituant adopte une posture similaire à celle concernant les institutions administratives du pouvoir central et décentralisé : il s'agit, dans chaque cas, de pouvoir faire intervenir le Défenseur des droits du fait des actions de l'État susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des agents et usagers du service public.

1289. Cependant, à ce stade, seule a pu être analysée la posture libérale-égalitariste du constituant du point de vue du contrôle des effets produits sur les droits et libertés des administrés du fait des actions de l'État, mais rien n'a encore été dit sur la responsabilité du constituant dans la prévention des effets délétères que l'État serait en mesure de produire sur les droits individuels du fait de son abstention à l'exécution de certains services. Le second paragraphe se propose donc d'étudier la question.

¹¹⁷ SÉNAT. Session ordinaire de 2007-2008 - 98e séance - Séance du mardi 24 juin 2008 - Compte rendu intégral. *JORF S. (C.R.)*. Juin 2008, n° 51, p. 3393.

¹¹⁸ GÉLARD, Patrice. *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits, par M. Patrice Gélard, Sénateur*. Rapport n°482. Paris : Sénat, 19 mars 2010. pp. 69-70.

B. LE CONTRÔLE DE L'ATTEINTE AUX LIBERTÉS DU FAIT DES INACTIONS DE L'ÉTAT : L'EXEMPLE ARGENTIN DU DÉFENSEUR DES PEUPLES

1290. Dans les pages de son *Éthique des droits de l'Homme*, Carlos Nino admet que les actions préjudiciables commises à l'encontre d'un individu sont *en général* plus condamnables que les omissions, mais considère qu'il existe *en même temps* certaines situations dans lesquelles un tel raisonnement n'est pas tenable¹¹⁹. En 1967, la philosophe américaine Philippa Foot illustre avec éloquence ces deux cas de figure. D'abord, *même si la plupart d'entre nous* laissons des gens mourir de faim en Inde ou dans certains pays d'Afrique, cette omission apparaît moins condamnable que de le fait de *fournir une nourriture empoisonnée* à ces personnes. Dans la perspective libérale-conservatrice, cet argument serait suffisant pour ne pas condamner un individu du fait des conséquences produites par son inaction sur d'autres individus. Pour autant un raisonnement analogue n'est plus valable dans le cadre d'une relation entre parents et enfant, puisque l'on ne peut pas considérer comme *moins grave* le fait de s'abstenir volontairement de nourrir son enfant en le laissant mourir d'inanition que celui de l'étrangler¹²⁰.

1291. Cette illustration montre bien que toutes les omissions ne peuvent pas être appréhendées du même *point de vue moral*¹²¹, et il incombe donc à la doctrine d'œuvrer à la *reconstruction du sens commun* permettant la juste appréciation de leurs conséquences¹²². Pour parvenir à cette fin, Herbert Hart et Antony Honoré proposent de s'intéresser au *lien de causalité* susceptible de lier l'omission et le fait dommageable. Celui-ci se déduirait selon eux de la distinction entre les conditions *normales* et *anormales* conduisant à la survenance d'un événement¹²³. Mais certains auteurs critiquent cependant le fait que cette approche

¹¹⁹ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. Op. cit. p. 320.

¹²⁰ FOOT, Philippa. The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect. *The Oxford Review*. 1967, n° 5, p. 5.

¹²¹ Nino convoque ici Jonathan Glover pour inciter le lecteur de son ouvrage à prendre au sérieux la *doctrine des actes et des omissions*. Dans son livre *Causing death and saving lives*, J. Glover considère quatre types d'arguments permettant de défendre cette approche. Le premier s'inscrit dans la posture *finaliste* déjà illustrée par P. Foot. S'il est moralement possible de condamner le fait pour un fils de s'abstenir de soigner son père malade afin de toucher plus rapidement son héritage, il ne sera pas possible de tenir un tel raisonnement contre une personne n'étant pas intervenue pour éviter le suicide d'un proche. Le deuxième argument est d'ordre *utilitariste*. L'inaction de l'État dans une situation de famine est en ce sens moralement condamnable puisque cette omission ne contribue en aucun cas à minimiser les peines de la population. Le troisième argument est *conséquentialiste*. Ne pas brancher le respirateur artificiel d'une personne en urgence absolue est moralement condamnable car cette omission entraîne *sans le moindre doute* la mort du patient. Le quatrième argument enfin, prend en compte les *effets secondaires* des omissions. De ce point de vue, lancer une bombe sur un hôpital ou s'abstenir d'éteindre l'incendie qui le ravage sont deux conduites moralement condamnables pour le fait d'entraîner la mort des personnes occupant l'édifice. Cf. GLOVER, Jonathan. *Causing Death and Saving Lives...* Op. cit. pp. 95-100.

¹²² NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. Op. cit. p. 325.

¹²³ Un jardinier peut par exemple se voir réprimander pour avoir omis d'arroser les plantes d'un jardin dont la responsabilité lui avait été assignée de manière contractuelle. Sa conduite est *anormale* dans la mesure où l'on attendait de lui qu'il arrose suffisamment les plantes pour ne pas les laisser mourir. Par contre, un passant parcourant les allées de ce jardin ne pourra en aucun cas se voir adresser le même reproche. Sa conduite est *normale* en ce qu'il ne se trouve tenu à aucune obligation contractuelle d'arroser ces plantes en particulier. Dans

repose exclusivement sur des contingences factuelles, négligeant les facteurs axiologiques qui motivent la non réalisation de l'action¹²⁴. Cette remarque pousse alors Nino à privilégier une analyse *conséquentialiste* de la justesse des omissions en proposant d'interroger les aspects moraux, normatifs, et structurels permettant de juger du caractère dommageable de ces abstentions¹²⁵.

1292. À travers l'étude de la fonction de prévention des omissions conférée par le constituant argentin au Défenseur du Peuple lors de la réforme de 1994, ce second paragraphe entendra donc mettre en lumière la multiplicité des possibilités d'intervention de cette institution.

1. Les discours sur l'intervention du Défenseur du Peuple du fait des omissions encadrées par la morale

1293. D'abord, Nino considère l'idée que la justesse des omissions puisse dépendre de l'existence d'obligations morales. Dans un tel cas de figure, un individu peut se prétendre victime d'un préjudice *si et seulement si* il se situe dans une situation au cours de laquelle existe une obligation morale d'agir *dans un certain sens* et que la personne tenue de réaliser cette action se soustrait à son obligation¹²⁶.

1294. Cette approche met ainsi en lumière la possibilité de considérer l'existence d'un préjudice en raison du défaut d'exécution d'une obligation morale, et il est dès lors possible de s'interroger sur l'existence de telles obligations pesant sur l'Administration et le service public. Dans le commentaire d'une jurisprudence du Conseil d'État du 3 août 1900, *Ville de Paris contre Sanoner*, Maurice Hauriou semble aller dans ce sens en affirmant que « *la puissance publique n'est obligée à rien vis-à-vis du propriétaire* » mais l'est seulement « *vis-à-vis d'elle-même, du point de vue des règles d'une sorte de moralité administrative* »¹²⁷. Reste que, comme l'observe Sarah Brimo, « *seule la reconnaissance d'une inaction fautive (donc une carence strictement entendue) conduit parfois le juge à consacrer l'existence*

le premier cas, un lien de causalité peut être établi entre la mort des plantes et l'omission du jardinier, mais ce lien n'existe pas dans le second cas. Cf. HART, Herbert L. A. et HONORÉ, Anthony M. *Causation in Law*. Londres : Oxford University Press, 1959. pp. 35-36.

¹²⁴ Pour John Mackie par exemple, toute action ou omission relève d'une décision pratique de l'individu qui sera influencée *à la fois* par des éléments factuels (l'existence d'un contrat, un danger de mort, etc.) et par ses propres préférences axiologiques (ex. préférer garder son enfant malade plutôt que d'aller au travail). Cf. MACKIE, John L. *The cement of the Universe. A Study of Causation*. Londres : Oxford University Press, 1980. pp. 130-131.

¹²⁵ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. Op. cit. pp. 336-337.

¹²⁶ *Ibid.* p. 336. On pensera par exemple à l'obligation morale de céder sa place à une personne âgée dans un bus, celle-ci ne pouvant se réclamer victime d'un préjudice que dans la mesure où : 1) *cette obligation existe* ; 2) *la personne assise refuse de réaliser cette action*.

¹²⁷ La citation est tirée de la thèse de Pauline Parinet. Cf. PARINET, Pauline. *La carence de l'Administration*. ALBERT, Nathalie (dir.). Thèse de doctorat, droit. Tours : Université François Rabelais, 2017. p. 71.

d'une obligation d'action à la charge de l'administration »¹²⁸, et on peut alors se demander si le Défenseur du Peuple argentin joue un rôle spécifique dans cette reconnaissance.

1295. Dans leur article sur *La société civile face aux Défenseur du Peuple* Gabriella Dalla et Sílvia Gómez remarquent en ce sens que le constituant de 1994 fait le choix d'attribuer au Défenseur du Peuple un rôle plus large que le seul contrôle des actions et omissions résultant de la mise en œuvre *juridique* des programmes administratifs. Dans l'exercice de ses prérogatives de vigilance des activités de l'Administration et des services publics, cette autorité se trouve en effet sollicitée pour formuler un ensemble de *recommandations et de suggestions* d'ordre *moral* visant à inspirer la modification de dispositions législatives considérées comme injustes¹²⁹. Cette observation n'est d'ailleurs pas étrangère au commentaire formulé par Elina Carrio au cours de la session du 20 juillet 1994 dans laquelle la représentante à la Convention pour la province du Chaco avait choisi d'insister sur l'existence de *standards juridiques* concurrents du droit positif et influençant la protection des personnes¹³⁰, pour soutenir l'élargissement du champ d'interprétation du Défenseur du Peuple à des considérations morales utiles à une plus juste appréciation des actes et omissions de l'Administration¹³¹.

2. *Les discours sur l'intervention du Défenseur du Peuple du fait des omissions encadrées par le droit*

1296. Le second cas de figure abordé par Nino concerne l'hypothèse où les conséquences des omissions relèvent du droit. Dans cette perspective, un individu pourra demander réparation *si et seulement si* une norme juridique prescrit la réalisation d'une activité et que la personne tenue d'exécuter cette action ne s'y conforme pas¹³². Dans le même sens, on pourra aussi penser que les conséquences des omissions sont

¹²⁸ BRIMO, Sarah. La sanction de la carence administrative par la responsabilité. Dans : BRIMO, Sarah et PAUTI, Christine, *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*. Paris : Mare et martin, 2019, p. 196.

¹²⁹ DALLA CORTE, Gabriela et GÓMEZ I. MESTRES, Sílvia. Justicia social, legitimidad y legalidad: la sociedad civil ante el defensor del pueblo en Argentina. *Op. cit.* p. 87. Des illustrations de cette prérogative pourront par exemple être trouvées dans le rapport d'activité du Défenseur de Peuple pour l'année 2021. Prenant acte d'une importante augmentation des atteintes aux droits des femmes du fait de la pandémie de coronavirus, le Défenseur du Peuple avait alors reconnu l'existence de certaines carences administratives dans la prévention de ces atteintes et préconisé plusieurs actions pour renforcer le rôle de l'État dans la protection de ces droits. Cf. BÖCKEL, Juan José. *Defensoría del Pueblo de la Nación. Institución Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual 2021*. Rapport d'activité. Buenos Aires : Défenseur du Peuple, 2021. pp. 274-275.

¹³⁰ On retrouvera ici l'argument de Dworkin qui structure son *attaque générale du positivisme* de Hart en partant de l'idée que l'argumentation juridique ne repose pas seulement sur l'interprétation des règles du droit positif mais sur un ensemble de *principes* et de *politiques* ainsi que sur une pluralité de standards qui influencent toute discussion sur le droit. Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 2^e éd. Cambridge : Harvard University Press, 1978. p. 22.

¹³¹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 13^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* pp. 1566-1567.

¹³² NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. *Op. cit.* pp. 336-337. En reprenant l'analogie formulée dans le point de développement précédent, on imaginera par exemple le cas du

elles-mêmes fonction de la survenance de certaines conséquences. Dans ce cas, une omission ne sera considérée comme dommageable qu'à la condition qu'une personne s'abstienne de réaliser une action obligatoire alors qu'un événement attendu vient de se réaliser¹³³.

1297. Concernant l'Administration et le service public, cette posture aide à comprendre et à juger de la valeur morale des préjudices causés du fait des carences administratives. « *Le silence*, disait en ce sens Pierre Montané de la Roque, *est la forme la plus subtile et la plus dangereuse pour les administrés* »¹³⁴, et cela implique donc de savoir comment définir la notion de carence. G. Cornu donne de ce terme une compréhension assez vague comme « *inaction ou abstention consistant à ne pas prendre une disposition dont le besoin se fait sentir* »¹³⁵. Denise Dorlencourt-Detrégiache, dans sa *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, fournit plus de précisions. Selon elle, « *la carence administrative peut être définie comme une violation négative de la compétence liée d'action de l'Administration* » et se manifeste par « *un "acte" négatif, c'est-à-dire par une décision implicite ou explicite de refus d'exercer une compétence, ou encore une abstention pure et simple* »¹³⁶.

1298. Comme le résume encore P. Parinet, la carence administrative, *pour être constituée*, nécessite l'identification préalable d'une certaine *inaction* en relation avec un besoin attendu des administrés¹³⁷, et c'est cet argument qui sera repris par le constituant argentin de 1994. Ainsi, dans le discours de la représentante à la Convention María C. Figueroa, se retrouve par exemple la volonté de faire du Défenseur du Peuple une figure de protection des droits individuels contre les *erreurs*, les *mauvais arbitrages*, les *omissions* et les *retards* imputables à la bureaucratie administrative¹³⁸. On comprend là que la

chauffeur du bus qui, bien que soumis à l'injonction contractuelle de partir à l'heure indiquée, causerait un préjudice aux personnes en ne se soustrayant pas à son obligation de ponctualité.

¹³³ *Ibid.* p. 337. Ce deuxième syllogisme concerne le cas où le chauffeur du bus refuserait de s'arrêter à un arrêt au cours du trajet. Cette omission n'est alors préjudiciable qu'à la condition que des personnes soient effectivement en train d'attendre le bus, mais aucune réclamation ne pourra être formulée à l'encontre du chauffeur si l'arrêt est désert. On précisera ici que ce second élément correspond en réalité à un troisième aspect du caractère dommageable des actions ou inactions des personnes, que Nino qualifie de *circulaire*. Néanmoins, on se permettra de réunir ce dernier avec le syllogisme normatif précédent en ce que tous deux dépendent finalement de l'application d'un cadre déontologique juridique, indépendant de toute contingence morale, bien que la possibilité de réalisation du second demeure fonction de la survenance aléatoire d'un événement.

¹³⁴ MONTANÉ DE LA ROQUE, Pierre. *L'inertie des pouvoirs publics*. COUZINET, Paul (dir.). Thèse de doctorat, droit. Toulouse : Université de Toulouse, 1950. p. 15.

¹³⁵ CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. *Op. cit.* p. 151.

¹³⁶ DORLENCOURT-DETRÉGIACHE, Denise. *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français/I*. Thèse de doctorat, droit. Paris : Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1972. p. XI.

¹³⁷ PARINET, Pauline. *La carence de l'Administration*. *Op. cit.* p. 14.

¹³⁸ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 13^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 1524. Une analyse des recours au Défenseur du Peuple dans les quatre années suivant son institution montre que cette autorité sera essentiellement saisie concernant le domaine économique (37,86%), ceux de l'emploi et de la sécurité sociale (31,10%) et ceux de la justice et des droits de l'Homme (15,30%). Cf. DALLA CORTE, Gabriela et GÓMEZI. MESTRES, Sílvia. Justicia social, legitimidad y legalidad: la sociedad civil ante el defensor del pueblo en Argentina. *Op. cit.* p. 77.

représentante pour la province de Salta se préoccupe de la non réalisation des obligations normatives pesant sur l'Administration et, dans une plus large mesure, sur l'ensemble du service public.

3. *Les discours sur l'intervention du Défenseur du Peuple du fait des conséquences probables de certaines omissions*

1299. En troisième et dernier lieu, Nino considère le cas où les conséquences dommageables d'une omission ne seraient pas imputables à l'abstention de la personne elle-même, mais à l'ensemble des événements antérieurs ayant conditionné sa volonté de ne pas réaliser l'action. De ce point de vue, cette abstention serait moins le fait d'un refus raisonné de la personne que d'une série d'événements passés ayant conduit *par la force des choses* à influencer sa propre volonté¹³⁹. Mais de l'aveu de Nino lui-même, ce raisonnement peut toutefois conduire à certains contresens. Ainsi, poignarder une victime et mettre au monde son assassin sont deux actions *également nécessaires* à la commission d'un meurtre, mais il apparaît toutefois absurde d'imputer aux parents de l'assassin la responsabilité de la réalisation de cet acte. On pourra alors se questionner sur l'intérêt à porter à ce troisième cas, en particulier concernant l'étude des omissions de l'Administration et du service public.

1300. Des éléments de réponse peuvent de nouveau être trouvés dans la fonction de conseil exercée par le Défenseur du Peuple. Pour G. Dalla et S. Gómez, l'une des prérogatives essentielles de l'institution consiste en effet à jouer le *rôle générique* d'intermédiaire entre les *intérêts de l'État* et ceux des *citoyens* pour formuler, à partir des demandes des administrés, des *stratégies de protection* utiles à une prévention plus efficace des atteintes aux droits et libertés individuels¹⁴⁰. L'analyse des discours du constituant sur ce point montre alors que le développement de ces stratégies ne repose plus seulement sur l'analyse des conséquences juridiques et morales des actions et inactions de l'Administration et des services publics sur les administrés, mais englobe aussi plus largement l'étude des événements favorisant ces comportements¹⁴¹. Ainsi en est-il par exemple des propos tenus par Eduardo Menem, représentant à la

¹³⁹ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. *Op. cit.* p. 337. On pourrait ici imaginer l'hypothèse d'un accident causé par le chauffeur du bus pour avoir omis de respecter la règle prescrivant de s'arrêter à un feu rouge. En suivant ce dernier cas de figure, cet événement ne serait pas seulement imputable au conducteur, mais serait aussi la conséquence de ses parents, responsables de l'avoir fait naître, des inspecteurs d'auto-école lui ayant remis son permis de conduire, de son employeur pour l'avoir recruté, du constructeur de bus lui ayant fourni le véhicule pour commettre cette infraction, etc.

¹⁴⁰ DALLA CORTE, Gabriela et GÓMEZ I. MESTRES, Sílvia. Justicia social, legitimidad y legalidad: la sociedad civil ante el defensor del pueblo en Argentina. *Op. cit.* p. 75. Un commentaire analogue est aussi proposé par José María Mira dans sa contribution au premier Congrès international du *Programme régional de soutien aux Défenseurs du peuple ibéroaméricains*. Cf. MIRA, José María. El Defensor del Pueblo en Argentina. Dans : ESCOBAR ROCA, Guillermo, *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo. Actas del I Congreso internacional del PRADPI*. Madrid : Dykinson, 2013, p. 1052.

¹⁴¹ Une illustration pertinente de cette prérogative de conseil figure par exemple dans le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 2020. Dans une annexe du document spécialement consacrée à la pandémie de Covid-19, le Défenseur du Peuple remarquait ainsi que les carences administratives dans la distribution d'eau

Convention pour la province de La Rioja, pour qui le statut du Défenseur du Peuple doit être assimilé à celui d'un *magistrat de la persuasion bénéficiant d'une autorité morale* dont l'action doit d'abord permettre de *corriger les mauvaises pratiques* de l'Administration soit en agissant directement sur ses agents, soit en transmettant au Parlement des rapports permettant de modifier les programmes législatifs de coordination de ses activités¹⁴².

1301. Avec ce troisième point de développement s'achève donc le deuxième paragraphe relatif aux moyens de contrôle des inactions de l'Administration et du service public. L'exemple du Défenseur du Peuple a ainsi permis de montrer que le constituant veille à prévenir la non réalisation de certaines activités administratives en renforçant d'une part la vigilance des autorités indépendantes vis-à-vis des obligations juridiques et morales pesant sur les services de l'État, et en leur permettant d'autre part de conseiller le législateur face à certains risques probables de carence de l'Administration. Cette analyse complète ainsi l'exposé des différentes méthodes employées par le constituant pour favoriser, à côté du contrôle juridictionnel, un contrôle des activités de la sphère administrative et des sphères de la périphérie interne du système politique incarnées dans le service public.

1302. Conclusion de section. La première section de ce chapitre entendait s'intéresser à la manière dont le constituant œuvre à la reconnaissance et à la régulation des sphères de pouvoir de la périphérie interne du système politique. À partir des écrits de B. Peters, la périphérie interne aura été définie comme un ensemble d'institutions chargées de la gestion et de la régulation de certaines activités administratives.

1303. La première catégorie d'institutions rassemble les organismes au service de l'État contribuant à la protection des droits et libertés garantis par la Constitution. Du fait de leurs développements successifs, les droits nouveaux entrent souvent en contradiction avec les droits plus anciens, et il appartient au constituant d'organiser les services de manière à en favoriser la juste pondération. Aussi, les réflexions relevant de la bonne répartition de ces droits poussent les représentants des assemblées constituantes à discuter des moyens de légitimation et d'organisation du service public ainsi que des solutions à apporter aux conflits résultant des atteintes aux droits et libertés des agents et des usagers.

potable et de matériel sanitaire dans certaines zones du territoire argentin avaient sans doute concouru à une propagation plus vaste et plus rapide de la pandémie. Cf. BÖCKEL, Juan José. *Defensoría del Pueblo de la Nación. Institución Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual 2020*. Rapport d'activité. Buenos Aires : Défenseur du Peuple, 2020. p. 291. Ici, le manque de ressources en eau et en matériel n'est pas directement responsable des contaminations, mais le fait que cette carence ait facilité les contaminations pousse le Défenseur du Peuple à alerter l'Administration pour contribuer à une meilleure organisation du service public en matière de lutte contre la pandémie.

¹⁴² CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 13ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 1590.

1304. La seconde catégorie d'institutions intègre quant-à-elle les organismes non juridictionnels chargés du contrôle des activités de l'Administration et des services publics. Avec C. Nino on remarquait que ce contrôle portait non seulement sur l'exécution correcte des programmes législatifs et réglementaires voulus par les institutions du centre de l'espace public, mais concernait aussi les conséquences juridiques et morales que l'inapplication des programmes pourrait produire sur les administrés. Les exemples tirés du Défenseur des droits français, et du Défenseur du Peuple espagnol ont alors permis d'illustrer ces deux cas de figure.

1305. Reste que dans le schéma proposé par B. Peters, les institutions de la périphérie interne ne constituent qu'une partie des sphères de l'espace public autonome. De manière plus lointaine mais non moins décisive, gravitent aussi autour du centre du système politique un autre ensemble de sphères dont le comportement influence également la formulation des prétentions normatives traitées par le législateur. Dès lors, la seconde section de ce chapitre devra permettre d'en étudier les manifestations.

SECTION 2. LA PÉRIPHÉRIE EXTERNE, ESPACE D'INFLUENCE DE L'*INPUT* ET DE L'*OUTPUT* DES POLITIQUES PUBLIQUES

1306. En 2021, Roberto Gargarella publiait *El derecho como una conversación entre iguales*, un essai dans lequel l'auteur cherchait à mener une réflexion sur *l'ouverture des démocraties contemporaines au dialogue citoyen*. Cette ouverture serait selon lui le résultat d'un ensemble de pratiques expérimentales visant à rendre les processus de prise de décisions plus *impartiaux* et plus *inclusifs* de manière à faire émerger un *constitutionnalisme dialogique*, c'est-à-dire favorable à de meilleurs échanges entre les sphères de pouvoir de l'espace public¹⁴³. Cette réflexion n'est alors pas si éloignée des travaux menés par J. Habermas et B. Peters autour du développement d'un droit constitutionnel appréhendé comme langage commun de la régulation des attentes normatives des différents acteurs du système politique, et l'on pourra de nouveau s'interroger sur l'importance de ces deux théories pour comprendre la nature de la périphérie interne.

1307. On ne manquera toutefois pas de remarquer l'impressionnante évolution du modèle de pensée de J. Habermas concernant la caractérisation de l'espace public. Lorsqu'il publiait en 1962 son *Archéologie*

¹⁴³ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al diálogo ciudadano*. Buenos Aires : Siglo XXI editores, 2021. pp. 260-261.

de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, J. Habermas était en effet loin de considérer la diversité et la complexité des relations entretenues entre les sphères de pouvoir de l'espace public¹⁴⁴. Le fort ancrage marxiste de sa thèse d'habilitation tendait plutôt à privilégier une conception holiste¹⁴⁵ voir essentialiste¹⁴⁶ de l'espace public. La *sphère publique* y était alors entendue comme un espace de publicité et de médiatisation des intérêts privés de la bourgeoisie visant à structurer le pouvoir face aux inconstances de l'État *adversaire social*¹⁴⁷ de la période postrévolutionnaire¹⁴⁸.

1308. Mais lorsqu'en 1990, les éditions *Shurkamp* proposent à J. Habermas de rééditer sa thèse, l'auteur choisit de préfacer l'ouvrage afin de prendre en compte certaines critiques. Il affirme alors que « *l'horizon d'une démocratisation radicale, se caractérise désormais davantage dans la perspective d'un déplacement des forces au sein d'une "division des pouvoirs" par principe maintenue* » et que dès lors « *ce n'est plus entre les pouvoirs de l'État, mais entre les différentes ressources de l'intégration sociale, qu'un nouvel équilibre doit être établi* »¹⁴⁹. Cette nouvelle intuition n'aura alors de cesse d'être approfondie dans de nombreuses publications ultérieures, permettant notamment à l'auteur de proposer une compréhension plus affinée des sphères autonomes de l'espace public¹⁵⁰.

1309. La parution en 1992 de *Droit et démocratie*, offre tout d'abord à J. Habermas la possibilité de distinguer, outre les sphères de la périphérie interne, un second ensemble de sphères relevant cette fois-ci de la périphérie externe. Ces dernières peuvent être réparties en deux catégories. D'un côté, les groupes *fournisseur* rassemblent les « *associations et groupements qui [...] font entendre des problèmes sociaux, expriment des exigences politiques, articulent des intérêts ou des besoins et exercent une influence sur la formulation des projets de loi ou sur des programmes politiques* ». D'un autre, les groupes *utilisateur*

¹⁴⁴ CALHOUN, Craig. Introduction: Habermas and the Public Sphere. Dans : CALHOUN, Craig, *Habermas and the Public Sphere*. 4^e éd. Cambridge : MIT Press, 1996, p. 38.

¹⁴⁵ NOUËT, Clotilde. L'espace public et la démocratie réelle. Dans : KERVÉGAN, Jean-François et AUBERT, Isabelle, *Dialogues avec Jürgen Habermas*. Paris : CNRS, 2018, pp. 163-164.

¹⁴⁶ Cette critique est originellement formulée par Seyla Benhabib dans une publication visant à mettre en perspective différents modèles de l'espace public. Cf. BENHABIB, Seyla. Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas. Dans : CALHOUN, Craig, *Habermas and the Public Sphere*. *Op. cit.* p. 73-98. Elle est ici tirée d'une contribution de Nancy Fraser au *Habermas Handbook*, publié en 2018 aux presses de l'Université de Columbia. Cf. FRASER, Nancy. The Theory of the Public Sphere. The Structural Transformation of the Public Sphere. Dans : BRUNKHORST, Hauke, KREIDE, Regina et LAFONT, Cristina, *The Habermas Handbook*. New York : Columbia University Press, 2018, p. 249. Dans le même sens on pourra aussi retrouver une analyse des différentes critiques adressées sur ce point à J. Habermas dans la thèse d'Alain Girod sur les mutations de l'espace public. Cf. GIROD, Alain. *Les mutations de l'espace public et la construction médiatique de l'« opinion publique »*. TETU, Jean-François (dir.). Thèse de doctorat, sciences de l'information et de la communication. Lyon : Université Lumière Lyon 2, 2000. pp. 39-49.

¹⁴⁷ La notion est empruntée à J. Habermas. Cf. HABERMAS, Jürgen. *L'espace public... Op. cit.* p. 34.

¹⁴⁸ ELEY, Geoff. Nations, Publics, and Political Cultures: Placing Habermas in the Nineteenth Century. Dans : CALHOUN, Craig, *Habermas and the Public Sphere*. 4^e éd. Cambridge : MIT Press, 1996, pp. 289-239.

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *L'espace public... Op. cit.* p. XXIII.

¹⁵⁰ Pour une généalogie de l'évolution de ce concept, on pourra se reporter à un article de Rodney Benson sur la formation de la *sphère publique*, publié en 2009 dans *The American Sociologist*. Cf. BENSON, Rodney. Shaping the Public Sphere: Habermas and Beyond. *The American Sociologist*. 2009, Vol. 40, n° 3, p. 181.

concernent les « *organismes privés, associations centrales, groupes d'intérêts, etc., qui remplissent [pour le compte de l'Administration] des fonctions de coordination dans des domaines sociaux* »¹⁵¹. Néanmoins, de l'aveu de J. Habermas lui-même, la distinction de ces différents *systèmes de négociation* manque de netteté. Si *en général* les groupes fournisseur ont tendance à exercer une influence orientée vers *l'input*, c'est-à-dire vers *l'implémentation des programmes politiques*, et que les groupes utilisateur agissent quant-à-eux sur *l'output*, donc sur *la formulation et la réalisation* de ces programmes, il n'est pas rare de voir les mêmes acteurs alterner entre *l'un et l'autre* de ces deux rôles¹⁵².

1310. Cette confusion pousse sans doute J. Habermas à tenter d'éclaircir cette distinction lors de la publication, en 2006, d'un article sur la *communication politique sans la société des médias*. Laissant de côté la distinction entre utilisateurs et fournisseurs, il propose alors de considérer les sphères de l'espace public autonome selon leur capacité à générer une *opinion politique publique*. De ce point de vue, deux groupes peuvent de nouveau être distingués. Le premier, celui des *politiciens* et des *médias*, rassemble les acteurs exerçant une influence *systematique* sur l'opinion publique, cependant que dans le second, les acteurs n'exercent cette influence que de manière ponctuelle, au gré de leurs préférences axiologiques. Cette deuxième catégorie concerne les *lobbyistes*, représentant les intérêts de personnes privées ; les *avocats d'une cause*, agissant pour le bien commun de groupes marginalisés ; les *experts*, chargés de la diffusion de connaissances scientifiques ; les *entrepreneurs moraux*, tels que les lanceurs d'alerte ; et enfin les *intellectuels (chercheurs, artistes, etc.)* qui s'engagent dans le débat public¹⁵³.

1311. Ces deux modèles ne doivent pas être mis en opposition. Pour J. Habermas, le second champ d'analyse vient au contraire enrichir le premier et, dans une version approfondie de son article de 2006, l'auteur insistera sur la grande complémentarité des deux approches pour rendre compte de la formation de l'opinion et de la volonté dans les sphères autonomes de l'espace public¹⁵⁴. En suivant ce raisonnement, cette seconde section entendra donc décrire comment le constituant œuvre à la reconnaissance et à l'organisation de ces différentes sphères pour contribuer à une meilleure régulation des rapports de pouvoir au sein du système politique. Un premier développement sera ainsi consacré à l'étude des comportements des acteurs orientés vers *l'input* (I.) tandis que le second sera consacré à l'étude de ceux orientés vers *l'output* (II.).

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 382.

¹⁵² *Ibid.* p. 383.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research. *Communication Theory*. 2006, n° 16, p. 416.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Europe. The Faltering Project*. Cambridge : Polity Press, 2008. p. 166.

§ I. L'INFLUENCE DE L'INPUT DES POLITIQUES PUBLIQUES

1312. En 1998, dans la préface en langue anglaise de *L'intégration républicaine*, les éditeurs Ciaran Cronin et Pablo de Greiff s'attachaient à préciser le sens de la notion d'*input* développée par J. Habermas. Le terme regrouperait selon eux toutes les formes d'influence par lesquelles les acteurs autonomes du système politique agissent sur les représentants de la sphère parlementaire dans le but de transformer les attentes normatives résultant de l'expression publique de l'opinion et de la volonté en programmes législatifs guidant l'action de l'Administration¹⁵⁵.

1313. L'intervention du constituant en matière de régulation des pouvoirs autonomes pourra varier en fonction du modèle démocratique mis en œuvre¹⁵⁶. Pour autant, son action demeurera conditionnée par les différences de comportement entre les sphères d'influence systématiques de formation de l'opinion et de la volonté et celles n'agissant que de manière ponctuelle. Aussi, l'enjeu de ce premier développement sera de considérer successivement chacun de ces cas de figure.

A. LES MÉDIAS ET LES POLITIENS, SOURCE D'INFLUENCE SYSTÉMATIQUE DU SYSTÈME POLITIQUE

1314. En 2018, la politologue Patrizia Nanz participait au *Habermas Handbook* de Hauke Brunkhorst, Regina Kreide et Cristina Lafont en publiant une contribution sur la *sphère publique*. À cette occasion, elle choisissait d'insister sur l'impossibilité pratique des *sociétés complexes* à lier toute décision politique au processus de formation de l'opinion et de la volonté des sphères périphériques de l'espace public¹⁵⁷. Or comme le remarque J. Habermas, c'est d'abord à partir de la vitalité de *l'arène publique* que s'évalue

¹⁵⁵ CRONIN, Ciaran et DE GREIFF, Pablo. Editors' Introduction. Dans : HABERMAS, Jürgen, *The inclusion of the Other. Studies in Political Theory*. Cambridge : MIT Press, 1998, p. xvii.

¹⁵⁶ J. Habermas, on le sait, considère trois grands modèles de démocratie. Cf. *Infra*. n°750. Dans le modèle *libéral*, l'État apparaît comme un *moyen* de l'administration publique et se voit *programmé* pour servir les intérêts de la société. Dans le modèle *républicain* l'État est au contraire appréhendé comme une structure de réflexivité de l'éthique de la société et se trouve organisé de manière à favoriser la socialisation des membres de la communauté de vie. Le modèle *délibératif* enfin, ne se contente plus d'instrumentaliser le pouvoir étatique pour satisfaire les revendications pragmatiques, éthico-politiques et morales du corps social, mais cherche aussi à prendre en compte la *multiplicité des formes de communication* et la *balance des intérêts* concourant à la formation d'une volonté commune. Cf. HABERMAS, Jürgen. Three Normative Models of Democracy. Dans : HABERMAS, Jürgen, *The inclusion of the Other. Studies in Political Theory*. Op. cit. pp. 239-240, 245. Dans le premier cas, les acteurs de l'espace public autonome agiront *en priorité* pour favoriser l'égal respect des libertés individuelles. Le second cas concentrera les préoccupations autour de la participation démocratique des membres de la société. Le troisième cas attachera quant-à-lui une importance particulière à l'expression de l'opinion publique. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Europe. The Faltering Project*. Op. cit. p. 141.

¹⁵⁷ NANZ, Patrizia. Public Sphere. Dans : BRUNKHORST, Hauke, KREIDE, Regina et LAFONT, Cristina, *The Habermas Handbook*. Op. cit. p. 607.

la santé de la démocratie¹⁵⁸, et il incombe donc au constituant d'organiser les espaces de la périphérie afin de contribuer au maximum à la prise de décision du centre du système politique.

1315. La reconnaissance des *sphères professionnelles* de formation de l'opinion et de la volonté aide alors à la meilleure prise en compte des intérêts de la périphérie. Pour autant, J. Habermas semble hésiter quant à la place à accorder à ces différentes sphères. En 2006, la première version de son papier sur la *communication politique* fait des médias et des politiciens la figure de proue de la professionnalisation du débat public¹⁵⁹. Mais en 2008, les corrections apportées à cet article marginalisent les politiciens. Ces derniers se trouvent relégués aux sources d'influence ponctuelles de la périphérie et seuls les médias sont considérés à même de faire systématiquement valoir la volonté de la société civile auprès des institutions du centre¹⁶⁰.

1316. On comprend cependant assez mal les raisons de ce revirement. J. Habermas semble ici faire de la prérogative de publicité de l'opinion la condition indispensable à la prise en compte des attentes des sphères périphériques. Dans de nombreuses situations pourtant, les acteurs de la périphérie choisissent de se passer, voire même d'éviter la publicité de leurs prétentions normatives¹⁶¹, et c'est alors aux seuls politiciens que revient la tâche de porter ces intérêts. Dans ce premier paragraphe, on s'attachera donc à considérer les médias et les politiciens comme des sphères d'influence systématique et complémentaires de l'élaboration des programmes et des politiques publiques par les organes du pouvoir central.

1. Les discours sur la diffusion de l'opinion publique par les institutions médiatiques

1317. Dans le sens entendu par J. Habermas, la première fonction des médias consiste à *produire de l'opinion* en publiant les questions auxquelles les acteurs organisés de l'espace public attachent de l'importance¹⁶². Les médias, en *faisant valoir*¹⁶³ publiquement les attentes de ces acteurs, représentent un moyen privilégié de renforcement et d'autonomisation des sphères de pouvoir au sein de la société. Celles-

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between Naturalism and Religion. Philosophical Essays*. Cambridge : Polity Press, 2008. p. 22.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Political Communication in Media Society. Op. cit.* p. 416.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Europe. The Faltering Project. Op. cit.* p. 160.

¹⁶¹ On pensera par exemple aux activités de lobbying inspirées par des motivations d'ordre privé et dont le caractère *spontané* entend précisément contourner les inconvénients politiques de la médiatisation. Cf. HOUILLON, Grégory. *Le lobbying en droit public*. ROUVILLOIS, Frédéric (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Université Paris Descartes, 2008. p. 14.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. *Europe. The Faltering Project. Op. cit.* p. 165.

¹⁶³ Ce concept est développé par J. Habermas dans un article publié en 2018 dans la revue *Esprit* pour distinguer deux types de sphères publiques, la première offrant « à ceux qui ont acquis la notoriété un espace à partir duquel ils peuvent se faire valoir » et la seconde poursuivant l'entente mutuelle à travers « la participation aux débats politiques, scientifiques ou littéraires ». Cf. HABERMAS, Jürgen. Espace public et sphère publique politique. Les racines biographiques de deux thèmes de pensée. *Esprit*. 2015, Vol. 8-9, p. 13.

ci entrent alors en concurrence pour espérer tirer avantage de la publicité de leurs intérêts afin d'incrémenter leur influence sur le cœur du système politique¹⁶⁴.

1318. Ce phénomène doit alors inciter le constituant à œuvrer à la diversité et à l'indépendance des *mass media* afin de favoriser la médiatisation la plus large possible de la pluralité de prétentions normatives formulées par les sphères de pouvoir. Pour J. Habermas, la reconnaissance juridique des *droits élémentaires* de *liberté d'opinion* et de *liberté de la presse* doit en ce sens permettre d'apporter les *garanties légales* de cette pluralité¹⁶⁵. Aussi, en suivant ce raisonnement, ce premier point de développement permettra de comprendre comment le constituant agit pour tendre vers cette finalité.

a. La protection de la diversité médiatique par la liberté d'opinion

1319. En 1907, le cinquantième anniversaire de la mort d'Auguste Comte donne à la *Société positiviste internationale* l'opportunité de republier son célèbre *Discours sur l'ensemble du positivisme*. Dans un développement consacré à la *puissance morale et politique de l'opinion publique régénérée*, l'auteur y présente l'opinion publique comme *le seul juge naturel* des conduites poursuivant le *bien commun*¹⁶⁶. Pour autant, Dominique Reynié insiste sur l'idée que l'opinion publique comtienne n'est ni *l'opinion des peuples* ni une *opinion particulière dominante*, mais plutôt une *force sociale* qui agit « *non seulement en veillant à la préservation des affections bienveillantes mais aussi en œuvrant à leur déploiement [...]* indépendamment du pouvoir politique »¹⁶⁷.

1320. Les *réflexions sur le concept de participation politique* de J. Habermas offrent sans doute un point de vue analogue. Pour J. Habermas en effet, l'expression de l'opinion publique ne doit plus être

¹⁶⁴ CHAMBERS, Simone. Rhétorique et espace public : la démocratie délibérative a-t-elle abandonné la démocratie de masse à son sort ? *Raisons politiques*. 2011, Vol. 2, n° 42, p. 39. Lawrence Jacobs et Robert Shapiro montrent par exemple que ce phénomène conduit les *Présidents* et les *législateurs* à « *traquer l'opinion publique afin d'identifier les mots, les arguments, et les symboles les plus appréciés pour obtenir une couverture médiatique favorable et ainsi « gagner » le soutien du public pour la mise en œuvre de leurs politiques* » [nous traduisons]. Cf. JACOBS, Lawrence R. et SHAPIRO, Robert Y. *Don't Pander. Political Manipulation and the Loss of Democratic Responsiveness*. Chicago : University of Chicago Press, 2000. p. 7. La réflexion autour des *dimensions de l'influence populaire* développée par Philip Pettit dans son ouvrage consacré aux *modèles de démocratie* offre un constat analogue. Cf. PETTIT, Philip. *On the people's terms. A Republican Theory and Model of Democracy*. New York : Cambridge University Press, 2012. p. 230.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Europe. The Faltering Project*. *Op. cit.* p. 164.

¹⁶⁶ COMTE, Auguste. *Discours sur l'ensemble du positivisme*. Paris : Société positiviste internationale, 1907. p. 148.

¹⁶⁷ REYNIÉ, Dominique. L'opinion publique organique. Auguste Comte et la vraie théorie de l'opinion publique. *Archives de Philosophie*. 2007, Vol. 70, n° 1, p. 95-114. On citera ici un éloquent passage d'A. Comte sur ce thème : « *Le difficile triomphe de la sociabilité sur la personnalité n'exige pas seulement l'intervention continue de véritables principes généraux, aptes à dissiper toute incertitude quant à la conduite propre à chaque cas. Il réclame aussi la réaction permanente de tous sur chacun, soit pour comprimer les impulsions égoïstes, soit pour stimuler les affections sympathiques. Sans cette universelle coopération, le sentiment et la raison se trouveraient presque toujours insuffisants, tant notre chétive nature tend à faire prévaloir les instincts personnels* ». Cf. COMTE, Auguste. *Discours sur l'ensemble du positivisme*. *Op. cit.* p. 152

appréhendée comme un moyen de *démarcation négative* de l'opinion des personnes privées composant le public bourgeois, mais plutôt comme un outil de socialisation des représentants de chaque sphère de l'espace public politique¹⁶⁸. La liberté d'opinion apparaît alors comme une garantie juridique préalable à une juste médiatisation des intérêts de ces sphères à l'intérieur du système politique.

1321. En France, la lecture de la *Déclaration des droits de l'Homme* contenue dans le premier projet de Constitution de la IV^{ème} République révèle l'intention du constituant de protéger cette liberté de manière à offrir au plus grand nombre la possibilité de prendre part au débat public. Ainsi par exemple, l'article 26 de la Déclaration dispose que « *tout homme a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* » et que « *nul ne peut, dans son emploi, être lésé en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». Afin de justifier cette rédaction, le député Gilbert Zaksas avait choisi d'insister sur le fait que la reconnaissance de la liberté d'opinion en matière de droit du travail constituait un prérequis nécessaire à la liberté de pensée et d'expression¹⁶⁹. À travers cet argument, se perçoit alors la volonté des rédacteurs de la première Constitution de 1946 de favoriser la médiatisation de l'opinion et de la volonté *y compris* dans le milieu professionnel afin de concourir notamment à une meilleure prise en compte des intérêts du groupe social des travailleurs.

b. La protection de l'indépendance médiatique par la liberté de la presse

1322. La reconnaissance de la liberté d'opinion ne suffit pas à faire des médias l'organe privilégié d'une valorisation systématique de l'opinion et de la volonté des différentes sphères de l'espace public politique. Pour J. Habermas en effet, la diversité et l'indépendance des médias de masse suppose aussi de garantir la liberté de la presse, seul moyen selon lui de permettre la réelle prise en compte des préoccupations de l'opinion publique¹⁷⁰.

1323. Benjamin Constant ne disait d'ailleurs pas le contraire lorsqu'il affirmait dans le premier tome de son Cours de politique constitutionnelle qu'il « *n'y a point d'opinion publique sans liberté de la presse* » et que « *quand cette liberté est étouffée, les grands corps de l'État sont des masses isolées de la nation, sans vie et sans force véritable* »¹⁷¹. Contemporain de Constant, l'auteur le plus décisif de la Constitution argentine de 1853, Juan Bautista Alberdi, ira aussi dans ce sens en insistant sur l'importance de préserver

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. Réflexions sur le concept de participation politique. *Op. cit.* pp. 44-45.

¹⁶⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante – 1re Séance du Jeudi 7 mars 1946... *Op. cit.* p. 606.

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Europe. The Faltering Project.* *Op. cit.* p. 164.

¹⁷¹ CONSTANT, Benjamin. *Cours de politique constitutionnelle/1.* Vol. 1. 2^e éd. Paris : Librairie de Guillaumin et Cie, 1872, 2 vol. p. 494.

la liberté de la presse de la tyrannie de la plume précédant souvent la tyrannie de l'épée¹⁷². L'article 14 de la Constitution, en interdisant la censure préventive des idées publiées par voie de presse, permettra alors d'apporter les premières garanties à l'expression de l'opinion publique dans la jeune République¹⁷³.

1324. Si elle ne découvre donc pas le principe de la liberté de la presse, la réforme de la Constitution de 1994 apporte néanmoins deux évolutions majeures. D'abord, ce droit se voit renforcé par la reconnaissance de la valeur constitutionnelle des stipulations du Pacte international des droits civils et politiques, de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen et de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme¹⁷⁴. Pour le représentant à la convention Rodolfo Barra par exemple, le pacte de San José constitue un véritable hymne à la liberté d'expression attaché à protéger de manière *intégrale, efficace et détaillée les libertés de la presse et d'expression*¹⁷⁵. Cependant, la reconnaissance plus précise de ce droit pousse aussi le constituant à arbitrer certains conflits susceptibles d'advenir entre liberté d'expression et liberté de la presse, en particulier concernant l'exercice du droit de réponse¹⁷⁶. Ce point concentrera d'ailleurs les tensions du débat constitutionnel entourant la liberté d'expression, certains représentants à la Convention étant favorables à la protection du droit de réponse lorsque d'autres considèrent une atteinte trop importante à la liberté de la presse¹⁷⁷.

1325. Ainsi, après ces quelques considérations, on aura pu remarquer que les médias n'apparaissent comme une source d'influence systématique du système politique utile aux sphères de l'espace public autonome que dans la mesure où le constituant parvient à protéger *a minima* la liberté d'opinion et la liberté de la presse concourant à leur libre expression. Pour autant, on remarquait dans l'introduction que la sphère médiatique n'est pas la seule à exercer une influence systématique sur les pouvoirs du centre.

¹⁷² ALBERDI, Juan Bautista. *Cartas Quillotanas: polémica con Domingo F. Sarmiento*. Buenos Aires : Talleres Gráficos argentinos, 1853. p. 168.

¹⁷³ ALDAO, Martín et CLÉRICO, Laura. La igualdad en el constitucionalismo social: el proyecto constitucional de 1949. Dans : BENENTE, Mauro, *La Constitución maldita... Op. cit.* p. 187.

¹⁷⁴ ETCHICHURY, Horacio. *Igualdad desatada... Op. cit.* p. 86. L'article 19 al. 2 du Pacte international des droits civils et politiques stipule par exemple que « toute personne a droit à la liberté d'expression [et que] ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ». De même, l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme affirme que « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ». L'article 13 al. 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme reprend par ailleurs à la lettre les stipulations du Pacte international des droits civils et politiques.

¹⁷⁵ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 2840.

¹⁷⁶ Cf. *Infra.* n°762.

¹⁷⁷ On renverra ici au débat opposant les représentants à la convention José A. Romero Feris et Juan Bernardo Iturraspe pour illustrer ce point. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 23^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* pp. 2948, 2986.

Les politiciens eux aussi, jouent un rôle prépondérant sur ce point, et de la même manière, on devra donc chercher à comprendre comment le constituant intervient sur cette question.

2. *Les discours sur l'instrumentalisation des préoccupations du public par la figure du politicien*

1326. Le terme de *politiciens* présente une certaine ambivalence que l'on devra éclairer pour rendre compte des discussions constitutionnelles œuvrant à leur reconnaissance. Dans l'esprit de J. Habermas la notion rassemble d'un côté les représentants élus du centre du système politique incarnant le pouvoir social institutionnalisé dans les assemblées parlementaires, et de l'autre les acteurs de l'espace public capables de médiatiser et de porter l'opinion publique au cœur même de ces assemblées¹⁷⁸.

1327. Lorsqu'il s'intéresse aux sources d'influence systématiques de la formation de l'opinion et de la volonté des sphères périphériques du système politique, J. Habermas emploie la notion de *politiciens* selon cette seconde acception. Pour Cristina Lafont, les politiciens ont ainsi pour fonction principale de donner vie aux préoccupations de l'ensemble des citoyens, y compris lorsque ces derniers ne prennent pas un part active au débat public, que ce soit par leur vote ou leur action politique¹⁷⁹. Aussi, s'il croit en leur capacité de mettre en exergue les différentes attentes normatives formulées par les sphères autonomes de l'espace public, le constituant offrira à ces politiciens les garanties procédurales utiles à une juste et libre expression de la diversité des opinions dont ils se font l'écho¹⁸⁰.

1328. En France, on remarquera que la révision constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République s'inscrit dans cette dynamique. Un premier exemple de l'intention du constituant à ce sujet concerne la volonté d'insérer à l'article 4 de la Constitution de 1958, un ultime alinéa faisant de la loi la garantie des « *expressions pluralistes des opinions et [de] la participation équitable des partis et groupes politiques à la vie démocratique de la Nation* »¹⁸¹. Le rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat Jean-Jacques Hiest avait alors défendu ce texte en insistant sur la nécessité

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Political Communication in Media Society*. *Op. cit.* pp. 416, 419.

¹⁷⁹ LAFONT, Cristina. *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford : Oxford University Press, 2020. p. 26.

¹⁸⁰ On renverra à ce titre à la lecture de l'ouvrage de Benjamin Page et Robert Shapiro concernant le *public rationnel* traitant des moyens dont disposent les représentants politiques pour faire valoir les revendications du public de citoyens. Cf. PAGE, Benjamin I. et SHAPIRO, Robert Y. *The Rational Public. Fifty Years of Trends in Americans' Policy Preferences*. Chicago : University of Chicago Press, 1992. p. xi.

¹⁸¹ La proposition d'insertion de ce texte ne faisait pas partie du projet de loi présenté initialement par le Gouvernement. L'amendement a en réalité été déposé par le sénateur Jean-Jacques Hiest lors de la discussion du texte, en première lecture, de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat. Cf. HYEST, Jean-Jacques. *Projet de loi constitutionnelle Modernisation des institutions de la Ve République (1ère lecture) (n°365, 387, 388). Amendement présenté par M. Hiest au nom de la commission des lois. Article 1er. Amendement n°96*. Paris : Sénat, 11 juin 2008. p. 1.

d'apporter de meilleures garanties au pluralisme politique des assemblées parlementaires¹⁸². Dans la même dynamique, on relèvera aussi la volonté du constituant de faire figurer dans le texte de la Constitution un nouvel article visant à reconnaître aux groupes parlementaires n'appartenant pas à la majorité gouvernementale des droits spécifiques leur offrant une visibilité accrue au sein du Parlement¹⁸³.

1329. Par ces nouveaux amendements, le constituant entend donc contribuer à la reconnaissance de droits spécifiques aux groupes minoritaires pour concourir à un meilleur équilibre des pouvoirs à l'intérieur de l'arène parlementaire¹⁸⁴. Les partis politiques et leur représentants peuvent ainsi mieux médiatiser l'expression d'opinions publiques dissidentes des voix de la majorité et renforcer ainsi le rôle de transition joué par les politiciens entre la périphérie et le centre du système politique.

1330. Ainsi, à l'issue de ce deuxième point de développement, on aura remarqué que l'influence des groupes fournisseurs sur les institutions centrales de l'espace public s'exerce de manière systématique à travers les médias et les politiciens. Il incombe alors au constituant de réguler les interactions de ces organes avec l'ensemble des autres sphères de pouvoir. Les médias, en tant que vecteurs des attentes normatives de l'opinion publique, font l'objet d'une protection particulière à travers la reconnaissance de la liberté d'opinion et de la liberté de la presse. Les politiciens, à la fois situés au centre et à la périphérie de l'espace public, voient quant à eux leur liberté d'expression d'autant plus protégée que se trouve mis en valeur le pluralisme politique au sein des assemblées parlementaires.

1331. Mais les médias et les politiciens ne sont pourtant pas les seules sources de la périphérie externe à exercer une influence sur le centre du système politique. D'autres acteurs interviennent aussi de manière ponctuelle pour faire valoir les intérêts de leurs sphères de pouvoirs. Le second paragraphe cherchera donc à s'y intéresser.

¹⁸² SÉNAT. Session ordinaire de 2007-2008 - 93e séance - Séance du mardi 17 juin 2008 - Compte rendu intégral. *JORF S. (C.R.)*. Juin 2008, n° 46, p. 2845.

¹⁸³ FILLON, François et DATI, Rachida. *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République... Op. cit.* p. 11. Enjeu majeur de la révision constitutionnelle de 2008, la reconnaissance d'un statut spécifique des groupes parlementaires minoritaires faisait déjà partie des vœux formulés par le Président de la République Nicolas Sarkozy dans la lettre de mission transmise au Comité Balladur en amont des discussions sur le projet de révision. Cf. JENSEL-MONGE, Priscilla. Les groupes d'opposition et minoritaires de l'article 51-1 de la Constitution et la « conception moderne » de la séparation des pouvoirs. *Revue française de droit constitutionnel*. 2018, Vol. 4, n° 116, p. 804.

¹⁸⁴ GICQUEL, Jean-Éric. Un nouveau venu sur la scène parlementaire : le groupe minoritaire. Dans : BIOY, Xavier, ESPLUGAS, Pierre, MOUTON, Stéphane, et al., *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry ROUSSILLON/1*. Vol. 1. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 381.

B. LES SOUS-SYSTÈMES FONCTIONNELS ET LA SOCIÉTÉ CIVILE, SOURCE D'INFLUENCE PONCTUELLE DU SYSTÈME POLITIQUE

1332. L'évolution de la compréhension donnée par J. Habermas de l'espace public ne consiste pas en une remise en cause de la *vassalisation par le pouvoir* de l'infrastructure organisant cet espace. La domination des sphères du pouvoir central sur le reste du système politique persiste, et les mutations se situent plutôt du côté du *comportement du public*¹⁸⁵. Ce phénomène est bien décrit par B. Peters dans ses travaux sur *le sens du public*. De son point de vue, la *sphère publique* doit être appréhendée comme un réseau complexe de *sous-publics* aux frontières poreuses, organisés pour défendre des intérêts particuliers ou regroupés de manière plus spontanée pour exprimer certaines opinions sur l'actualité¹⁸⁶.

1333. À la différence des *médias* et des *politiciens* cependant, l'influence de ces sous-publics sur les sphères du pouvoir central ne s'exerce que de manière ponctuelle, lorsque se trouve médiatisé un sujet affectant leurs propres volontés¹⁸⁷. Dans ce second paragraphe, on cherchera donc à rendre compte de la manière dont le constituant contribue à la reconnaissance et à l'organisation de ces sources d'influence au sein de l'espace public.

1. Les discours sur la promotion des intérêts privés et collectifs par les sources d'influence organisées

1334. Parmi les sources d'influence ponctuelles organisées de l'espace public, J. Habermas distingue les groupes de *sous-systèmes fonctionnels* de ceux de la *société civile*. Aux premiers correspondent les lobbies et les groupes d'intérêt agissant selon des motifs strictement privés. Les seconds rassemblent quant-à-eux les avocats d'une cause, les groupements d'intérêt public, les organisations religieuses, les intellectuels ou les organisations non-gouvernementales poursuivant des intérêts collectifs ayant une plus grande incidence sur le bien commun¹⁸⁸. À travers cette posture se perçoit certainement l'influence des travaux de John Dewey sur la distinction des interactions des membres de la société selon les conséquences produites par ces échanges sur les tiers. Celles-ci sont selon lui de *deux sortes*. Les premières concernent uniquement les personnes engagées dans une transaction. Les secondes affectent des personnes *au-delà* de celles immédiatement concernées par l'échange. « *Dans cette distinction, explique-t-il, nous trouvons le germe de la distinction entre le privé et le public. Quand des conséquences indirectes*

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *L'espace public... Op. cit.* p. XVII.

¹⁸⁶ PETERS, Bernhard. *Der Sinn von Öffentlichkeit*. Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 2007. p. 76.

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Political Communication in Media Society. Op. cit.* p. 416.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Europe. The Faltering Project. Op. cit.* pp. 165-166.

sont reconnues et qu'il y a un effort pour les régler, quelque chose ayant les traits d'un État commence à exister. Quand les conséquences d'une action sont confinées (ou crues confinées) principalement aux personnes engagées, la transaction est privée »¹⁸⁹.

1335. À partir de cette distinction, on s'interrogera dans ce qui suit sur la nature des débats constitutionnels visant à la prise en compte de ces deux formes d'influence du débat public.

a. La promotion des intérêts privés par les sous-systèmes fonctionnels

1336. En 1988, dans un écrit sur *la vérité politique et la règle de droit*, F. Michelman s'attachait à démontrer que dans la perspective des *républicains de choc*, le but premier de toute Constitution était d'organiser la *société des sujets de droit privé* en assurant la protection des *intérêts pré-politiques* relatifs aux droits à la vie, à la liberté et à la propriété. De ce point de vue, les citoyens avaient d'abord pour fonction de *faire jouer la Constitution* pour motiver les gouvernants en faveur de la protection de ces intérêts¹⁹⁰.

1337. On retrouve ici la logique expliquant l'influence des sous-systèmes fonctionnels dans le processus d'élaboration des normes de droit. Dans son analyse des rapports entre les lobbies et l'État argentin, Roberto Ryder considère ainsi que la revendication des intérêts privés est consubstantielle au processus de consolidation de la démocratie¹⁹¹. Au lendemain de la dictature, les groupes d'intérêt sont surtout appréhendés à travers les syndicats exerçant certaines pressions en matière de droit du travail¹⁹², mais Manuel Bidart Campos avance aussi l'idée que ces groupes de pression peuvent englober les communautés indigènes en tant que groupes susceptibles de faire valoir la reconnaissance d'intérêts privés¹⁹³.

¹⁸⁹ DEWEY, John. *Le public et ses problèmes*. Paris : Gallimard, 2005. pp. 91-92.

¹⁹⁰ MICHELMAN, Frank I. *Political Truth and the Rule of Law*. *Tel Aviv University Studies in Law*. 1988, Vol. 8, p. 283.

¹⁹¹ RYDER, Roberto. *Grupos de presión y concentración mediática. El caso de Grupo Clarín en Argentina*. Dans : NORTH, Liisa, RUBIO, Blanca, ACOSTA, Alberto, et al., *Concentración económica y poder político en América Latina*. Buenos Aires : CLACSO, 2020, p. 464.

¹⁹² Dans un article qu'il consacrait en 2001 à l'influence des groupes d'intérêt dans la consolidation de la démocratie après la dictature, Andrés Malamud avait en ce sens pu montrer que cette transition était d'abord le résultat d'un nouveau rapport de forces entre les grands *sous-ensembles institutionnels* régissant les relations entre les acteurs politiques et sociaux. Dans cette lutte de pouvoir, les groupes de pression agissent de manière stratégique afin d'inciter les *assemblées législatives*, les *partis politiques* et l'*Administration* à concourir au développement d'institutions démocratiques favorables à leurs intérêts. À ce titre, les organisations sociales, en particulier syndicales, joueront un rôle déterminant dans l'organisation du nouvel État de droit. Cf. MALAMUD, Andrés. *Grupos de interés y consolidación de la democracia en Argentina (1983-1991)*. *América Latina Hoy*. 2001, n° 28, p. 175.

¹⁹³ BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada/3*. Vol. 3. Buenos Aires : Ediar, 1999. p. 121.

1338. Cette intuition semble en outre corroborée par les discussions du constituant de 1994. Afin de soutenir la reconnaissance de la *préexistence ethnique et culturelle des peuples indigènes argentins*, la représentante à la Convention M. Figueroa avait par exemple mis en avant le fait que « *l'incorporation constitutionnelle des droits de l'aborigène, répond aux demandes légitimes des associations indigénistes* » visant à abolir la ségrégation sociale des peuples indigènes et à permettre la réparation des spoliations subies en conséquence¹⁹⁴. On comprend ainsi que par ce discours, le constituant souhaite aménager les institutions de manière à favoriser une plus grande porosité entre les sphères du pouvoir central et celles de groupes d'intérêts poursuivant une meilleure protection des droits des peuples indigènes et une plus grande participation de leurs représentants à l'élaboration des programmes normatifs ayant une incidence sur leurs conditions de vie.

b. La promotion de l'intérêt public par la société civile organisée

1339. En suivant le raisonnement de J. Dewey, on pourra associer l'influence de la société civile organisée à la défense d'un intérêt public, c'est-à-dire d'un intérêt ayant une incidence dépassant les contingences de la transaction entre certains individus ou sphères de pouvoir déterminés. La notion d'intérêt ne peut toutefois pas être évaluée à l'aune de sa seule utilité sociale, mais plutôt en fonction des effets produits sur le public¹⁹⁵. Relève donc d'un intérêt public toute action bonne ou mauvaise intervenant à l'occasion d'une transaction entre deux ou plusieurs individus, et dont les conséquences sont susceptibles d'altérer l'état du public de citoyens.

1340. Reste cependant à savoir quelles sphères de la société civile se trouvent en mesure d'influencer suffisamment le débat public afin de formaliser et de médiatiser les prétentions normatives utiles à la valorisation de l'intérêt public. On rejoindra sur ce point Nancy Fraser dans l'examen des critiques adressées à J. Habermas d'une appréciation trop réductrice et trop idéalisante de l'étendue de ces sphères¹⁹⁶. Avec Joan Landes, N. Fraser coïncide d'abord avec l'idée selon laquelle J. Habermas ne parvient jamais à se défaire totalement d'une appréciation patriarcale de l'espace public où *l'ethos rationnel, vertueux et viril* du public de la société civile se construit en opposition à *l'ethos artificiel*,

¹⁹⁴ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4087.

¹⁹⁵ Afin d'illustrer cette observation, J. Dewey convoque le thème de la guerre. Il considère alors que « *même les plus bellicistes des militaristes pourront difficilement soutenir que toutes les guerres ont été socialement utiles, ou nier que certaines d'entre elles ont été si destructrices des valeurs sociales qu'il aurait été infiniment mieux de ne pas les entreprendre* ». Pour J. Dewey, la guerre peut ici être appréhendée comme une transaction entre deux ou plusieurs forces belligérantes produisant des effets certains sur le public, bien qu'une grande majorité d'entre eux n'ait strictement aucune utilité sociale. Cf. DEWEY, John. *Le public et ses problèmes*. Paris : Gallimard, 2005. p. 93.

¹⁹⁶ FRASER, Nancy. *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*. *Op. cit.* pp. 112-117.

efféminé et aristocratique du public bourgeois¹⁹⁷. Par ailleurs, N. Fraser s'inspire de Mary Ryan pour montrer que J. Habermas, en idéalisant l'espace public bourgeois, laisse de côté l'étude d'espaces concurrents ayant aussi une incidence sur la prise de décisions politiques¹⁹⁸. De l'aveu de N. Fraser elle-même, ces observations sont partiellement assimilées dans la préface de l'édition de 1990 de *L'espace public*. Néanmoins J. Habermas continue selon elle de penser « *qu'il est possible de comprendre le rôle du public bourgeois en l'observant de façon isolée, sans tenir compte de ses relations avec les publics concurrents* »¹⁹⁹.

1341. Lorsqu'il œuvre à la reconnaissance des sphères de la société civile organisée, le constituant veille-t-il alors à prendre en compte la manifestation de l'opinion et de la volonté de l'ensemble des groupes composant l'espace public politique ? L'analyse des Constitutions française et argentine ne permet pas de le confirmer. Sauf quelques exceptions notables²⁰⁰, les constituants semblent au contraire privilégier une approche homogène d'un public réduit à l'expression arithmétique d'une somme de volontés individuelles, en laissant aux normes législatives le soin de reconnaître l'utilité de certains groupes sociaux dans la détermination de l'intérêt public.

¹⁹⁷ LANDES, Joan B. *Women and the Public Sphere in the Age of the French Revolution*. New York : Cornell University Press, 1988. p. 202.

¹⁹⁸ Dans l'introduction d'un ouvrage sur la place des femmes dans la sphère publique, Mary Ryan montre par exemple comment les femmes, longtemps exclues du débat public, acquièrent progressivement une voix dans la société américaine de la fin du XIX^{ème} siècle. Cf. RYAN, Mary P. *Women in Public. Between Banners and Ballots, 1825-1880*. Baltimore : John Hopkins University Press, 1992. p. 3. Dans le sens entendu par N. Fraser, les objections patriarcales faites à l'encontre de l'immixtion des femmes dans le domaine du politique contribuent ainsi à singulariser cette participation et à en faire un *objet d'étude* à part entière. Cf. FRASER, Nancy. *Qu'est-ce que la justice sociale... Op. cit.* p. 115. Pour appuyer son argument, N. Fraser convoque aussi les écrits d'Evelyn Brooks montrant que les luttes contre la ségrégation des personnes noires aux États-Unis avaient pu passer par une médiatisation croissante de l'opinion et de la volonté de leurs communautés de manière à influencer l'opinion publique. Cf. BROOKS HIGGINBOTHAM, Evelyn. *Righteous Discontent. The Women's Movement in the Black Baptist Church 1880-1920*. Cambridge : Harvard University Press, 1990. p. 48. On remarquera ici que le raisonnement développé par N. Fraser est proche de celui utilisé par Jean-Paul Sartre ou Franz Fanon dans leur critique de la réification antisémite et raciste des juifs ou des personnes non-blanches. Dans la conclusion de ses *Réflexions sur la question juive*, Sartre rappelait ainsi que « *ce n'est pas le caractère juif qui provoque l'antisémitisme mais, au contraire, [...] c'est l'antisémitisme qui crée le juif* ». Cf. SARTRE, Jean-Paul. *Réflexions sur la question juive*. Paris : Gallimard, 2017. p. 84. Repartant de Sartre, Fanon affirmait dans le même sens que « *le Juif peut être ignoré dans sa juiverie. Il n'est pas intégralement ce qu'il est [...] le Juif n'est pas aimé à partir du moment où il est dépisté. Mais avec moi tout prend un visage nouveau. Aucune chance ne m'est permise. Je suis sur-déterminé de l'extérieur. Je ne suis pas l'esclave de « l'idée » que les autres ont de moi, mais de mon apparaître* ». Cf. FANON, Frantz. *Peau noire masques blancs*. Paris : Seuil, 1971. p. 93.

¹⁹⁹ FRASER, Nancy. *Qu'est-ce que la justice sociale... Op. cit.* p. 115. Sans doute pourra-t-on ici penser que cette posture s'inscrit à la croisée de l'héritage du rationalisme kantien et de la dialectique hégélienne, ce qui empêche J. Habermas de s'extraire totalement d'une conception rationnelle et polarisée d'un espace public théâtre de la violence des luttes de pouvoirs entre classes sociales.

²⁰⁰ On pensera par exemple au troisième alinéa de l'article 43 de la Constitution argentine reconnaissant l'existence des associations de consommateurs, et que certains membres de la Convention constituante de 1994 avaient présenté comme des moyens de vigilance visant la bonne application des droits nouveaux consacrés par la Constitution. Cf. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 31^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 4180.

1342. Ainsi, après ce premier point de développement, on aura donc saisi que l'influence ponctuelle des sphères de l'espace public autonome s'exprime à la fois dans les sous-systèmes fonctionnels employés à la satisfaction stratégique de leurs intérêts privés, mais aussi au sein même de la société civile, par l'intermédiaire de groupes sociaux impliqués dans la défense de l'intérêt public. Cependant, bien que le constituant reconnaisse l'existence et l'utilité sociale des groupes de pression, ce dernier fait le choix d'une lecture homogène de la société civile qui ne permet pas de rendre véritablement compte de la diversité des groupes œuvrant au débat public.

1343. À la suite de cette analyse, l'exposé des groupes fournisseur agissant sur les sphères du pouvoir central pour satisfaire les attentes normatives de la périphérie de l'espace public est en passe d'être achevé. Mais une interrogation demeure quant aux conséquences des formes spontanées d'influence sur la prise de décisions politiques. L'ultime point de développement de cette séquence sur les comportements orientés vers l'input devra donc permettre d'éclairer cette préoccupation.

2. Les discours sur l'expression de l'opinion et de la volonté par les sources d'influence spontanées

1344. Dans la définition qu'il donne de la société civile, J. Habermas ne précise pas si les discussions informelles qui se déroulent quotidiennement au sein de l'espace public peuvent être institutionnalisées dans le but d'exercer une influence radicale sur la prise de décisions par les institutions du pouvoir central. Ce silence ne l'empêche pas de partager avec Pamela Johnston et Donald Searing, l'idée que les *discussions politiques de tous les jours* ne sont pas détachables des systèmes de démocratie délibérative²⁰¹. Seulement, rien chez lui ne laisse penser que ces conversations puissent conduire à une organisation spontanée des acteurs autonomes de l'espace public, c'est-à-dire en dehors de toute intervention des groupes sociaux représentatifs de la société civile²⁰².

1345. Pour C. Lafont, J. Habermas sous-estime ici les possibilités d'une délibération spontanée du public organisée de manière *décentralisée* par les citoyens depuis la base de la sphère publique²⁰³. Or comme le précise Thomas Christiano, les citoyens se trouvent en réalité à *l'avant-poste* des préoccupations élémentaires de la société. En exprimant et en échangeant chaque jour sur leurs attentes

²⁰¹ JOHNSTON CONOVER, Pamela et SEARING, Donald D. Studying 'Everyday Political Talk' in the Deliberative System. *Acta politica*. 2005, Vol. 3, n° 40, p. 281.

²⁰² Dans les pages de *Europe, The Faltering Project*, J. Habermas reconnaît l'existence d'évidences empiriques attestant du fait que les discussions politiques tenues au quotidien par les citoyens influencent les prises de décisions à l'intérieur des sphères du pouvoir central. Il admet en outre que ces discussions inspirent aussi bien les arènes politiques que juridictionnelles. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Europe. The Faltering Project. Op. cit.* pp. 159-160. Pour autant, rien n'est dit de la capacité de ces citoyens à organiser et à canaliser ces discussions de manière à médiatiser plus largement l'objet de leurs préoccupations.

²⁰³ LAFONT, Cristina. *Democracy without Shortcuts... Op. cit.* p. 176.

normatives respectives, ils affinent leurs intérêts et approfondissent leur compréhension commune des problématiques sociales²⁰⁴. Il incombe dès lors au constituant de faciliter les échanges entre cette sphère périphérique indéterminée de l'espace public et les sphères du pouvoir central.

1346. Judith Butler fournit de ce point de vue d'intéressants éléments de compréhension. Pour la philosophe, c'est d'abord à travers les *rassemblements* que les citoyens se trouvent le mieux à même de médiatiser directement leurs intérêts. « *Le rassemblement, dit-elle, signifie en excès de ce qui est dit* ». Le rassemblement entend produire une *signification* à travers la concentration de tous les discours des membres de la communauté politique en *une forme plurielle de performativité, une mise en acte corporellement concertée*²⁰⁵. Aussi, en suivant cette intuition, ce deuxième point de développement entendra observer si le constituant s'emploie à faire de ces rassemblements un mode d'influence privilégié de la prise de décision politique. À cette fin, seront bien sûr décrites les formes matérielles de manifestation spontanée de la volonté, mais la réflexion entendra aussi explorer l'influence du constituant sur les nouvelles formes d'expression immatérielle de cette volonté.

a. L'expression matérielle de l'opinion et de la volonté du public

1347. En 2019, l'ethnologue Romain Hüet publiait aux Presses Universitaires de France *Les vertiges de l'émeute*, ouvrage dans lequel l'auteur s'intéressait à l'importance de la *performativité des corps* dans l'expression radicale de l'émeute. Rejoignant J. Butler, il considérait ainsi l'émeute comme « *un assemblage public de corps qui cherche la visibilité par le commun* », une « *possibilité d'apparaître dans l'espace public, au nom de quelques motifs ou revendications politiques claires dont la tonalité est de type révolutionnaire* »²⁰⁶.

1348. En France, l'un des exemples le plus récent et le plus éloquent de ce type de manifestation est certainement celui de la crise des *gilets jaunes* survenue au cours de l'automne 2018. Pour Camille Morio, cette crise représente le *moment paroxystique* d'une concentration inopinée d'individus d'abord réunis pour dénoncer le *déficit démocratique des institutions*, puis peu à peu structurés autour d'une attente normative commune portant sur la reconnaissance constitutionnelle d'un dispositif de *référendum d'initiative citoyenne*²⁰⁷. Ce mouvement se distingue ainsi des manifestations classiques de l'opinion et

²⁰⁴ CHRISTIANO, Thomas. Deliberation among experts and citizens. Dans : PARKINSON, John et MANSBRIDGE, Jane, *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at the Large Scale*. New York : Cambridge University Press, 2012, pp. 33-34.

²⁰⁵ BUTLER, Judith. *Rassemblement: Pluralité, performativité et politique*. Paris : Fayard, 2017. p. 16.

²⁰⁶ HUËT, Romain. *Le vertige de l'émeute. De la ZAD aux Gilets jaunes*. Paris : Presses Universitaires de France, 2019. p. 136.

²⁰⁷ MORIO, Camille. Quel modèle de participation dans les projets de réforme institutionnelle? *Op. cit.* p. 440.

de la volonté portées par les groupes sociaux revendicatifs de la société civile²⁰⁸, et l'on peut alors se demander si les instruments juridiques traditionnels de garantie de cette expression conservent toute leur efficacité concernant les regroupements spontanés.

1349. Ici, c'est d'abord l'effectivité du droit de grève qui devra être questionnée. En effet, comme le remarque Liora Israël, ce droit implique en général l'obligation de poser un préavis impliquant de négocier auprès des autorités la date et le parcours du cortège. Le droit de grève apparaît ainsi comme « *une ressource sous contrainte : contrainte de l'ordre normatif dans lequel il s'inscrit, ressource en tant qu'il se situe au cœur même des enjeux de définition de l'exercice du pouvoir* »²⁰⁹. L'examen des discussions autour du premier projet de Constitution de la IV^{ème} République révèle d'ailleurs que pour certains constituants, la consécration du droit de grève n'était envisageable qu'en entourant cette liberté de nombreuses limites relatives notamment à la protection des services régaliens de l'État²¹⁰. On comprend donc qu'un tel dispositif apparaisse inadapté à une forme d'expression dont la radicalité dépend précisément de l'imprévisibilité de l'action.

1350. La seule protection de la liberté d'expression suffit-elle alors à une prise en compte de ce moyen de revendication ? Probablement pas, puisqu'ainsi, il reviendrait systématiquement aux juges d'arbitrer les conflits de droits entre l'exercice légitime de cette liberté et la protection d'autres libertés fondamentales telles que le droit de propriété, le droit à la tranquillité, ou la liberté d'aller et venir. Pour pallier cette carence, il apparaît intéressant de remarquer que la proposition des *gilets jaunes* d'intégrer à la Constitution le référendum d'initiative populaire constituait un pertinent mécanisme, à la fois *revendicatif et décisionnel*²¹¹, permettant de mieux valoriser ces formes spontanées de manifestation de l'opinion et de la volonté. Cette constitutionnalisation fut un temps envisagée, mais aucune révision n'est pour l'heure venue l'entériner.

b. L'expression immatérielle de l'opinion et de la volonté du public

1351. En 2017, à la suite des accusations de harcèlement sexuel, d'agressions sexuelles et de viol formulées à l'encontre du producteur de cinéma Harvey Weinstein, l'actrice Alyssa Milano popularise le

²⁰⁸ On pensera par exemple aux appels aux mouvements sociaux lancés par les partis politiques et les syndicats.

²⁰⁹ ISRAËL, Liora. *L'arme du droit*. 2^e éd. Paris : Presses de Sciences Po, 2020. pp. 17-18.

²¹⁰ Dans un discours tenu devant l'Assemblée nationale constituante lors de la séance du mardi 19 mars 1946, le député René Coty avait par exemple réclamé l'aménagement du droit de grève afin d'éviter de laisser la possibilité à des soldats de se mettre spontanément en grève en temps de guerre. Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Session de l'Assemblée nationale constituante – 2^{ème} séance du mardi 19 mars 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions. *JORF*. Mars 1946, n^o 27, p. 867.

²¹¹ MORIO, Camille. Quel modèle de participation dans les projets de réforme institutionnelle? *Op. cit.* p. 440.

hashtag #MeToo libérant la parole des femmes victimes de violences sexuelles²¹². Pour Véronique Nahoum-Grappe, le mouvement surprend par son ampleur, environ 500 000 témoignages publiés sur les réseaux sociaux, ainsi que par son étendue géographique et sociologique. Sur le plan géographique d'abord, l'indignation se propage dans de très nombreux États de la planète, non seulement en Amérique du Nord et en Europe, mais aussi en Russie, en Chine ou en Corée du Sud. Du point de vue sociologique ensuite, parti de *milieux culturellement emblématiques de la modernité* tels que le cinéma, le mouvement s'étend peu à peu à d'autres activités et à d'autres milieux plus populaires²¹³.

1352. Dans son *Analyse structuro-cognitive d'une lutte pour la reconnaissance*, David Bertrand montre que cet usage massif de réseaux socionumériques occupe désormais une grande place au sein de débat public et influence profondément l'activité des institutions centrales du système politique²¹⁴. Pour Arnaud Philippe, l'affaire Weinstein et l'expansion du hashtag #MeToo, ou plus récemment le mouvement *Black Lives Matter*, ont largement contribué à faire évoluer les postures du législateur et des juges en matière de violence sexuelle²¹⁵. Le récit des violences et l'indignation qu'elles suscitent fonctionne comme une *stratégie de choc moral*²¹⁶ destinée à heurter l'opinion et à faire réagir les représentants politiques pour favoriser une meilleure protection des droits et libertés individuels.

1353. Dans cette dynamique, Manuel Arias Maldonado soutient que « *cette réalité force à réviser le modèle habermassien de l'opinion publique, puisque l'inclusion et la participation sont moins délibératives que sentimentales, plus "sensationnelles" que persuasives* » [traduction de D. Bertrand]²¹⁷. J. Habermas en effet n'est pas partisan d'une juridisation des outils numériques d'influence du débat public, car les réseaux sociaux ne permettent pas selon lui d'institutionnaliser un véritable espace ritualisé

²¹² Ce hashtag est en réalité inventé onze ans auparavant par la militante féministe Tarana Burke pour montrer, sur son site internet, sa solidarité avec une jeune fille noire américaine de 13 ans, victime de violences sexuelles. Cf. NAHOUM-GRAPPE, Véronique. #MeToo : Je, Elle, Nous. *Esprit*. 2018, n° 5, p. 112.

²¹³ Toutefois, V. Nahoum-Grappe ne manque pas de souligner certaines disparités, non seulement géographiques, puisque le continent africain demeure largement sous-représenté, mais aussi sociologiques, dans la mesure où certains groupes sociaux, tels que les roms, les femmes sans domicile fixe, ou de manière plus inattendue celles de très haute fortune, demeurent pour la plupart invisibles. Cf. NAHOUM-GRAPPE, Véronique. #MeToo : Je, Elle, Nous. *Op. cit.* pp. 112-113.

²¹⁴ BERTRAND, David. *Analyse structuro-cognitive d'une lutte pour la reconnaissance: l'émergence d'une quatrième vague féministe en France*. TROUDE-CHASTENET, Patrick (dir.). Thèse de doctorat, science politique. Bordeaux : Université de Bordeaux, 2020. p. 403.

²¹⁵ PHILIPPE, Arnaud. La déformation des juges. *Pouvoirs*. 2021, Vol. 3, n° 178, pp. 65-66.

²¹⁶ La notion est utilisée par D. Bertrand pour expliquer les enjeux de la viralisation de certains mouvements d'indignation sur les réseaux sociaux. Cf. BERTRAND, David. *Analyse structuro-cognitive d'une lutte pour la reconnaissance...* *Op. cit.* p. 385. La paternité de l'expression est attribuée à James Jasper et Jane Poulsen qui définissent le choc moral comme « *un événement ou une situation qui génère un tel sens de l'outrage chez les individus qu'ils deviennent enclins à l'action politique, même en l'absence de réseaux de contacts* » [traduction de B. David]. Cf. JASPER, James M. et POULSEN, Jane D. Recruiting Strangers and Friends: Moral Shocks and Social Networks in Animal Rights and Anti-Nuclear Protests. *Social Problems*. 1995, Vol. 42, n° 4, pp. 493-512. p. 498.

²¹⁷ ARIAS MALDONADO, Manuel. La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia. *Revista de Estudios Políticos*. 2016, n° 173, p. 50.

de formation de l'opinion et de la volonté²¹⁸. Dans ce débat, il est alors intéressant de se demander si les constituants français et argentin ont pu chercher à intervenir de manière à favoriser une meilleure prise en compte de l'usage des outils numériques pour faire valoir l'intérêt du public à l'implémentation de certaines de ses préoccupations. Hélas sur ce point précis, ni la trop ancienne réforme argentine de 1994, ni la révision française de 2008 relative à la modernisation des institutions de la V^{ème} République n'ont permis aux constituants de se saisir de ce nouvel enjeu.

1354. Ainsi s'achève l'examen des comportements des groupes fournisseur orientés vers l'input, c'est-à-dire vers l'expression de l'opinion et de la volonté des sphères de la périphérie externe destinée à influencer les institutions centrales du système politique dans l'élaboration des programmes législatifs. Le rôle du constituant en la matière aura alors été appréhendé de deux manières.

1355. D'abord, celui-ci agit sur les sources d'influence systématiques de la prise de décisions politiques incarnées par les médias et les politiciens. Pour les médias, les discussions constitutionnelles portent *a minima* sur la reconnaissance des libertés essentielles à la publicité des attentes normatives formulées par les acteurs du débat public. Concernant les politiciens, le constituant veille surtout à favoriser une bonne représentativité de la diversité des intérêts défendus au sein des hémicycles parlementaires dans le but de faciliter les échanges entre le centre et les sphères autonomes de l'espace public.

1356. En second lieu, les discussions constitutionnelles entendent aussi réguler les sources d'influence ponctuelles du système politique. Celles-ci prennent deux directions. Soit les sous-systèmes fonctionnels et les groupes sociaux de la société civile s'organisent pour faire entendre certaines revendications. Le constituant s'évertue alors à les valoriser par la reconnaissance de droits spécifiques utiles à leur publicité. Mais il arrive aussi que se manifestent des formes plus spontanées d'influence du débat public. Le constituant, dans ce cas, s'interroge sur la mise en place de nouveaux mécanismes de valorisation de l'opinion publique.

1357. À présent, un second aspect des interactions entre le centre et la périphérie externe reste à explorer. Celui-ci concerne l'appréhension constitutionnelle des comportements des groupes fournisseurs dont l'influence s'exerce sur l'output, autrement dit sur l'application des programmes législatifs. Le deuxième développement permettra donc de s'y intéresser.

²¹⁸ GARAPON, Antoine et LASSÈGUE, Jean. *Le numérique contre le politique. Crise de l'espace et reconfiguration des médiations sociales*. Paris : Presses Universitaires de France, 2021. p. 144.

§ II. L'INFLUENCE DE L'OUTPUT DES POLITIQUES PUBLIQUES

1358. En 1966, Valdimer Key publiait aux presses de l'Université de Harvard, un ouvrage consacré à l'analyse de la rationalité des scrutins des élections présidentielles américaines organisées entre 1936 et 1960. De son point de vue, les résultats des élections constituent d'abord un moyen de sélection populaire entre plusieurs alternatives d'action, la *voix du peuple* faisant *écho* à l'appréciation des politiques publiques menées par les institutions centrales du système politique²¹⁹.

1359. Le vote joue donc ici le rôle d'un output incarnant « le résultat de l'allocation des valeurs ou, plus exactement, du processus de prise (ou de "production") de décisions »²²⁰. L'appréhension de cette sanction électorale incite alors les responsables politiques à organiser l'implémentation de leurs programmes d'action en agissant en résonance avec la sphère publique politique²²¹ et en développant les outils utiles à la compréhension des conséquences de leurs décisions sur le public d'électeur.

1360. La lecture dialectique de la notion d'output proposée par Jean-Louis Seurin permet sans doute de mieux saisir l'objet de ces instruments. Selon lui, les échanges entre le centre et la périphérie du système politique peuvent être décrits à partir de *variables infra-sociétales* permettant d'expliquer la logique de chaque transaction. Le niveau *infra-sociétal* – qui se distingue du niveau *supra-sociétal* des échanges internationaux – est ici associé à l'ensemble des *influences internes* susceptibles de produire des effets sur la *légitimité* de l'*appareil étatique* ou sur le *nationalisme* de la *société étatique*²²².

1361. Au sujet de l'output, J.-L. Seurin envisage alors de considérer six variables réparties selon qu'elles favorisent le succès ou l'échec des transactions entre les acteurs²²³. En suivant le modèle de J. Habermas et de B. Peters, on associera chacune d'elles à un comportement spécifique des groupes fournisseur de l'espace public, et cette posture pourra ainsi permettre d'envisager l'hypothèse d'une activité constitutionnelle destinée à la fois à encourager les mesures contribuant à la réussite de ces interactions (A.) tout en dissuadant celles œuvrant à leur dérégulation (B.).

²¹⁹ KEY, Valdimer O. *The responsible electorate. Rationality in presidential voting 1936-1960*. Cambridge : Harvard University Press, 1966. p. 2.

²²⁰ SEURIN, Jean-Louis. Un schéma pour l'analyse comparative des Gouvernements. Une interprétation conflictuelle de l'analyse systémique. Dans : COLAS, Dominique et ÉMERI, Claude, *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*. Paris : Presses Universitaires de France, 1988, p. 713.

²²¹ CRONIN, Ciaran et DE GREIFF, Pablo. Editors' Introduction. *Op. cit.* p. xvii.

²²² SEURIN, Jean-Louis. Un schéma pour l'analyse comparative des Gouvernements. *Op. cit.* p. 718.

²²³ *Ibid.* p. 714.

A. LE SOUTIEN DES ÉCHANGES FONCTIONNELS, GAGE DE STABILITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE

1362. Pour éclairer la nature des comportements orientés vers l’output, le premier cas de figure concerne l’hypothèse où les groupes utilisateur et les institutions centrales du système politique entretiennent des échanges *fonctionnels*. Dans ce cas, explique J.-L. Seurin, les objectifs et les programmes de l’Administration sont correctement mis en œuvre, les lois et les règlements sont respectés par la majorité des membres de la communauté de vie, et les actions et décisions administratives se révèlent efficaces²²⁴.

1363. L’amélioration de la qualité de ces transactions dépend alors de la capacité du constituant à soutenir l’exécution des programmes, le respect des normes, et l’effectivité des décisions et des actions administratives. Ce premier paragraphe se proposera donc d’examiner ces trois variables.

1. Les discours inhérents au soutien de l’exécution des programmes normatifs

1364. Le premier moyen dont dispose le constituant pour encourager la prise en compte des groupes utilisateur dans l’implémentation des programmes législatifs consiste à mettre en place des mesures facilitant leur réalisation. L’exemple français du débat public constitue de ce point de vue une bonne illustration.

1365. En 1995, la *loi Barnier* crée la *Commission nationale du débat public*. L’objectif affiché par le législateur est de renforcer *l’association* entre les *producteurs* des normes de droit et leurs destinataires de manière à favoriser la participation du public à la prise de décision politique²²⁵. L’idée, précisent encore Olivier Marcant et Kevin Lamare, est de faire de l’espace public un espace de *co-construction de l’intérêt général* où puisse se mêler une grande diversité d’acteurs individuels et collectifs²²⁶ pour mener des discussions pratiques autour de projets de programmes soutenus par les sphères de pouvoir du centre du système politique²²⁷.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ MARGUIN, Julien et BERTRAND, Thomas. La notion de participation à l’aune de la protection de l’environnement et de la procédure de débat public. *Revue juridique de l’environnement*. 2017, Vol. 42, n° 3, p. 461.

²²⁶ MARCANT, Olivier et LAMARE, Kevin. Espaces publics et co-construction de l’intérêt général : apprentissages croisés des acteurs. Dans : BLATRIX, Cécile, BLONDIAUX, Loïc, FOURNIAU, Jean-Michel, et al., *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*. *Op. cit.* pp. 230-231.

²²⁷ On pourra trouver dans l’exemple du projet de centrale électronucléaire de Flamanville un cas concret d’organisation de débat public en vertu de dispositions prévues par la *loi Barnier*. Compte tenu de l’ampleur du projet et de ses implications sur la politique énergétique nationale, la Commission nationale du débat public avait alors fait le choix de nommer une commission spéciale pour élargir les débats à l’ensemble du pays. Cf. ZONABEND, Françoise. Un débat en débat. À propos du débat public sur le projet de centrale électronucléaire « EPR, tête de série », à Flamanville (Manche). Dans : BLATRIX, Cécile, BLONDIAUX, Loïc, FOURNIAU,

1366. En 2003, le rapport de la commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement propose d'affiner cet outil en poussant à la création d'une *commission consultative de l'environnement*. Considérant le caractère essentiel de la *promotion du débat contradictoire*, la commission estime en outre que « *le débat public est une condition sine qua non de la gestion des sujets scientifiques délicats* » et que, par conséquent, ce débat « *doit être entamé le plus en amont possible et prendre en compte, en plus des aspects scientifiques, les dimensions économiques, sociales et culturelles* »²²⁸.

1367. En repartant de cette préconisation, le projet de loi relatif à l'inclusion dans le bloc de constitutionnalité de la Charte de l'environnement reconnaît la valeur constitutionnelle du principe d'information et de participation en confiant au législateur le soin d'œuvrer à son implémentation²²⁹. À travers les propos tenus sur ce point par le rapporteur de la commission des lois constitutionnelles Patrice Gélard, on comprend alors qu'en intégrant le principe de participation à la Charte de l'environnement, le constituant entend inciter l'Administration et les sphères de l'espace public autonome à collaborer à l'élaboration des programmes afin d'améliorer l'effectivité de leur mise en œuvre ultérieure²³⁰. En définitive, cette initiative constitutionnelle apparaît donc comme un moyen de mieux garantir l'application et l'exécution des normes du pouvoir central.

2. *Les discours inhérents au soutien du respect des normes*

1368. Le deuxième moyen dont dispose le constituant pour favoriser les échanges fonctionnels entre les institutions du centre du système politique et les sphères de pouvoir de la périphérie consiste à œuvrer à un meilleur respect des normes.

Jean-Michel, et al., *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*. Paris : La Découverte, 2007, p. 134. Cette dynamique de discussion se verra par ailleurs renforcée par une ordonnance de 2016 prévoyant une saisine obligatoire de la Commission nationale du débat public concernant l'élaboration des plans et des programmes normatifs relevant du domaine environnemental. Cf. STRUILLOU, Jean-François et HUTEN, Nicolas. *Démocratie environnementale. Op. cit.* p. 149. Enfin on précisera que s'il constitue un moyen pertinent d'élaboration des programmes normatifs en concertation avec les préoccupations d'un nombre accru d'acteurs de l'espace public, le débat public n'est pas le seul outil dont disposent l'Administration et le législateur pour faciliter la concertation. La Convention citoyenne pour le climat, créée sur décision du Président de la République E. Macron en 2019 constitue, de ce point de vue, un instrument analogue de facilitation du débat public. Cf. FRIOUX, Dalibor. *Le bilan de la Convention citoyenne. Entretien avec Thierry Pech. Études.* 2020, Vol. 10, p. 45.

²²⁸ COPPENS, Yves. *Rapport de la commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement*. Paris : Ministère de l'écologie et du développement durable, 2003. p. 51.

²²⁹ RAFFARIN, Jean-Pierre et PERBEN, Dominique. *Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement...* *Op. cit.* p. 7. Le contenu des dispositions constitutionnelles proposées par le constituant a déjà pu être commenté plus en amont de cette thèse. Cf. *Infra.* n°937.

²³⁰ GÉLARD, Patrice. *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnel, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la Charte de l'environnement, par M. Patrice Gélard, Sénateur*. Rapport n°352. Paris : Sénat, 16 juin 2004. pp. 61-63.

1369. Il semble intéressant de s'arrêter sur ce point sur la pratique du référendum comme moyen de validation par le public de la mise en œuvre de certaines décisions politiques. S'il est vrai ce type de scrutin contribue au renforcement de la démocratie parlementaire en donnant une plus grande légitimité aux institutions représentatives, le professeur D. Rousseau rappelle toutefois que son procédé tient plus d'un acte d'*acclamation* que de *participation*²³¹. Le référendum, explique Christophe Prémat, possède en ce sens un *aspect réflexif* où les individus agissent à la fois comme *usagers* et comme *consommateurs* de politiques publiques. Le référendum agit comme un *medium* permettant de valider l'input des programmes normatifs voulus par les représentants du pouvoir politique²³².

1370. Le rapport rendu par le sénateur René Garrec concernant le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, peut ici tenir lieu d'illustration pour mettre en exergue l'intention du constituant de recourir au référendum local pour favoriser le respect des normes territoriales²³³. À l'occasion de la discussion du projet par sa commission, le sénateur avait toutefois recommandé la plus grande prudence quant à l'usage de ce nouvel outil, en préconisant de laisser à la loi le soin de définir un seuil minimum de participation pour *valider le résultat de la consultation* et éviter d'imposer des *choix minoritaires* au public d'électeurs²³⁴. En effet, dans sa *critique démocratique du référendum*, Laurence Morel ne manque pas de souligner les dangers de ces *choix minoritaires*. Loin de renforcer la démocratie, un référendum mal calibré risquerait selon elle de conduire à un déséquilibre structurel des institutions en favorisant par exemple l'*obstruction législative* par un recours abusif à ce type de mécanisme, ou la *désresponsabilisation* des élus qui instrumentaliserait le vote pour *se délester de certains problèmes*²³⁵.

²³¹ ROUSSEAU, Dominique. Conceptualiser la compétence normative des citoyens. *Archives de philosophie du droit*. 2020, Vol. 62, n° 1, p. 434.

²³² PRÉMAT, Christophe. *La pratique du référendum local en France et en Allemagne. Le moment référendaire dans la temporalité démocratique*. SADRAN, Pierre, RAYNAUD, Philippe (dir.). Thèse de doctorat, science politique. Bordeaux : Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2008. pp. 429, 491.

²³³ Dans le discours prononcé devant l'Assemblée nationale pour défendre cette nouvelle disposition, le Premier ministre Jean-Pierre Raffarin avait en ce sens soutenu qu'en offrant à une collectivité territoriale la possibilité de *trancher un certain nombre de problèmes* en interrogeant l'opinion publique, la révision constitutionnelle allait permettre de renforcer la proximité entre les élus et les électeurs. Cf. ASSEMBLÉE NATIONALE. XIIe législature - Session ordinaire de 2002-2003 - 27e séance - 1ère séance du mercredi 20 novembre 2002 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Novembre 2002, n° 62, p. 5373.

²³⁴ GARREC, René. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur : le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République...* *Op. cit.* p. 123.

²³⁵ MOREL, Laurence. Référendum et volonté populaire : la critique démocratique du référendum. *Participations*. 2018, Vol. 1, n° 20, p. 55. On remarquera par ailleurs que ces arguments contribuent à une meilleure compréhension de la méfiance historique des élus locaux envers cet instrument. Comme l'explique en effet Marion Paoletti, « *la démocratie locale est pour eux* [les « élus locaux-législateurs »] *un ordre légitimé par l'histoire et les pratiques, inassimilable par le droit* », et aucun référendum ne saurait venir entériner leurs prises de décisions. Cf. PAOLETTI, Marion. Le référendum local en France. Variations pratiques autour du droit. *Revue française de science politique*. 1996, Vol. 46, n° 6, p. 883. Bien sûr, cette observation, formulée en 1996, a depuis lors largement évoluée.

1371. En responsabilisant les citoyens concernant le choix de la mise en œuvre d'un programme normatif, le référendum local constitue donc un moyen pertinent de renforcement du respect des normes et de valorisation des échanges fonctionnels avec l'output des sphères de pouvoir périphériques du système politique. Mais ce mécanisme peut toutefois affecter la légitimité des institutions territoriales en bloquant les procédures ordinaires de prise de décision et en décrédibilisant les représentants élus. Aussi, d'autres outils pourront être privilégiés pour concourir au succès des transactions au sein de l'espace public.

3. *Les discours inhérents au soutien du respect des décisions*

1372. Dans le sens entendu par J.-L. Seurin, l'ultime variable susceptible d'influencer la fonctionnalité des échanges entre le centre et la périphérie réunit l'ensemble des mesures d'encouragement au respect des décisions. De ce point de vue, le constituant peut par exemple agir en facilitant la publicité des débats portant sur l'élaboration des programmes législatifs de manière à rendre la nature des décisions politiques plus compréhensible par chacune des sphères de l'espace public.

1373. « *Objectiver, disait Pierre Bourdieu, c'est aussi rendre visible, public, connu de tous, publié [...]. Avec la publication officielle, tout le monde est à la fois pris à témoin et appelé à contrôler, à ratifier, à consacrer [le texte normatif]* »²³⁶. Pascal Gougeon fait d'ailleurs remarquer en ce sens que la publication au Journal officiel constitue un moyen d'*objectivation de la puissance publique*²³⁷. J. Habermas voit quant à lui dans cette manœuvre une marque de permanence de l'Administration permettant au pouvoir étatique de mieux s'affirmer et d'apparaître comme un vis-à-vis tangible aux yeux des administrés²³⁸. Aussi, en facilitant la publication du matériel juridique au Journal officiel de la République, le constituant contribue à renforcer la tangibilité et la performativité du langage normatif, et celui-ci sera ainsi d'autant mieux respecté qu'il sera compris et appréhendé dans sa plus juste acception par les groupes utilisateurs.

1374. L'étude de la Constitution française sur le sujet ne révèle pas l'intention explicite de ses auteurs d'user de ce mécanisme pour améliorer la fonctionnalité des échanges entre les sphères de l'espace public. Néanmoins, plusieurs éléments conduisent à penser que cette question ne leur est pas tout à fait étrangère. Ainsi en 1958, lors d'un débat sur les *projets d'articles relatifs au président de la République*, le Conseil interministériel avait enrichi l'ébauche d'une disposition sur le référendum législatif d'une obligation de

²³⁶ BOURDIEU, Pierre. *Choses dites*. Paris : Éditions de minuit, 1987. p. 100.

²³⁷ GOUGEON, Pascal. « Nul n'est censé ignorer la loi »... *Op. cit.* p. 66. Plus loin dans le texte, P. Gougeon affine encore cette idée en affirmant que « *c'est à travers l'établissement d'une croyance dans une connaissance universelle de la Loi (au sein [des] groupes sociaux restreints), mais également par la définition et la diffusion d'une pratique comme la publication officielle, que le pouvoir étatique a pu fonder une reconnaissance de sa "puissance publique"* ». Cf. *Ibid.* p. 66

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. *L'espace public. Op. cit.* p. 29.

publication au Journal officiel des propositions formulées par le Gouvernement ou le Parlement en vue de l'organisation d'un tel scrutin²³⁹. De même en 2002, le constituant avait agi de la sorte en enrichissant l'article 72-4 de la Constitution d'une obligation de publicité pour toute consultation des électeurs des départements et régions d'outre-mer afférente à une modification du régime juridique de leur administration²⁴⁰. On comprend dès lors qu'en veillant à rendre publiques ces initiatives le constituant souhaite médiatiser la prise de décisions politiques et rendre leur élaboration plus légitime à l'égard de chaque acteur de l'espace public.

1375. En définitive, l'examen successif de ces trois mesures aura donc permis de mettre en lumière les outils dont dispose le constituant pour encourager les échanges fonctionnels entre les sphères du centre du système politique et les groupes utilisateur de la périphérie. Mais sa prérogative en la matière ne s'arrête pas là. En effet, l'encadrement de l'influence des groupes utilisateur sur la prise de décisions politiques passe aussi par la prévention des échanges dysfonctionnels que ces derniers entretiennent avec les institutions centrales. Le second paragraphe de ce développement entendra donc étudier les moyens de mettre en œuvre cette autre compétence.

B. LA PRÉVENTION DES ÉCHANGES DYSFONCTIONNELS, GARANTIE DE PÉRENNITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE

1376. Dans le sens entendu par J.-L. Seurin, les échanges entre les institutions du centre du système politique et les sphères de pouvoir autonome de la périphérie sont considérés comme dysfonctionnels dès lors que les normes, les programmes, les décisions et les actions implémentés par l'Administration ne coïncident plus avec les attentes normatives formulées par les acteurs de l'espace public. Surviennent dans ce cas des *problèmes d'autorégulation* du système qui s'incarnent dans les crises politiques ou dans les révolutions²⁴¹, problèmes que le constituant pourra toutefois anticiper en envisageant des mesures de prévention des dérives des groupes fournisseurs dans l'instrumentalisation des programmes normatifs des sphères du pouvoir central.

1377. Du point de vue de J.-L. Seurin, ces dérives se manifestent à travers le détournement des programmes voulus par le pouvoir central, par des phénomènes de passe-droit et de corruption ainsi que

²³⁹ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/1*. Op. cit. p. 307.

²⁴⁰ GARREC, René. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur : le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République...* Op. cit. p. 178.

²⁴¹ SEURIN, Jean-Louis. Un schéma pour l'analyse comparative des Gouvernements. Op. cit. p. 717.

par une incapacité de l'Administration à prendre des décisions et à coordonner ses actions²⁴². Aussi, en suivant cette description, ce second paragraphe entendra envisager les leviers sur lesquels pourra agir le constituant pour empêcher l'émergence de ces formes nocives d'interactions.

1. *Les discours relatifs à la prévention du détournement des programmes normatifs*

1378. J.-L. Seurin qualifie de *contre-programme* l'output du système politique central, détourné par les groupes fournisseur pour satisfaire un intérêt autre que celui prévu par les sphères de l'espace public institutionnalisé. Pour R. Gargarella, cette situation peut notamment être favorisée lorsque les juridictions exploitent la *brèche interprétative*, c'est-à-dire, lorsque les juges disposent d'un champ d'interprétation si large que leurs décisions peuvent venir perturber l'équilibre du système juridique²⁴³.

1379. Une manifestation récente de ce pouvoir d'interprétation s'observe on le sait, dans le spectaculaire revirement jurisprudentiel de la Cour suprême de Justice des États-Unis concernant le droit à l'avortement²⁴⁴. En 1973, par son célèbre arrêt *Roe v. Wade*, la Cour reconnaissait qu'en vertu du droit à la vie privée garanti par le quatorzième amendement de la Constitution, la loi ne pouvait pas s'opposer à « *la décision d'une femme à terminer ou non sa grossesse* » [traduction de C. Pelluchon]²⁴⁵. Cet arrêt était par la suite confirmé par la décision *Planned Parenthood v. Cassey* de 1992. Ces deux jurisprudences obligeaient alors les États à dépénaliser l'avortement et permettait aux plus progressistes d'ouvrir la voie d'une meilleure prise en charge juridique de l'interruption volontaire de grossesse. Mais en juin 2022, les juges revenaient sur ces deux jurisprudences en affirmant que rien dans la Constitution ne permettait d'interdire aux citoyens de réguler ou de prohiber l'avortement, et que *Roe* et *Casey* les ayant privés de

²⁴² *Ibid.* p. 714.

²⁴³ Dans l'introduction d'un chapitre de son ouvrage sur *El derecho como una conversación entre iguales* qu'il consacre à *l'interprétation constitutionnelle*, R. Gargarella remarque en effet que même parmi des juges aussi érudits, aussi bien documentés, et aussi bien entourés que sont les membres de la Cour suprême des États-Unis, rares sont les décisions qui puissent être rendues de manière unanime. S'interrogeant sur les raisons de ce phénomène il finit alors par considérer que « *le fait qu'un tribunal collégial parviennent régulièrement à des décisions fragmentées n'illustre pas seulement son caractère réflexif et impartial : il implique et met surtout en exergue l'idée que, même dans l'instance interprétative la plus élevée du pays [...] les désaccords sur la manière d'interpréter le droit son radicaux et quotidiens* » [nous traduisons]. Cf. GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales... Op. cit.* p. 211.

²⁴⁴ Cf. *Infra.* n°258.

²⁴⁵ La citation, tirée de l'arrêt *Roe v. Wade*, est empruntée à Corine Pelluchon. Cf. PELLUCHON, Corine. *L'autonomie brisée. Op. cit.* p. 76. Pour une compréhension historique des fondements de l'arrêt *Roe v. Wade*, on se reportera par ailleurs à l'article d'Éric Fassin sur *L'avortement sous expertise*. Cf. FASSIN, Éric. L'avortement sous expertise (entre la France et les États-Unis). *Vacarme*. 2001, Vol. 2, n° 15, pp. 38-41.

cette autorité, la Cour se devait donc d'annuler ces décisions afin de permettre au peuple et à ses représentants de recouvrer cette possibilité²⁴⁶.

1380. À travers cet exemple, on comprend ainsi qu'un cadre juridique trop flexible contribue à l'instabilité de l'appareil normatif en favorisant une multiplicité d'interprétations voir un détournement des normes de leur intention initiale. Cette aporie est toutefois bien connue du constituant, et de multiples projets de révision ont d'ailleurs pu mettre en exergue sa volonté de renforcer certains aspects de la norme fondamentale pour prévenir ses détournements.

1381. En 1994, l'intention du constituant argentin de faire figurer à l'article 41 de la Constitution un nouveau droit de l'environnement atteste bien de cette préoccupation. Dans un discours prononcé devant la Convention constituante le 21 juillet 1994, la représentante Zulema B. Daher avait par exemple soutenu le vote de cet article en insistant sur le fait que ses dispositions constituaient une « *véritable avancée dans la législation sur ce thème, en élevant au rang constitutionnel la protection présente et future de l'environnement* »²⁴⁷. Ainsi, en intégrant à la Constitution ce nouvel article, le constituant parvient à prévenir certains détournements du droit de l'environnement en donnant à la fois une meilleure visibilité aux droits déjà consacrés par la loi et la Constitution²⁴⁸, et en fixant de nouveaux paradigmes pour contraindre le législateur à une correcte application de ce droit²⁴⁹.

2. Les discours relatifs à la prévention de la corruption

1382. En 1997, dans la quatrième édition d'un ouvrage collectif sur la *corruption politique*, Joseph Nye proposait une analyse *coût-bénéfice* du recours à la corruption comme moyen de développement d'une carrière politique. La notion y était alors définie comme la pratique d'une personne investie d'une autorité publique qui, pour des motifs pécuniaires ou politiques, dévie de ses devoirs formels pour satisfaire ses intérêts personnels ou ceux de son entourage²⁵⁰. J. Elster dans *The cement of society* remarque par ailleurs

²⁴⁶ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Thomas E. Dobbs, State health officer of the Mississippi department of health, et al., Petitioners v. Jackson women's health organization, et al. n°19-1392*. Washington, D.C. : Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2022. p. 79.

²⁴⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 14^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 1784.

²⁴⁸ SABSAY, Daniel A. La protección del medio ambiente en la Constitución nacional. *Op. cit.* p. 20.

²⁴⁹ GOLDFARB, Miguel A., RÍOS BENÍTEZ, Ivan et MEDINA, Marcos W. Problemática Ambiental, Desarrollo Sustentable y Energías Renovables... *Op. cit.* p. 86. Parmi ces nouveaux paradigmes, Aníbal Faccendini relève par exemple l'obligation de concevoir l'environnement dans sa globalité, la reconnaissance du principe de solidarité avec les générations futures ou encore la consécration et la priorité donnée au principe de réparation face au principe pollueur-payeur. Cf. FACCENDINI, Aníbal. El ambiente : distintas concepciones. Evolución hacia la totalidad ambiental. *Op. cit.* p. 53.

²⁵⁰ NYE, Joseph S. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. Dans : HEIDENHEIMER, Arnold J., JOHNSTON, Michael et LEVINE, Victor T., *Political Corruption: A Handbook*. 4^e éd. Londres : Transaction Publishers, 1997, p. 966.

que la corruption sape particulièrement l'ordre juridique et la stabilité sociale *lorsqu'il y en a assez peu* mais qu'elle se *nourrit d'elle-même*²⁵¹. La corruption dans ce cas, ronge peu à peu les fondements de la stabilité du système politique et s'installe de manière endémique en bloquant le fonctionnement régulier des institutions. Il incombe dès lors aux représentants du système politique de veiller à maintenir un niveau de corruption le plus faible possible pour prévenir tout emballement néfaste à la fonctionnalité des échanges cordonnés par le droit²⁵².

1383. Seulement pour pouvoir être limitée de manière efficace, cette pratique ne doit pas être appréhendée comme le résultat d'une simple manifestation individuelle de volonté. La corruption, quand elle se généralise, entérine une forme de déterminisme institutionnel qui sclérose le système et décourage l'ensemble des membres de la société au respect des règles de droit²⁵³. Pour Pierre-Yves Néron, il faut alors comprendre ce phénomène de manière plus large comme un ensemble de conduites ayant pour conséquence directe ou indirecte d'enfreindre les règles posées par les normes²⁵⁴. Pots-de-vin, dessous-de-table, favoritisme ou échanges de faveurs constituent bien-sûr des pratiques individuelles connues et directement réprimées par le droit, mais il convient selon lui de prendre aussi en compte les pratiques ayant une incidence plus dissimulées sur le respect des règles, telles que le fait pour un entraîneur d'inciter ses athlètes à prendre des substances illicites pour améliorer leurs performances, ou celui de plagier un article scientifique pour proposer une publication dans une revue²⁵⁵.

1384. Afin de contribuer à la prévention de ces échanges dysfonctionnels, le constituant intègre dans le texte de la Constitution certaines mesures visant en particulier à éviter les cas les plus graves de corruption. L'article 36 de la norme fondamentale argentine relatif à l'*empire de la Constitution* en cas d'interruption de l'*ordre institutionnel* et du *système démocratique* constitue de ce point de vue une intéressante illustration. Loin de ne seulement sanctionner les atteintes à l'intégrité du système politique, les dispositions de l'article autorisent en effet la sanction de tout citoyen cherchant à s'enrichir en portant préjudice à l'État ou à usurper les fonctions des agents de l'État pour satisfaire ses propres intérêts²⁵⁶. Se révèle ici la volonté du constituant d'anticiper l'interruption possible de l'ordre démocratique en

²⁵¹ ELSTER, Jon. *The cement of society : a study of social order*. Cambridge : Cambridge University Press, 1989. p. 268

²⁵² PHILP, Mark. Defining Political Corruption. *Political studies*. 2005, Vol. 45, n° 3, p. 262-283. p. 459.

²⁵³ THOMPSON, Dennis F. *Restoring responsibility. Ethics in Government, Business, and Healthcare*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005. pp. 3-4.

²⁵⁴ NÉRON, Pierre-Yves. À quoi sert la conception institutionnelle de la corruption ? *Les ateliers de l'éthique*. 2005, Vol. 9, n° 1, p. 103-125. p. 104.

²⁵⁵ Ces exemples, convoqués par P.-Y. Néron, sont tirés de la définition de la notion de *corruption* donnée par Seumas Miller dans l'édition de 2011 de *l'Encyclopédie de Philosophie de Stanford*. Cf. MILLER, Seumas. Corruption. Dans : ZALTA, Edward et NODELMAN, Uri, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford : Metaphysics Research Lab, 2011.

²⁵⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada/3. Op. cit.* p. 36.

condamnant certaines pratiques susceptibles d'affecter la stabilité de l'État, et c'est d'ailleurs en ce sens que s'exprimera le représentant Antonio Cafiero pour défendre le vote de l'article devant la Convention²⁵⁷.

3. Les discours relatifs à la prévention de l'inaction de l'Administration

1385. Dans le sens entendu par J.-L. Seurin une *inaction*, ou *non-décision*, du pouvoir central correspond au cas où les attentes normatives de la périphérie du système politique ne parviennent pas à *s'agréger en demandes* et échouent à être traitées par les institutions du pouvoir central²⁵⁸. Peter Bachrach et Morton Baratz montrent que cette situation survient lorsque les services administratifs de l'État exercent certaines pressions visant à dissuader les réclamations des administrés à travers des déclarations du type : « *si vous persistez dans vos demandes, nous allons nous décider en faveur des propositions d'une organisation rivale à la vôtre* » [nous traduisons]²⁵⁹. Par ailleurs, du point de vue de Charles Wright Mills, la possibilité de l'Administration de proférer ce type de menace doit pousser tout régime démocratique de mettre en place des mécanismes permettant aux administrés d'agir face à ces inactions²⁶⁰.

1386. Ces observations inspirent toutefois deux sortes de critiques. La première est adressée par P. Barach. Dans sa *critique de la théorie de l'élitisme démocratique*, l'auteur dénonce l'idéalisme du modèle de Mills et fait preuve de la plus grande circonspection quant à la possibilité de concevoir une société où chacun pourrait bénéficier d'une *voix effective* pour influencer le processus de prise de décisions du pouvoir central²⁶¹. La seconde est plus générale et tend à se questionner sur les raisons même des non-décisions. L'impossible application de certains programmes ne relève en effet pas seulement du fait des institutions du pouvoir central mais peut aussi s'expliquer par l'inaction des groupes utilisateur réfractaires à l'accomplissement de leurs obligations juridiques.

1387. Compte tenu de ces critiques, on comprend alors que le constituant intervienne en travaillant au développement d'outils permettant d'éviter ces dysfonctionnalités. L'étude du rôle attribué au Défenseur du Peuple argentin a en ce sens déjà permis de révéler l'intention du constituant de mettre à la disposition des administrés un moyen de s'inquiéter de certains comportements de l'Administration à leur égard²⁶². Par ailleurs, l'idée de créer au deuxième alinéa de l'article 75 de la Constitution un organisme fédéral de

²⁵⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 12^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria. *Op. cit.* p. 1400.

²⁵⁸ SEURIN, Jean-Louis. Un schéma pour l'analyse comparative des Gouvernements. *Op. cit.* p. 713.

²⁵⁹ BACHRACH, Peter et BARATZ, Morton S. *Power and poverty : theory and practice*. New York : Oxford University Press, 1970. p. 57.

²⁶⁰ MILLS, C. Wright. *The sociological Imagination*. 2^e éd. New York : Oxford University Press, 2000. p. 188.

²⁶¹ BACHRACH, Peter. *The theory of democratic elitism. A Critique*. Boston : Little, Brown and Company, 1967. p. 57.

²⁶² Cf. *Infra*. n° 1298.

la fiscalité s'inscrit dans une démarche similaire. Pour le représentant à la Convention Rúben H. Marin, la création d'un tel organe a vocation à « *garantir l'efficacité pratique des objectifs de solidarité, d'équité et de développement harmonieux* »²⁶³ des finances publiques en s'assurant à la fois d'une correcte utilisation du budget de l'État et d'une juste collaboration des groupes utilisateur aux finances nécessaires à l'exécution des programmes administratifs²⁶⁴. Par ces manœuvres, le constituant agit donc pour réduire les échanges dysfonctionnels imputables à l'inaction des institutions du centre du système politique en contribuant à améliorer l'efficacité de la mise en œuvre des politiques publiques par l'ensemble des acteurs concernés.

1388. À la suite de ces considérations, on comprend mieux comment le constituant parvient à prévenir les dysfonctionnalités des échanges qui affaiblissent le système juridique et la régularité des interactions entre les groupes utilisateur et les institutions centrales de l'espace public. Par-là, s'achève donc l'ultime exposé relatif à l'examen des échanges orientés vers l'output du système politique, et plus largement la seconde section de ce chapitre relative à l'étude de la périphérie externe du système politique.

1389. Conclusion de section. La seconde section de ce chapitre s'est proposée d'expliquer le rôle joué par les sphères de la périphérie de l'espace public sur le processus de décision politique. À partir des travaux de B. Peters, J. Habermas se propose de distinguer les groupes fournisseur agissant sur l'élaboration des programmes législatifs et les groupes utilisateur ayant une incidence sur l'implémentation de ces programmes.

1390. Le premier ensemble d'acteurs est orienté vers l'input du système politique. Ces derniers peuvent être répartis en fonction du type d'influence exercée sur les institutions du pouvoir central. Les *médias* et des *politiciens* se distinguent en ce sens des autres groupes fournisseur par leur influence permanente sur les institutions du centre, les premiers en contribuant à la publicité des préoccupations animant les autres sphères de pouvoirs, et les seconds en raison du rôle d'intermédiaire qu'ils jouent entre la périphérie externe et le pouvoir législatif. À ce premier groupe seront par ailleurs opposées les sources d'influence ponctuelles agissant soit de manière organisée, soit de manière spontanée sur le centre du système politique. L'influence organisée rassemble les sous-systèmes fonctionnels et les acteurs de la société civile représentés par les syndicats, les lobbies, les associations, les défenseurs d'une cause, ou encore les intellectuels. L'influence spontanée consiste en une manifestation inopinée de l'opinion et de la volonté

²⁶³ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 24^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación). *Op. cit.* p. 3175.

²⁶⁴ HERNÁNDEZ, Antonio M. *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*. Córdoba : Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba, 2008. p. 10.

qui s'exprime soit sous la forme matérielle de manifestations publiques, soit de manière immatérielle sur les réseaux sociaux.

1391. Le second ensemble d'acteurs se trouve quant à lui orienté vers l'output du système politique. Dans ce cas, le groupes utilisateur agissent de manière à tirer avantage de l'implémentation des programmes voulus par le législateur, et il incombe au constituant d'orienter ces comportements afin de garantir l'efficacité du système juridique. Deux types de conduites sont alors privilégiées. Le constituant œuvre d'une part à l'encouragement des échanges fonctionnels en contribuant à la mise en place de mesures destinées à soutenir la réalisation des programmes normatifs, le respect des normes et le respect des décisions de l'Administration. Il veille, d'autre part, à prévenir les échanges dysfonctionnels qui affaiblissent l'État de droit à travers le détournement des programmes, la généralisation de la corruption et l'inaction de l'Administration.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

1392. La norme constitutionnelle n'est pas seulement le reflet des espaces institutionnels du centre du système politique. Le constituant œuvre aussi à la régulation de l'ensemble des sphères gravitant à sa périphérie. Ce second chapitre a ainsi prétendu identifier chacun de ces différents espaces afin de mettre en exergue l'objet des discussions constitutionnelles visant à leur régulation. En repartant de B. Peters, J. Habermas était en ce sens parvenu à distinguer les sphères de la périphérie interne entretenant une relation privilégiée avec les institutions du pouvoir central, de celles de la périphérie externe exerçant une influence plus diffuse sur la prise de décisions du système politique.

1393. À la périphérie interne correspondent les institutions de gestion et de contrôle œuvrant au service de l'État. Au premières sont attribués les services publics économiques, sociaux et socioculturels dont la reconnaissance se trouve facilitée par la consécration constitutionnelle de droits et de libertés justifiant la légitimation des services ainsi que par le développement de mesures destinées à contribuer à leur organisation. L'émergence de droits nouveaux fait toutefois courir le risque de voir apparaître certains conflits de normes vis-à-vis des libertés plus anciennes que le constituant sera chargé d'arbitrer en encadrant le service public de manière à ne pas porter une atteinte trop conséquente aux libertés des agents et des usagers. Au second type d'institutions périphériques correspondent les organes de contrôle du service de l'État. L'analyse successive du Défenseur des droits français et du Défenseur du Peuple argentin a alors permis de démontrer l'existence d'un contrôle visant à prévenir les atteintes aux libertés individuelles du fait des actions et des inactions de l'État. Concernant les actions, ce contrôle porte à la fois sur l'activité de l'Administration ainsi que sur celle des services publics de la périphérie interne. Quant aux inactions, une vigilance particulière est exercée au sujet des omissions encadrées par le droit et la morale, mais aussi concernant les conséquences probables que la survenance de certaines omissions auraient sur les administrés.

1394. La deuxième section de ce chapitre traite de la périphérie externe. Celle-ci est décrite par J. Habermas en distinguant les groupes fournisseur agissant sur l'élaboration des normes de droit, et les groupes utilisateur qui influencent sa mise en œuvre. Au sujet des premiers, le constituant agit de manière à réguler la pression systématique que les médias et les politiciens exercent sur les institutions du centre du système politique, ces deux organes étant considérés comme des vecteurs incontournables des préoccupations soulevées par l'ensemble des sphères de la périphérie. Par ailleurs, le constituant veille aussi à encadrer l'influence ponctuelle des autres sphères de pouvoir, que celles-ci agissent sous une forme organisée, à la manière des lobbies, des associations, des avocats d'une cause, ou des lanceurs d'alerte,

soit sous la forme de mobilisations spontanées à l'intérieur de l'espace public matériel et immatériel. Concernant les groupes utilisateur, on considère avec J. Habermas que le constituant s'attache à garantir la meilleure fonctionnalité des échanges entre les sphères de l'espace public. De ce point de vue, les discussions constitutionnelles sont essentiellement portées sur l'encouragement à la réalisation des programmes normatifs, au respect des normes et au respect des décisions administratives. Dans le même sens, le constituant entendra aussi éviter le développement des échanges dysfonctionnels incarnés dans le détournement des programmes, la généralisation de la corruption et l'inaction de l'Administration.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1395. En tant que discours performatif orienté vers la régulation des interactions sociales au sein de l'espace public politique, le langage de la Constitution porte sur un objet bien précis. L'ensemble de cette seconde partie s'est donc proposé d'en étudier les spécificités. À partir des travaux du sociologue Bernhard Peters, J. Habermas considère que l'espace public peut être représenté par un centre regroupant les espaces institutionnels qui constituent le cœur du système politique, autour duquel gravitent un ensemble de sphères périphériques produisant des attentes normatives ayant vocation à influencer les décisions du pouvoir central. De ce point de vue, le droit constitutionnel est appréhendé comme un langage visant à organiser et à réguler les luttes de pouvoir entre ces différents espaces. Deux chapitres permettent alors de rendre compte de son étendue.

1396. Le premier est consacré à l'analyse des espaces du centre du système politique. L'Administration, le législateur et le juge y occupent chacun une place spécifique. En tant qu'organe d'exécution des programmes législatifs, l'Administration apparaît tout d'abord comme un pouvoir d'influence pragmatique et axiologique de l'implémentation des normes dont l'incidence varie en fonction du degré de précision des prescriptions normatives fournies par le législateur. Lorsque les programmes législatifs sont assortis de mesures suffisamment précises pour guider l'activité administrative, l'Administration ne peut étendre son pouvoir que de manière limitée à travers la stricte application et exécution de la loi. Mais lorsque ces programmes se limitent à la définition d'objectifs finalisés, alors l'Administration bénéficie d'une marge de manœuvre bien plus étendue, et il incombe au constituant de contribuer à la fois à légitimer l'action du pouvoir administratif tout en veillant à en contrôler l'étendue.

1397. En tant qu'organe central du système politique, le législateur joue quant à lui un rôle tout à fait différent. Sa fonction première est en effet de satisfaire les attentes normatives des différentes sphères de l'espace public en transformant en langage juridique une partie de leurs discussions politiques. Aux attentes normatives simples correspondent les sollicitations de l'Administration et du pouvoir social visant la résolution législative des problèmes ordinaires du quotidien. Aux attentes normatives complexes sont par ailleurs associés les problèmes de régulation et d'intégration justifiant le recours aux révisions de la Constitution.

1398. Le pouvoir juridictionnel constitue la troisième institution du centre de l'espace public. De manière analogue au pouvoir législatif, celui-ci intervient dans la régulation des attentes normatives des

sphères de pouvoir, mais les problèmes qui lui sont soumis diffèrent quant à leur objet. Deux fonctions devront dès lors être distinguées. La première correspond à la résolution des problèmes relatifs à l'application des normes. Le constituant veille alors à doter les institutions juridictionnelles des moyens nécessaires à la prévention des tentatives d'émancipation du pouvoir administratif et du pouvoir social vis-à-vis des normes de l'État de droit. La seconde fonction est celle du traitement extraordinaire des problèmes de fondation. Les requérants dans ce cas, ne critiquent plus seulement l'opportunité de l'application de la norme, mais dénoncent le fondement même de sa légitimité. Il appartient alors au juge constitutionnel d'agir pour éviter tout détournement des raisons normatives de la part du pouvoir administratif et du pouvoir social.

1399. Le deuxième chapitre porte ensuite sur les institutions périphériques du système politique. À ce stade, B. Peters et J. Habermas proposent de distinguer les sphères de la périphérie interne et celles de la périphérie externe. Les premières concentrent les organes de gestion et de contrôle des activités de l'État. Pour favoriser la correcte implémentation des programmes législatifs, l'Administration sollicite l'intervention de services publics que le constituant encadre en renforçant leur légitimité et en régulant les conflits de droit susceptibles d'advenir du fait de leur expansion. Le contrôle des activités de l'Administration et des services publics est en parallèle confié à des autorités chargées de réguler les problèmes imputables aux actions et omissions de l'État.

1400. Les sphères de la périphérie externe concernent les organes autonomes de formation de l'opinion et de la volonté exerçant une influence sur les institutions du centre pour tendre à la satisfaction de leurs attentes normatives. Là se trouvent rassemblés les médias et les politiciens exerçant une influence systématique sur l'élaboration et sur l'application des règles de droit, ainsi que les sous-systèmes fonctionnels et les acteurs de la société civile n'intervenant que pour satisfaire leurs intérêts. Le constituant aura en ce sens à cœur de réguler à la fois l'influence sur l'input et sur l'output des politiques publiques implémentées par le pouvoir central en soutenant les échanges fonctionnels garants de la stabilité du système juridique tout en décourageant les interactions susceptibles d'en affecter la pérennité.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1401. Au moment de conclure cette thèse, revient à l'esprit l'ambition initiale de l'ouvrage : on espérait, par ce travail, contribuer à un approfondissement de la connaissance de l'objet du droit du point de vue de la théorie habermassienne de la discussion en se fondant sur l'étude des discours normatifs ayant œuvré à l'élaboration des Constitutions françaises et argentine depuis le milieu des années 1940. Afin de servir ce projet, la problématique générale de recherche s'était peu à peu dessinée autour de la question de savoir comment la méthode pragmatique-formelle d'analyse des interactions langagières entre les partenaires des discussions constitutionnelles pouvait se prêter à une description empirique de la *forme* et de l'*objet* de ces discours. On cherchera maintenant à proposer une synthèse de la réponse apportée à cette interrogation.

1402. La première partie de la thèse portait donc sur *les formes du discours* et entendait présenter les normes constitutionnelles comme le *produit de discussions pratiques*. Depuis Kant, on sait que les questions pratiques peuvent être appréhendées comme les problèmes pragmatiques, éthiques et moraux qu'un sujet peut être contraint de résoudre pour orienter sa conduite de vie. Les questions pragmatiques correspondent à toutes les interrogations inhérentes aux moyens utiles pour parvenir à une fin, celles relevant de l'éthique sont rattachées aux problèmes relatifs à l'identité et aux projets de vie individuels, et les questions morales concernent enfin les règles de conduite auxquelles devront se soumettre les sujets pour organiser leurs interactions sociales. En transposant l'éthique de la raison monologique kantienne à l'éthique de la discussion, J. Habermas suppose que la rationalité de ces différentes conduites peut être déterminée à travers l'échange de prétentions à la vérité contenues dans les propositions langagières des partenaires de la communication. Mais au-delà des discours nécessaires à la résolution des problèmes de la vie quotidienne, J. Habermas voit dans cette forme d'interaction un moyen crédible de résolution des problèmes normatifs d'organisation des relations entre les membres de la société. Cette intuition rend dès lors possible l'étude des discours constitutionnels en se fondant sur ce point de vue.

1403. Dans cette perspective, c'est à l'étude des discussions pragmatiques sur la Constitution qu'est consacré le premier chapitre de la thèse. L'entreprise de recherche communicationnelle de la vérité incite les représentants des Conventions et des assemblées parlementaires et constituantes à échanger sur la validité de propositions d'action permettant de satisfaire leurs objectifs. Celles-ci prennent la forme de propositions instrumentales et stratégiques lorsque la finalité poursuivie par les membres de la discussion est motivée par l'intention de satisfaire à des objectifs concrets. Les arguments mobilisés par les interlocuteurs se fondent alors sur l'expérience de problèmes analogues résolus par le passé, sur des considérations logiques, ou encore sur un usage stratégique de menaces, de promesses ou de mises en garde susceptibles de concourir au succès de l'interaction. Il arrive toutefois que la fin poursuivie ne constitue pas une finalité concrète. Les discussions constitutionnelles se transforment alors en procès d'intercompréhension où les interlocuteurs échangent les propositions axiologiques et affectuelles jugées les plus adaptées pour tendre vers cet objectif.

1404. Par ailleurs, au cours de l'échange communicationnel, chaque auditeur qui appréhende la proposition langagière émise par un locuteur examine la prétention à la validité qu'elle contient. Ainsi, lorsque cette proposition consiste en un énoncé constatif, l'auditeur s'intéresse à la vérité contenue dans la prétention, lorsque l'acte de langage se rapporte à un énoncé impératif, il en contrôle l'efficacité, s'il s'agit d'un énoncé régulateur il en évaluera la justesse, et si enfin cela concerne un énoncé expressif, la critique de l'auditeur pourra porter sur la véracité de la proposition d'action.

1405. Le deuxième chapitre de ce travail s'intéresse aux aspects éthiques du langage constitutionnel. On coïncide sur ce point avec A. MacIntyre pour considérer que ce type de discussion consiste en une interrogation de la tradition juridique de manière à faire évoluer les valeurs constitutives de l'appareil normatif, soit par une réinterprétation de la tradition existante, soit en ayant recours aux ressources d'une tradition rivale. On pourrait à ce titre définir la tradition juridique comme un ensemble de composantes structurelles et systémiques permettant d'assurer la cohérence du savoir juridique, la continuité de la tradition, la solidarité des groupes sociaux de la communauté et enfin la participation des membres de la société.

1406. Ces différentes composantes demeurent en général assez stables et n'inspirent pas, dans ce cas, de discussions éthico-politiques sur la forme de vie de la communauté. Dans certains cas cependant, la tradition originelle se trouve remise en question, et les débats du constituant poursuivent alors la recherche d'un nouvel équilibre. Quand la crise de la tradition n'est pas de nature à bouleverser structurellement l'ordre juridique, ces discussions œuvrent à une réinterprétation des valeurs, des institutions et des pratiques de la tradition originelle. Mais lorsque survient une crise épistémologique d'une ampleur telle que les ressources traditionnelles ne suffisent plus à résoudre le conflit, les propositions constitutionnelles

doivent s'inspirer du contexte d'autres traditions pour espérer le surmonter. À ces propositions est alors associé un contrôle de validité visant à s'assurer d'une part de la cohérence des nouvelles interprétations vis-à-vis de la tradition originelle, et d'autre part, lorsque les interlocuteurs s'inspirent de traditions rivales, de la continuité des prétentions éthico-politiques tirées de ces traditions par rapport au modèle initial.

1407. La troisième forme de langage identifiée par la philosophie communicationnelle de la raison pratique est relative à la morale. Au sein des discussions constitutionnelles, cette préoccupation se retrouve dans les débats visant à garantir les droits fondamentaux des membres de la société. Afin d'expliquer le sens de ces débats, les travaux de B. Gert sur les commandements moraux constituent un point de départ intéressant pour distinguer les différents principes positifs et négatifs de régulation des rapports sociaux. Aux premiers correspondent les prohibitions de privation de libre arbitre, d'infliction de souffrances physiques et morales, et de provocation de sensations déplaisantes, mais aussi les interdictions de privation des plaisirs et des libertés et de privation des capacités d'agir et de vouloir. Aux seconds sont ensuite associées les obligations au respect de ses engagements, à l'honnêteté, à l'accomplissement de son devoir, au respect des règles et au respect de la loi.

1408. De l'ensemble de ces prescriptions le constituant s'inspire pour transformer en droits fondamentaux celles des règles morales qu'il considère les plus nécessaires à l'organisation des relations sociales. Une première catégorie de propositions normatives allant dans ce sens concerne la protection des droits fondamentaux garants de l'exercice et de la protection des libertés privées telles que la liberté de choix, la liberté d'action, la reconnaissance du statut de sociétaire juridique ou le droit à une protection juridique effective. D'autres propositions visent plutôt à garantir l'intégration politique et sociale en appuyant la reconnaissance de droits fondamentaux de participation aux processus de délibération et aux processus de décision ainsi que de droits fondamentaux à une égale distribution des choses et des opportunités. Le contrôle de la validité de ces propositions est enfin rendu possible par l'adoption d'un point de vue moral permettant aux partenaires de la discussion d'évaluer la vérité des prétentions langagières en se fondant sur leurs propres expériences, sur leurs valeurs, sur la technique ou sur l'anticipation des conséquences et des effets secondaires que l'application de ces droits pourrait produire sur l'ordre juridique.

1409. L'étude pragmatique-formelle des discussions constitutionnelles ne se limite pas à la description de la forme des actes de langage employés par le constituant. Celle-ci se prête aussi à une analyse de l'objet du discours. Cet aspect intéresse l'ensemble de la seconde partie de cette thèse. Du point de vue de J. Habermas, la fonction première des propositions constitutionnelles est d'œuvrer à la régulation des

rappports de pouvoir au sein de l'espace public politique. Il coïncide ainsi avec B. Peters pour considérer que cet espace se trouve hiérarchisé entre des institutions centrales du système politique autour desquelles gravitent des sphères de pouvoir périphériques cherchant à influencer les décisions prises au centre. Chacun des acteurs de ces différents espaces travaille au renforcement de son influence en faisant pression sur l'institution centrale de législation pour satisfaire les attentes normatives qu'il juge utiles à son émancipation. Dans cette perspective, le droit constitue le langage commun offrant aux acteurs la possibilité de coordonner leurs intentions sans compromettre la stabilité du système politique dans son ensemble. Cette seconde partie s'est donc attachée à rendre compte de l'influence du langage constitutionnel dans l'organisation des rapports de pouvoir entre la pluralité des sphères de l'espace public. Deux chapitres ont alors permis de répondre à cette intention.

1410. Un premier axe de recherche a d'abord permis de mettre en lumière les relations entretenues entre les sphères institutionnelles de l'espace central du système politique. Point d'innovation ici, J. Habermas et P. Peters s'inscrivent dans la lignée de Montesquieu pour considérer que cet espace se trouve réparti entre un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire. Ce qui intéresse en réalité les deux auteurs, c'est surtout les relations qu'entretiennent entre eux, ces différents pouvoirs.

1411. Une première section s'attache en ce sens à étudier le comportement de l'Administration, comprise au sens large comme l'ensemble des institutions de gouvernance et de gestion relevant du pouvoir exécutif local et territorial. Deux tendances se dégagent alors. Lorsque les programmes normatifs élaborés par le législateur prennent la forme conditionnelle d'un ensemble de mesures suffisamment précises pour en assurer le succès, l'Administration agit en sa qualité de pouvoir d'*exécution* de la loi et veille à l'implémentation pragmatique de ces programmes en se reportant à la lettre des dispositions législatives. Le constituant veille alors à encadrer les modalités d'application et d'exécution administratives de ces dispositions. En revanche, quand ces mêmes programmes prennent la forme finalisée de mesures trop imprécises pour garantir l'atteinte des objectifs fixés, l'Administration dispose d'un pouvoir plus élargi de mise en œuvre de ces mesures selon ses propres arbitrages axiologiques, et il incombe dans ce cas au constituant de légitimer ces activités et d'en assurer le contrôle.

1412. Dans la seconde section sont ensuite abordées les activités du législateur. Celui-ci partage avec le pouvoir judiciaire une même fonction d'*écluse* des revendications émises par les autres sphères de pouvoir, c'est-à-dire de satisfaction des attentes normatives formulées à l'intérieur de l'espace public. Ces attentes seront considérées comme simples lorsque les acteurs de l'espace public attendront du législateur l'élaboration de programmes législatifs. Il appartiendra alors au constituant de réguler l'influence exercée d'un côté par l'Administration et de l'autre par le pouvoir social pour espérer la prise en compte de leurs exigences. Lorsque les programmes législatifs ne suffisent pas à la satisfaction de ces attentes, les acteurs

font pression sur le législateur pour inscrire dans la Constitution certaines de leurs revendications. Le constituant dans ce cas, élabore les outils de régulation et d'intégration sociale nécessaires à l'assimilation juridique de la complexité de ce type particulier d'exigence.

1413. Dans une dernière section est enfin abordé le rôle joué par les autorités juridictionnelles dans la régulation des rapports de pouvoir entre les sphères de la société. Cette régulation prend la forme ordinaire de résolution de problèmes d'application lorsque les juges se trouvent sollicités pour prévenir les tentatives d'émancipation du pouvoir administratif et du pouvoir social. Le constituant veillera alors à doter les juridictions administratives et judiciaires de moyens efficaces de prévention de cette émancipation. Dans de plus rares cas, les juges peuvent aussi être invités à résoudre les problèmes extraordinaires inhérents à la fondation des normes de droit. L'objet des discussions du constituant est alors relatif à la responsabilité du juge constitutionnel face aux tentatives de détournement des normes par l'Administration et par le pouvoir social.

1414. L'analyse des rapports de pouvoir au sein de l'espace public politique implique ensuite d'observer le comportement des sphères composant l'espace public autonome. Pour B. Peters, un tel espace peut être subdivisé en deux catégories suivant que l'on s'intéresse aux sphères de la *périphérie interne* ou de la *périphérie externe*. Les sphères de la *périphérie interne* réunissent les acteurs bénéficiant d'une relation privilégiée avec l'institution centrale de l'Administration. Là se trouvent rassemblées tous les organes chargés de l'exercice d'une mission particulière allant dans le sens de l'implémentation administrative des programmes législatifs, ainsi que les institutions non-juridictionnelles de contrôle de l'action et de l'inaction de l'État concernant ses obligations à l'égard des administrés. Concernant les premiers organes, l'action du constituant s'oriente vers la recherche d'un équilibre permettant aux institutions d'œuvrer à une juste protection des droits et libertés des membres de la société. Au sujet des seconds, le constituant veille à prévenir les atteintes excessives à ces droits en organisant une procédure de contrôle des actes et des omissions de l'État en amont de toute procédure juridictionnelle.

1415. Par ailleurs, les sphères de la *périphérie externe* regroupent toutes les institutions agissant sur *l'input* et *l'output* des politiques publiques, c'est-à-dire sur l'élaboration et l'implémentation des programmes normatifs, sans pour autant être rattachées à l'Administration. Les sphères de pouvoir agissant sur l'input rassemblent les médias et les politiciens, ainsi que tous les sous-systèmes fonctionnels, tels que les associations, les lobbies, ou les manifestations spontanées de l'opinion et de la volonté, agissant de manière systématique ou ponctuelle sur les institutions centrales pour réclamer la prise en compte de leurs attentes normatives. À ce titre, le constituant discute des droits fondamentaux permettant à ces institutions de faire valoir leurs intérêts au sein de l'espace public en général, et auprès des institutions centrales en particulier. Enfin, ces sphères de pouvoir sont aussi susceptibles d'influencer la mise en œuvre

des politiques publiques, par le détournement des programmes normatifs à leur avantage, par l'expansion de la corruption, ou encore en empêchant l'Administration d'implémenter correctement ses missions. Le constituant agira alors de manière à encourager les échanges fonctionnels de mise en œuvre efficiente des politiques publiques tout en cherchant à prévenir les échanges dysfonctionnels risquant de saper l'efficacité des activités administratives.

1416. Ainsi, à l'issue de ces éléments de conclusion, il semble donc que la technique de la pragmatique-formelle développée par J. Habermas constitue un moyen propice à la connaissance du droit constitutionnel. L'examen de la forme et de l'objet du langage de la Constitution a en effet permis de montrer que cette méthode offre un moyen crédible de corroboration empirique des intuitions philosophiques inhérentes aux discussions pratiques destinées à l'élaboration des règles de droit. Des critiques demeurent certes, et nombre de chercheurs et chercheuses ont depuis longtemps mis en exergue les apories d'un tel ancrage épistémologique. Mais ces commentaires enrichissent plus qu'il ne l'affecte, l'intérêt pour une étude du droit du point de vue d'une théorie de la raison communicationnelle, et l'on espère que cette approche continuera longtemps à susciter l'intérêt des juristes et des philosophes.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉS, MANUELS ET DICTIONNAIRES

- Avril, Pierre, Jean Gicquel, et Jean-Éric Gicquel. *Droit parlementaire*. 6^e éd. Domat. Droit public. Paris: L.G.D.J - Lextenso, 2021.
- Bidart Campos, Germán J. *Manual de la Constitución reformada/1*. 4^e éd. Vol. 1. 3 vol. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- . *Manual de la Constitución reformada/3*. Vol. 3. 3 vol. Buenos Aires: Ediar, 1999.
- Carbonnier, Jean. *Sociologie juridique*. 3^e éd. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2016.
- Carcassonne, Guy, et Marc Guillaume. *La Constitution*. 14^e éd. Essais. Paris: Seuil, 2017.
- Cornu, Gérard. *Linguistique juridique*. 3^e éd. Paris: Montchrestien, 2005.
- . *Vocabulaire juridique*. 12^e éd. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2018.
- Delvolvé, Pierre. *Droit public de l'économie*. 2^e éd. Paris: Dalloz, 2021.
- Hamon, Francis, et Michel Troper. *Droit constitutionnel*. 42^e éd. Paris: L.G.D.J - Lextenso, 2021.
- Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12^e éd. Paris: Dalloz, 2002.
- Laferrière, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Vol. 1. 2 vol. Paris: Berger-Levrault et Cie, 1887.
- Le Bot, Olivier. *Contentieux administratif*. 8^e éd. Paradigme. Bruxelles: Bruylant, 2021.
- Lombart, Martine, Gilles Dumont, et Jean Sirinelli. *Droit administratif*. 14^e éd. HyperCours. Paris: Dalloz, 2021.
- Perelman, Chaïm, et Lucie Olbrechts-Tyteca. *Traité de l'argumentation - La nouvelle rhétorique*. 6^e éd. UB lire. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008.
- Pierre, Eugène. *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*. Paris: Librairies-Imprimeries réunies, 1893.

- Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des Facultés de droit. Tome premier. Principes généraux. Les personnes. La famille - Les incapables. Les biens.* 11^e éd. Vol. 1. 3 vol. Paris: L.G.D.J, 1928.
- Rivero, Jean, et Hugues Moutouh. *Libertés publiques/2.* 7^e éd. Vol. 2. 2 vol. Thémis. Droit public. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.
- Seiller, Bertrand. *Droit administratif/1. Les sources et le juge.* Champs - Université. Paris: Flammarion, 2018.
- . *Droit administratif/2. L'action administrative.* Champs - Université. Paris: Flammarion, 2016.
- Vedel, Georges, et Pierre Delvolvé. *Droit administratif/1.* 12^e éd. Vol. 1. 2 vol. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- Waline, Jean. *Droit administratif.* 28^e éd. Paris: Dalloz, 2020.

THÈSES

THÈSES DE DROIT

- Ameller, Michel. « Les questions, instrument du contrôle parlementaire ». BURDEAU, Georges (dir.). Thèse de doctorat, droit, Institut d'Études Politiques de Paris, 1964.
- Barbier, Arnaud. « Les activités privées de sécurité à l'épreuve du droit public français : contribution à l'étude des mutations de la police administrative ». DESMONS, Eric (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Sorbonne Paris Cité, 2018.
- Barletti, Agustín. « Éléments pour une révision de la Constitution argentine ». LÉVY, Denis (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, 1990.
- Bédarrides, Édouard. « Réviser la constitution - Une histoire constitutionnelle française ». CHARLOT, Patrick (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Bourgogne, 2014.
- Ben Younes, Sonia. « Le contrôle parlementaire de l'action du Gouvernement ». GHEVONTIAN, Richard, CACQUERAY (de), Sophie (dir.). Thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille Université, 2016.
- Bernaude, Valérie. « Les droits constitutionnels des travailleurs ». FAVOREU, Louis (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Aix-Marseille 3, 2001.
- Blachère, Philippe. « Contrôle de constitutionnalité et volonté générale. « La loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » ». ROUSSEAU, Dominique (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier 1, 1998.
- Bouchereau, Thibault. « Le choix des modes de gestion des services publics locaux ». BRENET, François. Thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 2017.

- Bougrab, Jeannette. « Aux origines de la Constitution de la quatrième République ». BELLOUBET-FRIER, Nicole (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001.
- Bouru, Michaël. « Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire ». STEICHEN, Pascale (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Côte d'Azur, 2018.
- Bouvier, Laure-Alice. « Le Conseil d'État et la confection de la loi ». GAUDEMET, Yves (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, 2013.
- Boyer-Capelle, Caroline. « Le service public et la garantie des droits et libertés ». LACHAUME, Jean-François, PAULIAT, Hélène (dir.). Thèse de doctorat, droit, Limoges, 2009.
- Cárdenes, Agustín. « La présidentialisation du système politique, étude de droit comparé Argentine – France ». ORTIZ, Tulio, LAGEOT, Céline (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers et Université de Buenos Aires, 2012.
- Carpentier, Mathieu. « Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit ». KERVEGAN, Jean-François (dir.). Thèse de doctorat, droit, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013.
- Chabrier, Loïc. « La révision de la Constitution dans la cinquième République ». JAILLARDON, Édith (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Lumière Lyon 2, 1995.
- Chapeau-Sellier, Victoria. « Le Droit de la protection sociale, du principe de solidarité socio-professionnelle vers l'octroi de droits sociaux individuels ». VIALLA, François (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier 1, 2021.
- Defoort, Benjamin. « La décision administrative ». SEILLER, Bertrand (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, 2012.
- Devaux, Éric. « La grève dans les services publics ». MORANGE, Jean (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Limoges, 1993.
- Dorlencourt-Detrégiache, Denise. « Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français/1 ». Thèse de doctorat, droit, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1972.
- Ducharme, Théo. « La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution ». ROUSSEAU, Dominique (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019.
- Faye, Antoine. « Les bases administratives du droit constitutionnel français ». LE DIVELLEC, Armel (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, 2016.
- Fuchs-Cessot, Alice. « Le Parlement à l'épreuve de l'Europe et de la Ve République ». DREYFUS, Françoise (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001.
- Garreau, Olivier. « Droit de la santé, droit à la santé ». COLSON, Jean-Philippe (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier 1, 2004.
- Gaudemet, Yves. « Les méthodes du juge administratif ». VEDEL, Georges (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1972.
- Gay, Laurence. « Les “droits-créances” constitutionnels ». FAVOREU, Louis (dir.). Thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille 3, 2001.

- Houillon, Grégory. « Le lobbying en droit public ». ROUVILLOIS, Frédéric (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Paris Descartes, 2008.
- Jan, Pascal. « La saisine du Conseil constitutionnel ». ROSSETO, Jean (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université François Rabelais, 1999.
- Lafon, Nicolas. « La juridiction administrative dans la Constitution : réflexion sur la construction du statut constitutionnel de la juridiction administrative ». DUGRIP, Olivier (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Lille III, 2006.
- Lapeyre, Marie-Pierre. « Le Conseil supérieur de la magistrature. Essai sur la « représentation » de l'autorité judiciaire ». BIOY, Xavier (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2017.
- Larroque, Florent. « La performativité du langage constitutionnel ». VIALA Alexandre (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 2016.
- Lochak, Danièle. « Le rôle politique du juge administratif français ». WEIL, Prosper (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, 1970.
- Malpel-Bouyjou, Caroline. « L'office du juge judiciaire et la rétroactivité ». LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012.
- Mannes, Alice. « La conscience en droit social ». OLIVIER, Jean-Michel (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, 2018.
- Marbouty, Frédérique. « Le statut constitutionnel des services publics ». LACHAUME, Jean-François (dir.). Thèse de doctorat, droit, Limoges, 1998.
- Mauguin Helgeson, Murielle. « L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni) ». CARCASSONNE, Guy (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Paris X-Nanterre, 2004.
- Melleray, Fabrice. « Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale ». BOIS DE GAUDUSSON (Du), Jean (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2000.
- Montané de la Roque, Pierre. « L'inertie des pouvoirs publics ». COUZINET, Paul (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Toulouse, 1950.
- Parinet, Pauline. « La carence de l'Administration ». ALBERT, Nathalie (dir.). Thèse de doctorat, droit., Université François Rabelais, 2017.
- Pères-Dourdou, Cécile. « La règle supplétive ». GHESTIN, Jacques (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004.
- Perrin, Alix. « L'injonction en droit public français ». DELVOLVÉ, Pierre (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, 2009.
- Radiguet, Rémi. « Le service public environnemental ». KALFLÈCHE, Grégory, NAIM-GESBERT, Éric (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2016.
- Raptopoulos, Themistoklis. « L'entrée en vigueur de la loi. Contribution à une étude de la loi. » BEAUD, Olivier (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, 2018.
- Ridard, Basile. « L'encadrement du temps parlementaire dans la procédure législative. Étude comparée : Allemagne, Espagne, France, Royaume-Uni ». PFERSMANN, Otto (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016.

- Rigaux, Marie-Françoise. « La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante ». VISSCHER (de), Paul (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Catholique de Louvain, 1984.
- Roman, Diane. « Le droit public face à la pauvreté ». PICARD, Étienne (dir.). Thèse de doctorat, droit, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2000.
- Seiller, Bertrand. « L'exception d'illégalité des actes administratifs ». DELVOLVÉ, Pierre (dir.). Thèse de doctorat, droit., Université Panthéon-Assas, 1995.
- Siffert, Antoine. « Libéralisme et service public ». LEBRETON, Gilles, BOTTINI, Fabien (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université du Havre, 2015.
- Trémeau, Jérôme. « La réserve de loi. Compétence législative et Constitution ». FAVOREU, Louis (dir.). Thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille 3, 1996.
- Tusseau, Guillaume. « Les normes d'habilitation ». TROPER, Michel (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Paris X-Nanterre, 2004.
- Vintzel, Céline. « Les armes du Gouvernement dans la procédure législative. Étude comparée : Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni ». COLLIARD, Jean-Claude (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2009.
- Voisset, Michèle. « L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 ». VEDEL, Georges (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1967.
- Ziani, Salim. « Du service public à l'obligation de service public ». ECKERT, Gabriel (dir.). Thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 2013.

THÈSES DE PHILOSOPHIE

- Corre Chantecaille (le), Martine. « « Penser avec... et contre... ». La pragmatique transcendante de Karl-Otto Apel : une théorie et une pratique de l'intersubjectivité. » STANGUENNEC, André (dir.). Thèse de doctorat, philosophie, Université de Nantes, 2010.
- Goyard-Fabre, Simone. « Essai de critique phénoménologique du droit ». POLIN, Raymond (dir.). Thèse de doctorat, philosophie, Université de Paris, 1970.
- Maronneau, Laurent. « Le milieu de la laïcité. Contextes, espaces et temps ». GOETZ, Benoît, RESWEBER, Jean-Paul (dir.). Thèse de doctorat, philosophie, Université de Lorraine, 2016.
- Refaa, Magda. « La notion de gouvernementalité chez Foucault. Gouvernement contre gouvernement ». VERMEREN, Patrice (dir.). Thèse de doctorat, philosophie, Université Paris 8 Saint-Denis, 2017.
- Solignac, Pascal. « La justice comme sollicitude - De Ronald Dworkin à la question de l'éducation ». RENAUT, Alain (dir.). Thèse de doctorat, philosophie, Université Paris IV - Sorbonne, 2008.

THÈSES DE SCIENCES POLITIQUES, DE SCIENCES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION ET DE LINGUISTIQUE

- Bertrand, David. « Analyse structuro-cognitive d'une lutte pour la reconnaissance: l'émergence d'une quatrième vague féministe en France ». TROUDE-CHASTENET, Patrick (dir.). Thèse de doctorat, science politique, Université de Bordeaux, 2020.
- Girod, Alain. « Les mutations de l'espace public et la construction médiatique de l' « opinion publique » ». TETU, Jean-François (dir.). Thèse de doctorat, sciences de l'information et de la communication, Université Lumière Lyon 2, 2000.
- Persyn-Vialard, Sandrine. « La linguistique de Karl Bühler. Examen critique de la Sprachtheorie et de sa filiation ». VALENTIN, Paul (dir.). Thèse de doctorat, linguistique, Université Paris Sorbonne, 2002.
- Premat, Christophe. « La pratique du référendum local en France et en Allemagne. Le moment référendaire dans la temporalité démocratique ». SADRAN, Pierre, RAYNAUD, Philippe (dir.). Thèse de doctorat, science politique, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2008.

ARTICLES DE DOCTRINE

- Abrial, Stéphanie, et Simon Persico. « Les coûts cachés d'une promesse incontournable - L'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe ». *Revue française de science politique* 68, n° 2 (2018): 343-64.
- Ambroise, Bruno. « Performativité et actes de parole ». *HAL-SHS*, 2009, 1-18.
- Amieva, Hélène, et Marion Pech. « Les personnes âgées face au confinement et à la crise de la Covid-19 : entre fragilité et résilience ». *Revue de neuropsychologie* 2, n° 12 (2020): 155-57.
- Andaluz, Horacio. « El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho ». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 31 (2008): 405-35.
- Aranjo (de), Christophe. « Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne ». *Revue française de droit constitutionnel* 2, n° 74 (2008): 239-61.
- Arias Maldonado, Manuel. « La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia ». *Revista de Estudios Políticos*, n° 173 (2016): 27-54.
- Assaraf, Albert. « Quand dire c'est lier - Pour une théorie des "ligarèmes" ». *Nouveaux Actes Sémiotiques*, 1993, 8-29.

- . « Toutes les émotions en deux forces. Damasio et le “système JP” ». *Psychiatrie - Sciences humaines - Neurosciences* 15, n° 1 (2017): 29-45.
- Atienza, Manuel. « A propósito de la dignidad humana ». *Ius, la revista*, n° 36 (2008): 467-460.
- . « Entrevista a Robert Alexy ». *Doxa*, n° 24 (2001): 671-87.
- Aubenque, Pierre. « La prudence chez Kant ». *Revue de métaphysique et de morale* 80, n° 2 (1975): 156-82.
- Aubert, Isabelle. « Entretien avec Catherine Colliot-Thélène ». *Le Philosophoire* 1, n° 53 (2020): 11-53.
- . « Espace public et inclusion : la conception habermassienne de la démocratie en débat ». *Cités* 2, n° 78 (2019): 57-74.
- . « Réviser l’« espace public » avec la sociologie. Un regard sur la théorie de Bernhard Peters ». *Participations* 1, n° 5 (2013): 177-99.
- Auby, Jean-Marie. « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative ». *AJDA* 12, n° 1 (1956): 53-67.
- Audouy, Laurèn. « La révision de l’article 49 alinéa 3 de la Constitution à l’aune de la pratique ». *Revue française de droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France, 3, n° 107 (2016): e1-22.
- Avril, Pierre. « Le Parlement législateur ». *Revue française de science politique* 31, n° 1 (1981): 15-31.
- Bachelier, Gilles. « La Constitution et les élections présidentielles ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 1, n° 34 (2012): 5-12.
- Bachschmidt, Philippe. « Droit parlementaire. Le succès méconnu des lois d’initiative parlementaire ». *Revue française de droit constitutionnel* 2, n° 78 (2009): 343-65.
- Bantigny, Ludivine. « Le principe d’Antigone. Pour une histoire de la désobéissance en démocratie ». *Pouvoirs* 4, n° 155 (2015): 17-28.
- Barquín Cendejas, Alfonso. « El “Tetazo”: La arbitrariedad política de las clasificaciones ». *ANDES. Antropología e Historia* 30, n° 1 (2019): 1-32.
- Barthélémy, Joseph. « La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la monarchie de Juillet ». *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger* 26 (1909): 5-47.
- Bastid, Paul. « Les principes généraux de la nouvelle constitution française ». *Revue internationale de droit comparé* 11, n° 2 (1959): 334-64.
- Bazán, Víctor. « El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado ». *Estudios constitucionales* 3, n° 2 (2005): 85-139.
- . « Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional ». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 36, n° 108 (2003): 759-838.
- Beaud, Olivier. « L’histoire du concept de Constitution en France, de la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l’État ». *Jus Politicum*, n° 3 (2009): 1-29.
- Béchillon (de), Denys. « Conflits de sentences entre les juges de la loi ». *Pouvoirs* 1, n° 96 (2001): 107-22.

- Belloubet, Nicole. « Conseiller l'Etat ». *Pouvoirs* 4, n° 123 (2007): 33-50.
- Benson, Rodney. « Shaping the Public Sphere: Habermas and Beyond ». *The American Sociologist* 40, n° 3 (2009): 175-97.
- Bergalli, Roberto. « La quiebra de los mitos. Independencia judicial y selección de los jueces ». *Nueva Sociedad*, n° 112 (1991): 152-65.
- Berloquin, Pierre. « La règle du jeu ». *Médium* 1, n° 30 (2012): 86-97.
- Bianchi, Susana. « Catolicismo y peronismo, la familia entre la religión y la política (1945-1955) ». *Boletín del Instituto de historia argentina y americana* 3, n° 19 (1999): 115-37.
- Bidart Campos, Germán J. « El proceso político-constitucional en la República Argentina desde 1810 a la actualidad ». *Ayer*, n° 8 (1992): 163-87.
- Bidegaray, Christian, et Gérard Emeri. « Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre-pouvoir ». *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 2 (1994): 325-52.
- Blachère, Philippe. « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? » *Pouvoirs* 2, n° 105 (2003): 17-28.
- Blanc, Didier. « Droit constitutionnel et droit international. Contribution à l'étude du « traité-constitutionnel » européen vu par le constituant : les pouvoirs du Parlement français entre continuités et ruptures. À propos de la loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005 ». *Revue française de droit constitutionnel* 4, n° 64 (2005): 845-74.
- Boré, Louis. « La catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit doit-elle désormais être considérée comme stabilisée ? » *Titre VII* 1, n° 8 (2022): 20-26.
- Borella, François. « Le fédéralisme dans la Constitution française du 5 octobre 1958 ». *Annuaire français de droit international* 4 (1958): 659-81.
- Borgetto, Michel. « La décentralisation des politiques sociales en question(s) ». *Regards* 2, n° 56 (2019): 51-66.
- Bourdieu, Pierre. « Sur le pouvoir symbolique ». *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 32, n° 3 (1977): 405-11.
- Bouretz, Pierre. « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge ». *Pouvoirs* 2, n° 74 (1995): 71-83.
- Bouzat, Gabriel. « Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica ». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 2, n° 3 (1989): 87-101.
- Braud, Philippe. « L'apport de la science politique à l'étude des langages du politique ». *Mots. Les langages du politique*, n° 94 (2010): 143-46.
- Braudel, Fernand. « Histoire et Sciences Sociales : La longue durée ». *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 13, n° 4 (1958): 7-37.
- Briones, Claudia, et Walter Delrio. « La "Conquista del Desierto" desde perspectivas hegemónicas y subalternas ». *Runa* 27 (2007): 23-48.
- Bruce, Eva. « Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? » *Revue française de droit constitutionnel* 3, n° 63 (2005): 539-60.
- Bui-Xuan, Olivia. « Le défenseur des enfants : une émancipation réussie ». *Revue française d'administration publique* 3, n° 139 (2011): 353-67.

- Bujon, Anne-Lorraine, Lucile Schmid, et Juliette Decoster. « L'alerte, un enjeu démocratique ? Table ronde avec Francis Chateauraynaud, Antoine Deltour et Flore Vasseur ». *Esprit* Avril, n° 4 (2019): 57-70.
- Byk, Christian. « La place du droit à la protection de la santé au regard du droit constitutionnel français ». *Revue générale de droit* 31, n° 2 (2001): 327-52.
- Caminotti, Mariana. « Ideas, legados y estrategias políticas en la reforma de las reglas de selección de candidatos: la ley de cuotas pionera de Argentina ». *Revista Uruguaya de Ciencia Política* 23, n° 2 (2014): 65-85.
- Cárdenes, Agustín A. « Le régime présidentiel argentin : des discours sur l'atténuation de la présidentialisation à la réalité de sa consécration définitive ». *Revue française de droit constitutionnel* 1, n° 93 (2013): 11-36.
- Carrizo, Carla. « Entre el consenso coactivo y el pluralismo político: la hora del Pueblo y el Pacto de Olivos (1973-1993) ». *Desarrollo Económico* 37, n° 147 (1997): 389-418.
- Cassagne, Juan Carlos. « El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción) ». *Revista de Administración Pública*, n° 140 (1996): 65-110.
- . « La acción declarativa de inconstitucionalidad ». *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n° 13 (2017): 41-65.
- . « La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina ». *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 40 (2010): 199-216.
- Cassin, René. « Un coup d'état. La soi-disant Constitution de Vichy (1) ». *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 3 (2010): 1-8.
- Castor, Catherine. « L'égalité devant le suffrage ». *Revue française de droit constitutionnel* 2, n° 90 (2012): 1-34.
- Catala, Michel. « La Communauté à la recherche de son identité. De l'Europe des citoyens à la citoyenneté européenne ». *Relations internationales* 4, n° 140 (2009): 83-101.
- Catherine, Aurore. « Compétence du pouvoir réglementaire et définition des conditions d'exercice de droits constitutionnellement protégés : le cas du droit de grève et du droit à l'information et à la participation du public en matière environnementale ». *Revue française de droit constitutionnel* 2, n° 94 (2013): 269-90.
- Cefaï, Daniel. « Mondes sociaux. Enquête sur un héritage de l'écologie humaine à Chicago ». *SociologieS*, 2015, 1-28.
- . « Publics, problèmes publics, arènes publiques... Que nous apprend le pragmatisme ? » *Questions de communication*, n° 30 (2016): 25-64.
- Challe, Édouard. « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit ». *Le Philosophoire* 3, n° 9 (1999): 175-99.
- Chambers, Simone. « Rhétorique et espace public : la démocratie délibérative a-t-elle abandonné la démocratie de masse à son sort ? » *Raisons politiques* 2, n° 42 (2011): 15-45.
- Chamoux, Marie-Noëlle. « Sociétés avec et sans concept de travail ». *Sociologie du travail* 36 (1994): 57-71.
- Chateauraynaud, Francis. « Invention argumentative et débat public regard sociologique sur l'origine des bons arguments ». *Cahiers d'économie politique* 2, n° 47 (2004): 191-213.

- Chatriot, Alain. « Les apories de la représentation de la société civile. Débats et expériences autour des compositions successives des assemblées consultatives en France au XXe siècle ». *Revue française de droit constitutionnel* 3, n° 71 (2007): 535-55.
- Chevallier, Jacques. « La place de l'administration dans la production des normes ». *Droit et société* 3, n° 79 (2011): 623-36.
- . « Les nouvelles frontières du service public ». *Regards croisés sur l'économie* 2, n° 2 (2007): 14-24.
- . « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur ». *AJDA* 28, n° 2 (1972): 67-89.
- . « L'obligation en droit public ». *Archives de Philosophie du Droit* 44 (2000): 179-94.
- Cheyne de Beaupré, Aline. « Entre la vie et la mort : juger la fin de vie ». *Cahiers de la Justice* 3, n° 3 (2017): 413-25.
- Chirac, Jacques. « Discours de Jacques Chirac, candidat à la présidence de la République, le 18 mars 2002 à Avranches ». *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial. La charte constitutionnelle en débat (2003): 89-97.
- Cluzel-Métayer, Lucie. « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits ». *Revue française d'administration publique* 3, n° 139 (2011): 447-60.
- Cohendet, Marie-Anne, et Marine Fleury. « Droit constitutionnel et droit international de l'environnement ». *Revue française de droit constitutionnel* 2, n° 122 (2020): 271-97.
- Cohen-Halimi, Michèle. « L'aphasie de Kant ? (... et si l'être de la loi morale n'était que littérature...) ». *Revue de métaphysique et de morale* 4, n° 44 (2004): 580-600.
- Colliot-Thélène, Catherine. « Retour sur les rationalités chez Max Weber ». *Les champs de mars* 2, n° 22 (2011): 13-30.
- Conche, Marcel. « Droit naturel et droit positif selon Épicure ». *Revue philosophique de la France et de l'étranger* 4, n° 138 (2013): 549-56.
- Corral Talciani, Hernán. « El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida ». *Ius et Praxis* 11, n° 1 (2005): 37-53.
- Craig, A.D. (Bud). « A new view of pain as a homeostatic emotion ». *Trends in neurosciences* 26, n° 6 (2003): 303-7.
- Cusset, Yves. « Sommes-nous encore intéressés à l'émancipation? Pour une lecture critique des principes normatifs de l'État de droit démocratique chez Habermas ». *Archives de Philosophie* 4, n° 36 (2003): 585-602.
- Dalla Corte, Gabriela, et Sílvia Gómez I. Mestres. « Justicia social, legitimidad y legalidad: la sociedad civil ante el defensor del pueblo en Argentina ». *Revista Mexicana de Sociología* 62, n° 4 (2000): 69-90.
- Dalla Via, Albero R. « La participación política y la reforma electoral en Argentina ». *Justicia electoral* 1, n° 7 (2011): 87-116.
- D'Angelo, Horacio. « Derechos políticos en la Constitución ». *Faces* 2, n° 2 (1996): 63-74.
- De Cacqueray, Sophie. « Quand trop de contrôle tue le contrôle : la raréfaction des résolutions modifiant les règlements des assemblées ». *Revue française de droit constitutionnel* 2, n° 102 (2015): 377-90.

- Decencière-Ferrandière, André. « Essai critique sur la justice internationale ». *Revue Générale de Droit International Public* 41 (1934): 148-78.
- Degoffe, Michel. « Chronique de droit administratif ». *Société, droit et religion* 1, n° 7 (2017): 173-89.
- Deléage, Jean-Paul, et Frédéric Brun. « Johannesburg. Les défis du nouveau siècle ». *Écologie et politique* 3, n° 26 (2002): 5-8.
- Delion, André G., et Michel Durupty. « Chronique du secteur public économique ». *Revue française d'administration publique* 1, n° 121-122 (2007): 247-60.
- Dellaux, Julien. « Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel : signes et espoirs d'une consolidation de l'ordre juridique interne et de l'État de droit ». *Revue française de droit constitutionnel* 3, n° 119 (2019): 665-96.
- Delvolvé, Pierre. « Service public et libertés publiques ». *Revue française de droit administratif* 1, n° 1 (1985): 1-11.
- Derrida, Jacques. « Force de loi : Le fondement mystique de l'autorité ». *Cardozo Law Review* 11, n° 5-6 (1990): 920-1046.
- Deutsch, Karl W. « Shifts in the Balance of Communication Flows: A Problem of Measurement in International Relations ». *Public Opinion Quarterly* 20, n° 1 (1956): 143-60.
- Devillers, Christian. « La soif de position ». *Actualités en analyse transactionnelle* 1, n° 161 (2018): 23-45.
- Diémert, Stéphane. « L'histoire constitutionnelle de l'outremer sous la Ve République ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2, n° 35 (2012): 7-23.
- Dilmaç, Julie, et Özker Kocadal. « Prévenir le cyberharcèlement en France et au Royaume-Uni : une tâche impossible ? ». *Déviante et société* 43, n° 3 (2019): 389-419.
- Dobelle, Jean-François. « La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale ». *Annuaire français de droit international* 44 (1998): 356-69.
- Dord, Olivier. « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ? ». *Pouvoirs* 1, n° 96 (2001): 5-18.
- Droin, Nathalie. « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé ». *Revue française de droit constitutionnel* 4, n° 80 (2009): 725-47.
- Duff, Alistair S. « Daniel Bell's theory of the information society ». *Journal of Information Science* 24, n° 6 (1998): 373-93.
- Duhamel, Olivier. « La QPC et les citoyens ». *Pouvoirs* 2, n° 137 (2011): 183-91.
- Dulong, Delphine. « Les poisons et délices de la cinquième République. L'histoire politique de la coordination du travail gouvernemental ». *Revue française d'administration publique* 3, n° 171 (2019): 587-601.
- Dupont-Lassalle, Julie. « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? ». *Droit et société* 1, n° 80 (2012): 47-71.
- Duranthon, Jean-Philippe. « À la recherche du temps long ». *Commentaire* 3, n° 171 (2020): 601-8.

- Dutheillet de Lamothe, Olivier. « Les normes constitutionnelles en matière sociale ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 3, n° 29 (2010): 193-203.
- Dworkin, Ronald. « Foundations of Liberal Equality ». *The Tanner Lectures on Human Values* 11 (1990): 1-120.
- Elster, Jon. « Argumenter et négocier dans deux Assemblées constituantes ». Traduit par Jean-François Baillon. *Revue française de science politique* 44, n° 2 (1994): 187-256.
- . « Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process ». *Duke Law Journal* 45, n° 2 (1995): 364-96.
- . « L’usage stratégique de l’argumentation ». Traduit par Christophe Dubois. *Négociations* 2, n° 4 (2005): 59-82.
- Engel, Pascal. « Peut-il y avoir des raisons d’État ? » *Revue de métaphysique et de morale* 2, n° 102 (2019): 65-79.
- Fassin, Éric. « L’avortement sous expertise (entre la France et les États-Unis) ». *Vacarme* 2, n° 15 (2001): 38-41.
- Fedi, Laurent. « Le devoir comme application à soi d’une conduite acquise en fonction des autres ». *Le Philosophoire* 2, n° 30 (2008): 45-53.
- Felstiner, William L. F., Richard L. Abel, et Austin Sarat. « The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming ». *Law & Society Review* 15, n° 3/4 (1980): 631-54.
- Finance, Jean-Pierre. « La problématique de l’autonomie des universités ». *Administration Education* N° 147, n° 3 (2015): 61-70.
- Fischer, Georges. « L’indépendance de la Guinée et les accords franco-guinéens ». *Annuaire français de droit international* 4 (1958): 711-22.
- Føssel, Michaël. « Une ambition philosophique par gros temps ». *Esprit*, n° 8 (2015): 6-11.
- Foot, Philippa. « The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect ». *The Oxford Review*, n° 5 (1967): 1-7.
- Foucault, Michel. « Usage des plaisirs et techniques de soi ». *Le Débat* 5, n° 27 (1983): 46-72.
- Foulquier, Norbert, et Frédéric Rolin. « Constitution et service public ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 4, n° 37 (2012): 21-35.
- Fraser, Nancy. « Injustice at Intersecting Scales: On ‘Social Exclusion’ and the ‘Global Poor’ ». *European Journal of Social Theory* 3, n° 13 (2010): 363-71.
- Frioux, Dalibor. « Le bilan de la Convention citoyenne. Entretien avec Thierry Pech ». *Études* 10 (2020): 43-51.
- Fromentin, Thomas. « L’unilatéralité en changement. Le prisme de l’enquête publique ». *Pyramides*, n° 10 (2005): 90-105.
- Frydman, Benoît. « Comment penser le droit ? » *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, n° 1 (2012).
- . « Le juge à l’âge global. Le juge et la démocratie ». *Cités* 1, n° 69 (2017): 59-72.
- . « Réaliser la démocratie à l’échelle globale ». *Centre Perelman de Philosophie du droit*, 2012.

- Gakh, Maxim. « Argentina's Protection of Personal Data: Initiation and Response ». *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 2, n° 3 (2006): 781-802.
- Gallegos Fedriani, Pablo O. « Contrôle de constitutionnalité en Argentine ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2, n° 43 (2014): 97-112.
- Ganascia, Jean-Gabriel. « Éthique et responsabilité à l'heure du MaCoV-19 ». *Revue de neuropsychologie* 2, n° 12 (2020): 240-42.
- García Belaunde, Domingo. « El Habeas Corpus en América latina (algunos problemas y tendencias recientes) ». *Revista de estudios políticos*, n° 97 (1997): 105-24.
- García, José Guillermo. « Los mecanismos de democracia directa como procedimientos institucionales de participación ciudadana en Argentina ». *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales* 51, n° 205 (2009): 77-96.
- Gargarella, Roberto. « 30 años de derechos humanos en la Argentina (1983-2013) ». *Revista SAAP* 7, n° 2 (2013): 289-96.
- . « Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación ». *Desarrollo Económico* 36, n° 144 (1997): 971-90.
- Garrau, Marie, et Alice Le Goff. « Différences et solidarités. À propos du parcours philosophique d'Iris Marion Young ». *Cahiers du genre* 1, n° 46 (2009): 199-219.
- Gert, Bernard, et Timothy J. Duggan. « Free Will as the Ability to Will ». *Noûs* 13, n° 2 (1979): 197-217.
- . « Voluntary abilities ». *American philosophical quarterly* 4, n° 2 (1967): 127-35.
- Gicquel, Jean-Éric. « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 1, n° 38 (2013): 69-83.
- Gil Lavedra, Ricardo. « La independencia del Poder Judicial y el Consejo de la Magistratura ». *Aportes para el Estado y la administración gubernamental* 7 (1996).
- Gillet, Jean-Louis. « De l'inconfort du droit en période de pandémie ». *Les Cahiers de la Justice* 2, n° 2 (2020): 157-60.
- Girard, Charles. « La liberté d'expression: état des questions ». *Raisons politiques* 3, n° 63 (2016): 13-33.
- Girard, Charlotte. « Le réalisme du juge constitutionnel britannique ». *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 22 (2007).
- Girer, Marion. « Le droit à la protection de la santé dans l'alinéa 11 du Préambule de 1946 : les impacts en termes de solidarité ». *Médecine & Droit*, n° 141 (2016): 147-53.
- Göhler, Gerhard, Gaëtan Pégny, et Yves Sintomer. « La dimension affective de la démocratie. Réflexions sur la relation de la délibération et de la symbolicité ». *Raisons politiques* 2, n° 50 (2013): 97-114.
- Gonod, Pascal. « Le Conseil d'État, conseil du Parlement. À propos de l'article 39 alinéa 3 nouveau de la Constitution ». *Revue française de droit administratif* 24, n° 5 (2008): 871-76.
- Gonthier, Frédéric. « Weber et la notion de "compréhension" ». *Cahiers internationaux de sociologie* 116, n° 1 (2004): 35-54.
- González, Felipe. « Leyes de desacato y libertad de expresión ». *Cuadernos de Análisis Jurídico*, n° 10 (2000): 219-63.

- González Hernández, Esther. « Juramento y lealtad a la constitución ». *Revista de Derecho Político*, n° 60 (2004): 185-242.
- Gordillo Triana, José F., et Olga C. Restrepo Yepes. « Introducción al análisis del derecho fundamental del habeas data ». *Estudios socio-jurídicos* 6, n° 2 (2004): 351-85.
- Gougeon, Pascal. « « Nul n'est censé ignorer la loi ». La publication au Journal officiel : genèse d'un mode d'universalisation de la « puissance publique » ». *Politix* 8, n° 32 (1995): 66-88.
- Gregor Barié, Cletus. « Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza ». *Latinoamérica. Revista de estudios latinoamericanos* 59, n° 2 (2014): 9-40.
- Guastini, Riccardo. « Interpretación y construcción jurídica ». *Isonomía*, n° 43 (2015): 11-48.
- Guibourg, Ricardo A. « La norma entre el hecho y el valor ». *Revista SPES*, n° 7 (Agosto 1998): 17-19.
- Guillaume, Marc. « Les révisions constitutionnelles: une Constitution moins procédurale et plus fondamentale ». *Pouvoirs* 3, n° 166 (2018): 27-39.
- Guinaudeau, Isabelle, et Simon Persico. « Tenir promesse. Les conditions de réalisation des programmes électoraux ». *Revue française de science politique* 68, n° 2 (2018): 215-37.
- Günther, Klaus. « Ein normativer Begriff der Kohärenz eine Theorie der juristischen Argumentation ». *Rechtstheorie*, n° 20 (1989): 163-90.
- . « Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale ». *Archives de Philosophie du Droit*, n° 37 (1992): 269-302.
- Habermas, Jürgen. « Espace public et sphère publique politique. Les racines biographiques de deux thèmes de pensée ». *Esprit* 8-9 (2015): 12-25.
- . « La démocratie a-t-elle encore une dimension épistémique? Recherche empirique et théorie normative (1) ». Traduit par Isabelle Aubert et Katia Genel. *Participations* 3, n° 4 (2012): 209-30.
- . « La démocratie a-t-elle encore une dimension épistémique? Recherche empirique et théorie normative (2) ». Traduit par Isabelle Aubert et Katia Genel. *Participations* 1, n° 5 (2013): 151-75.
- . « La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public ». Traduit par Mark Hunyadi. *Lignes* 3, n° 7 (1989): 29-58.
- . « Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research ». *Communication Theory*, n° 16 (2006): 411-26.
- . « Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism ». *The Journal of Philosophy* 92, n° 3 (1995): 109-31.
- . « Réflexions sur le concept de participation politique ». Traduit par Christian Bouchindhomme et Jean-Marc Durand-Gasselín. *Archives de Philosophie* 1, n° 82 (2019): 11-64.
- . « Toward a Theory of Communicative Competence ». *Inquiry* 13, n° 1-4 (1970): 360-75.

- . « Trois versions de la démocratie libérale ». Traduit par Christian Bouchindhomme. *Le Débat* 3, n° 125 (2003): 122-31.
- Haro, Ricardo. « La acción declarativa de inconstitucionalidad en el derecho federal argentino ». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 7 (2003): 247-75.
- . « Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia Argentina ». *Ius et Praxis* 7, n° 2 (2001): 61-72.
- Henderson, Humberto. « Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine ». *Revista IIDH* 39 (2004): 71-99.
- Hermitte, Marie-Angèle. « La nature, sujet de droit ? » *Annales. Histoire, sciences sociales* 1, n° 66 (2011): 173-212.
- Hernández Valle, Rubén, et Mario D. Serrafiero. « El Congreso de la nación argentina y los proyectos de reforma constitucional ». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 37 (1993): 127-41.
- Herrera, Carlos Miguel. « En los orígenes del constitucionalismo social argentino: discursos en torno a la Constitución de 1949 ». *Historia Constitucional*, n° 15 (2014): 391-414.
- . « La pensée constitutionnelle du social ». *Droits* 2, n° 48 (2008): 179-200.
- Hevia de la Jara, Felipe. « La iniciativa legislativa popular en América Latina ». *Convergencia*, n° 52 (2010): 155-86.
- Ho Dinh, Anne-Marie. « Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit ». *L'année sociologique* 2, n° 57 (2007): 419-53.
- Hoepffner, Hélène. « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse ». *Revue française de droit administratif* 25, n° 5 (2009): 895-909.
- Horwitz, Morton J. « Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought ». *William and Mary Law Review* 29, n° 1 (1987): 57-74.
- Hubert, Patrick, et Adrien Castan. « Droit constitutionnel et liberté de la concurrence ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 4, n° 49 (2015): 15-27.
- Invernizzi Acceti, Carlo. « La normativité démocratique, entre vérité et procédures - Pour une critique de la justification "épistémique" du principe de majorité de David Estlund ». *Raisons politiques* 3, n° 55 (2014): 85-102.
- Isambert, François-André. « L'interprétation, source de la compréhension chez Max Weber ». *Enquête*, n° 3 (1996): 129-51.
- Jasper, James M., et Jane D. Poulsen. « Recruiting Strangers and Friends: Moral Shocks and Social Networks in Animal Rights and Anti-Nuclear Protests ». *Social Problems* 42, n° 4 (1995): 493-512.
- Jaubert, Elsa, et Cécile Dolbeau-Bandin. « Infocovid et coronavirus Covid-19 : une relative contagiosité ? » *Le carnet de la MRSH*, 2020.
- Jégouzo, Yves. « La genèse de la Charte constitutionnelle de l'environnement ». *Revue juridique de l'environnement* H-S (2003): 23-34.
- . « Le rôle constituant de la commission Coppens ». *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial. La Charte de l'environnement (2005): 79-87.
- Jensel-Monge, Priscilla. « Le polymorphisme de la réforme constitutionnelle sous la Ve République ». *Revue générale du droit*, n° 42572 (2017): 2-18.

- . « Les groupes d'opposition et minoritaires de l'article 51-1 de la Constitution et la « conception moderne » de la séparation des pouvoirs ». *Revue française de droit constitutionnel* 4, n° 116 (2018): 803-19.
- Jeudy, Henri-Pierre. « La peur virale ». *Lignes* 3, n° 15 (2004): 78-88.
- Jiménez, Eduardo P. « La reforma constitucional argentina de 1994. Una evaluación de contenidos diez años después ». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 47 (2004): 5-12.
- Johnston Conover, Pamela, et Donald D. Searing. « Studying 'Everyday Political Talk' in the Deliberative System ». *Acta politica* 3, n° 40 (2005): 269-83.
- Jorda, Julien. « Les collectivités territoriales outre-mer et la révision de la Constitution ». *Revue française de droit constitutionnel* 4, n° 56 (2003): 697-723.
- Jozefowicz, Henri. « La réforme des règlements des assemblés parlementaires : entre impératifs constitutionnels, amélioration du débat et ouverture au pluralisme ». *Revue française de droit constitutionnel* 2, n° 2 (2010): 329-72.
- Juignet, Patrick. « Les paradigmes scientifiques selon Thomas Kuhn ». *Philosophie, science et société* En ligne (2015).
- Junter, Annie. « L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : une exigence politique au cœur du droit du travail ». *Travail, genre, société* 2, n° 12 (2004): 191-202.
- Kahn, Paul W. « Comparative constitutionalism in a new key ». *Michigan Law Review* 101, n° 8 (2003): 2677-2705.
- . « Reason and will in the origins of American constitutionalism ». *Yale Law Journal* 98, n° 3 (1989): 449-518.
- Kervégan, Jean-François, et Emmanuel Picavet. « Bulletin de philosophie morale et politique ». *Revue de métaphysique et de morale* 2, n° 34 (2002): 105-36.
- Kreps, David M., et Robert Wilson. « Reputation and imperfect information ». *Journal of economic theory* 27, n° 2 (1982): 253-79.
- Lacharrière (de), René. « L'évolution de la Communauté franco-africaine ». *Annuaire français de droit international* 6 (1960): 9-40.
- Lafont, Cristina. « Deliberation, Participation, and Democratic Legitimacy: Should Deliberative Mini-publics Shape Public Policy? ». *The Journal of Political Philosophy* 23, n° 1 (2015): 40-63.
- Langlois, Luc. « Habermas et la question de la vérité ». *Archives de Philosophie* 66, n° 4 (2003): 563-83.
- . « Impératif catégorique, principe de généralisation et situation d'action ». *Cités* 3, n° 19 (2004): 153-71.
- Laporta, Francisco. « El ámbito de la Constitución ». *Doxa*, n° 24 (2001): 459-84.
- Larrère, Catherine. « Faire droit au vivant ». *Délibérée* 3, n° 8 (2019): 12-18.
- . « Les éthiques environnementales ». *Natures Sciences Sociétés* 18, n° 4 (2010): 405-13.
- Lasserre, Bruno. « La responsabilité à long terme de l'État ». *Archives de philosophie du droit* 1, n° 63 (2021): 141-55.

- Laugier, Sandra. « Actes de langage et états de choses : Austin et Reinach ». *Les Études philosophiques* 1, n° 72 (2005): 73-97.
- . « Performativité, normativité et droit ». *Archives de Philosophie* 67, n° 4 (2004): 607-27.
- Le Bris, Catherine. « La contribution du droit à la construction d'un « vivre ensemble » : entre valeurs partagées et diversité culturelle ». *Droit et société* 1, n° 92 (2016): 75-98.
- Le Goff, Jean-Pierre. « La rupture, la revanche et le chaos - Retour sur le mouvement de novembre-décembre 2018 ». *Le Débat* 2, n° 204 (2019): 76-85.
- Leben, Charles. « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant réthorico-herméneutique ». *Droits* 2, n° 54 (2011): 49-80.
- Leca, Jean. « Le terrorisme par les textes ». *Commentaire* 2, n° 130 (2010): 535-38.
- Lemieux, Vincent. « Un modèle communicationnel de la politique ». *Hermès, La Revue* 3, n° 17-18 (1995): 93-105.
- Lepoutre, Jules. « La déchéance de la nationalité, un outil pertinent ? » *Esprit*, n° 5 (2015): 118-20.
- Lhoëst, Brigitte F.P. « Constitutional Reform in Argentina ». *Verfassung und Recht in Übersee* 28, n° 2 (1995): 155-65.
- Lochak, Danièle. « L'alerte éthique. Entre dénonciation et désobéissance ». *AJDA*, n° 29 (2014): 2236-45.
- . « Le Conseil d'État en politique ». *Pouvoirs* 4, n° 123 (2007): 19-32.
- López Alfonsín, Marcelo A., et Ariela Schnitman. « Sobre el semipresidencialismo e hiperpresidencialismo en la reforma constitucional argentina de 1994 ». *Lex* 1, n° 17 (2016): 83-112.
- Malamud, Andrés. « Grupos de interés y consolidación de la democracia en Argentina (1983-1991) ». *América Latina Hoy*, n° 28 (2001): 173-89.
- Maligner, Bernard. « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 4, n° 41 (2013): 47-98.
- Mandler, John P. « Habeas Corpus and the protection of Human Rights in Argentina ». *Yale Journal of International Law* 1, n° 16 (1991): 1-72.
- Manili, Pablo L. « Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho ». *La Ley* 83, n° 34 (2019): 1-3.
- Manin, Bernard. « E uno plures. Une République à deux régimes ? » *Le Débat* 4, n° 106 (1999): 164-76.
- . « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique ». *Le Débat* 1, n° 33 (1985): 72-94.
- Mansbridge, Jane. « Self-Interest in Political Life ». *Political Theory* 18, n° 1 (1990): 132-53.
- Maraniello, Patricio A. « El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales ». *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 5, n° 27 (2011): 7-36.

- Marguin, Julien, et Thomas Bertrand. « La notion de participation à l'aune de la protection de l'environnement et de la procédure de débat public ». *Revue juridique de l'environnement* 42, n° 3 (2017): 457-93.
- Marmasse, Gilles. « Les phénomènes de crise dans Raison et légitimité de Jürgen Habermas ». *Archives de Philosophie* 1, n° 82 (2019): 123-39.
- Marmilloud, Laure. « Solitude au sein de la relation de soin. » *Jusqu'à la mort accompagner la vie* 3, n° 142 (2020): 21-30.
- Mastor, Wanda. « Désobéir pour être : les Noirs américains ». *Pouvoirs* 4, n° 155 (2015): 81-95.
- Mathieu, Bertrand. « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français ». *Revue française de droit constitutionnel* 4, n° 72 (2007): 675-93.
- Mathieu, Bertrand, Valérie Bernaud, Laurence Gay, et Nathalie Jacquinet. « Le droit constitutionnel de la grève ». *Annuaire international de justice constitutionnelle* 13, n° Les discrimination positives – Le droit constitutionnel du travail (1997): 310-47.
- Mathonnet, Paul. « Le délit de solidarité à l'épreuve du principe de fraternité ». *Plein droit* 3, n° 118 (2018): 41-44.
- Mauss, Ingeborg. « Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts ». *Rechtstheorie* 20, n° 2 (1989): 191-210.
- Mead, Georges H. « The Genesis of the Self and Social Control ». *International Journal of Ethics* 35, n° 3 (1925): 251-77.
- Meeus, Ben. « Politiques environnementales au Brésil: analyse historique et récents développements sous Jair Bolsonaro ». *La pensée écologique* 4, n° 2 (10 juillet 2019): 45-61.
- Meili, Stephen. « Cause lawyering et justice collective : l'exemple de l'amparo colectivo en Argentine ». *Droit et société* 55, n° 3 (2003): 659-86.
- Michelman, Frank I. « Conceptions of democracy in american constitutional argument: the case of pornography ». *Tennessee law review* 56, n° 2 (1989): 291-320.
- . « Conceptions of democracy in american constitutional argument: voting rights ». *Florida Law Review* 41, n° 3 (1989): 443-90.
- . « Justification (and justifiability) of law in a contradictory world ». *Nomos*, n° 28 (1986): 71-99.
- . « Law's Republic ». *The Yale Law Journal* 97, n° 8 (1988): 1493-1537.
- . « Political Truth and the Rule of Law ». *Tel Aviv University Studies in Law* 8 (1988): 281-92.
- Michelman, Frank I., et Kathleen M. Sullivan. « The Supreme Court, 1985 Term ». *Harvard Law Review* 100, n° 1 (1986): 1-98.
- Mien, Édouard. « Weber, la rationalité en valeur et en finalité ». *Regards croisés sur l'économie* 1, n° 22 (2018): 46-49.

- Míguez, María Cecilia. « El Canal Beagle y consulta popular en 1984. Relaciones internacionales y política interna argentina. » *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos* 18, n° 2 (2018): 78-102.
- Miné, Michel, et Christine Coste. « Droit et discrimination sexuelle au travail ». *Cités* 1, n° 9 (2002): 91-110.
- Monnier, Angeliki. « Covid-19 : de la pandémie à l'infodémie et la chasse aux fake news ». *Recherches & éducations H-S* (2020).
- Monnier, François. « Justice administrative ». *Droits* 2, n° 34 (2001): 105-18.
- Morand-Deville, Jacqueline. « L'environnement dans les Constitutions étrangères ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2, n° 43 (2014): 83-95.
- Moreau de Bellaing, Cédric. « Violences illégitimes et publicité de l'action policière ». *Politix* 3, n° 87 (2009): 119-41.
- Morel, Laurence. « Référendum et volonté populaire: la critique démocratique du référendum ». *Participations* 1, n° 20 (2018): 53-84.
- Moreno Cruz, Rodolfo. « ¿Qué nombra la moral?: el modelo deliberativo de Carlos Santiago Nino como alternativa a la disputa metaética entre la moral sustantiva y la procedimental ». *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, n° 10 (2009): 129-49.
- Morio, Camille. « Quel modèle de participation dans les projets de réforme institutionnelle? » *Archives de Philosophie du Droit* 62, n° 1 (2020): 429-62.
- Morris, Charles W. « Fondements de la théorie des signes ». Traduit par Victor Guérette, François Latraverse, et Jean-Pierre Paillet. *Langages* 35 (1974): 15-21.
- . « Foundations of the theory of signs ». *International encyclopedia of unified science*, University of Chicago Press, 1, n° 2 (1938): 1-59.
- Mossuz-Lavau, Janine. « Le vote des femmes en France (1945-1993) ». *Revue française de science politique* 43, n° 4 (1993): 673-89.
- Muhlmann, Géraldine, et Claire Zalc. « La laïcité, de la IIIe à la Ve République ». *Pouvoirs* 3, n° 126 (2008): 101-14.
- Múnera Ruiz, Leopoldo. « La Reforma de Córdoba y el gobierno de las universidades públicas en América Latina. Análisis comparado de cinco universidades ». *Ciencia Política Revista de ciencias políticas de la Universidad Nacional de Colombia* 6, n° 12 (2011): 6-40.
- Musiani, Francesca. « Edward Snowden, l'« homme-controverse » de la vie privée sur les réseaux ». *Hermès, La Revue* 3, n° 73 (2015): 209-15.
- Nahoum-Grappe, Véronique. « #MeToo : Je, Elle, Nous ». *Esprit*, n° 5 (2018): 112-19.
- Nardon, Laurence. « Les États-Unis au-delà des élections ». *Études*, n° 11 (2020): 7-18.
- Natale, Alberto A. « La reforma constitucional argentina de 1994 ». *Cuestiones constitucionales*, n° 2 (2000): 219-37.
- Negretto, Gabriel. « El papel de la Constitución en la nueva democracia argentina ». *Revista SAAP* 7, n° 2 (2013): 297-305.
- . « Negociando los poderes del presidente: reforma y cambio constitucional en la Argentina ». *Desarrollo Económico* 41, n° 163 (2001): 411-44.

- . « Procesos constituyentes y distribución de poder: la reforma del presidencialismo en Argentina ». *Política y gobierno* 8, n° 1 (2001): 117-66.
- Negretto, Gabriel, et Mark Ungar. « Independencia del poder judicial y Estado de Derecho en América Latina: los casos de Argentina y Venezuela ». *Política y gobierno* 4, n° 1 (1997): 81-114.
- Néron, Pierre-Yves. « À quoi sert la conception institutionnelle de la corruption ? » *Les ateliers de l'éthique* 9, n° 1 (2005): 103-25.
- Nielsen, Federico, et Julio Pablo Comadira. « Apuntes sobre los principios de la ética pública en el Derecho argentino ». *Documentación Administrativa*, n° 267-268 (2003): 135-48.
- Nino, Carlos Santiago. « La constitución como convención ». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 6 (1990): 189-217.
- . « La filosofía del control judicial de constitucionalidad ». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 4 (1989): 79-88.
- Noël, Johanna. « Pour une analyse épistémologique de la querelle autour de l'article 11 : de la dénonciation à la réhabilitation d'une violation de la Constitution ». *Revue française de droit constitutionnel* 2, n° 106 (2016): 391-410.
- Norton, Philip. « La nature du contrôle parlementaire ». *Pouvoirs* 3, n° 134 (2010): 5-22.
- Obadia, Claude. « Éditorial : Les paradoxes du devoir ». *Le Philosophoire* 2, n° 30 (2008): 5-8.
- O'Donnell, Guillermo. « Delegative democracy ». *Journal of Democracy* 5, n° 1 (1994): 55-69.
- Ost, François. « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? » *Rassegna Forense*, n° 3-4 (2013): 673-700.
- Ouattara, Ibrahim. « Critique de l'interprétation habermassienne du concept wébérien de rationalité ». *Archives Européennes de Sociologie* 35, n° 2 (1994): 301-23.
- Paoletti, Marion. « Le référendum local en France. Variations pratiques autour du droit ». *Revue française de science politique* 46, n° 6 (1996): 883-913.
- Pegoraro, Mara, et Florencia Zulcovsky. « El juego anidado de la reforma constitucional argentina ». *Colección*, n° 21 (2011): 93-114.
- Pelloux, Robert. « Vrais et faux droits de l'homme, problèmes de définition et de classification ». *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1 (1981): 53-68.
- Pelluchon, Corine. « Comment délibérer sur la fin de vie et l'aide active à mourir ? » *Cités* 2, n° 66 (2016): 15-30.
- . « La vulnérabilité en fin de vie ». *Jusqu'à la mort accompagner la vie* 4, n° 111 (2012): 27-46.
- Penfold, Michael. « La democracia subyugada: el hiperpresidencialismo venezolano ». *Revista de Ciencia Política* 30, n° 1 (2010): 21-40.
- Perelman, Chaïm. « Égalité et valeurs ». *Revue internationale de philosophie* 25, n° 97(3) (1971): 381-88.
- Pfersmann, Otto. « Sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité ». *Cités* 2, n° 66 (2016): 103-12.

- Philippe, Arnaud. « La déformation des juges ». *Pouvoirs* 3, n° 178 (2021): 63-73.
- Philp, Mark. « Defining Political Corruption ». *Political studies* 45, n° 3 (2005): 262-83.
- Piana, Ricardo S. « Integración económica y desconfianza constitucional. La (no) influencia de la Constitución de Brasil en la reforma constitucional argentina de 1994 ». *Conexão Acadêmica* 7 (2015): 119-38.
- Picard, Dominique. « Quête identitaire et conflits interpersonnels ». *Connexions* 1, n° 89 (2008): 75-90.
- Picavet, Emmanuel. « Sur le rapport aux règles et la résistance au positivisme juridique ». *Archives de Philosophie* 4, n° 67 (2004): 583-605.
- Pierce, Samuel R. « The Anatomy of an Historic Decision: New York Times Co. v. Sullivan ». *North Carolina Law Review* 43, n° 2 (1965): 315-63.
- Pierré-Caps, Stéphane. « Les révisions de la Constitution de la cinquième République : temps, conflits et stratégies ». *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 2 (1998): 409-31.
- Pietarinen, Ahti-Veikko. « Games as formal tools versus games as explanations in logic and science ». *Foundations of science* 8, n° 4 (2003): 317-64.
- Piras, Mauro. « Les fondements sociaux de l'agir normatif chez Durkheim et Weber: le rôle du sacré ». *Archives des sciences sociales des religions* 127, n° 3 (2004): 139-66.
- Plagnol, Arnaud. « Déraison et confinement. Aspects d'une épidémie psychiatrique iatrogène au XXI^{ème} siècle ». *Psychiatrie - Sciences humaines - Neurosciences* 2, n° 18 (2020): 9-25.
- Platon, Sébastien. « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'État de droit contemporain ? » *Revue française de droit constitutionnel* H-S, n° 2 (2008): 97-116.
- Portelli, Hugues. « Le temps parlementaire ». *Pouvoirs* 3, n° 146 (2013): 71-82.
- Pouly, Christophe. « Des pratiques policières aux limites de la légalité ». *Plein droit* 2, n° 81 (2009): 7-10.
- Pourtois, Hervé. « Le système juridique comme système social. Le débat Habermas-Luhmann ». *Recherches Sociologiques* 1, n° 2 (1993): 5-24.
- . « Rationalisation sociale et rationalité juridique : une lecture de Jürgen Habermas ». *Revue philosophique de Louvain* 89, n° 83 (1991): 469-98.
- Pozo-Serrano, María P. « El uso de la fuerza contra el Estado Islámico en Irak y Siria: problemas de fundamentación jurídica ». *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 32 (2016): 141-88.
- Prieur, Michel. « La charte de l'environnement: droit dur ou gadget politique? » *Pouvoirs* 4, n° 127 (2008): 49-65.
- . « L'environnement est entré dans la Constitution ». *Revue juridique de l'environnement* H-S (2005): 25-31.
- . « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2, n° 43 (2014): 5-24.
- Prost, Antoine. « 1968: mort et naissance de l'université française », *Vingtième siècle, revue d'Histoire*, n° 23 (septembre 1989).

- Puccinelli, Oscar Raúl. « El Hábeas Data a veinte años de su incorporación en la Constitución argentina ». *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n° 13 (2015): 4-25.
- . « El Hábeas Data en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ». *Derecho PUCP*, n° 51 (1997): 149-76.
- Rabault, Hugues. « La politique comme sémantique ». *Droit et société* 1, n° 80 (2012): 211-24.
- . « Le problème de la fonction sociale du droit ». *Droits* 1, n° 71 (2020): 227-42.
- Reach, Gérard. « Normes et invariants en médecine. Une réflexion au temps du Covid ». *Les tribunes de la santé* 2, n° 64 (2020): 21-36.
- Regourd, Serge. « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours ». *Revue de Droit Public* 103, n° 1 (1987): 5-48.
- Rey Caro, Ernesto J. « Implicancias de la reciente reforma constitucional argentina en la aplicación estatal del derecho internacional ». *Revista Española de Derecho Internacional* 48, n° 1 (1996): 395-400.
- Rey, Sebastián Alejandro. « El derecho a la igualdad, las acciones positivas y el género ». *La Ley* 2004-A (2004): 613-25.
- Reynié, Dominique. « L'opinion publique organique. Auguste Comte et la vraie théorie de l'opinion publique ». *Archives de Philosophie* 70, n° 1 (2007): 95-114.
- Richards, David A. J. « Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law ». *Ohio State Law Journal* 42, n° 1 (1981): 319-34.
- Ricœur, Paul. « L'acte de juger ». *Esprit* 7, n° 183 (1992): 20-25.
- Rivero, Jean, et Georges Vedel. « Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le préambule. » *Droit social* 31 (1947): 13-35.
- Robledo, Federico Justiniano. « Tutela constitucional de los derechos de nuestros pueblos indígenas ». *Ius et Praxis* 8, n° 2 (2002): 195-216.
- Roblot-Troizier, Agnès, et Jean-Gabriel Sorbara. « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'État ». *AJDA*, n° 36 (2009): 1994-2001.
- Romero J., Juan Eduardo, Yessica Quiñónez, Carlos Pinto, et Eduvio Ferrer. « El discurso político sobre la reforma constitucional y la enmienda: Hugo Chávez y la oposición (2007- 2009) ». *Politeia* 33, n° 45 (2010): 59-91.
- Ronconi, Liliana. « Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real ». *Isonomía*, n° 49 (2019): 103-40.
- Rosanvallon, Pierre. « La myopie démocratique ». *Commentaire* 3, n° 131 (2010): 599-604.
- Rose, Hervé. « Le Défenseur des droits et la protection sociale ». *Regards* 1, n° 47 (2015): 137-54.
- Roth, Laura C. « Acerca de la independencia judicial en Argentina: la creación del consejo de la Magistratura y su desempeño entre 1994 y 2006 ». *Desarrollo Económico* 47, n° 186 (2007): 285-318.
- Rottleuthner, Hubert. « Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System ». *Law & Society Review* 23, n° 5 (1989): 779-98.

- Rouquan, Olivier. « La stratégie charismatique gaullienne ». *Parlement[s], Revue d'histoire politique* 2, n° 4 (2005): 75-93.
- Roure, Sandrine. « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires: une judiciarisation du débat public ». *Revue française de droit constitutionnel* 4, n° 68 (2006): 737-79.
- Rousseau, Dominique. « Conceptualiser la compétence normative des citoyens ». *Archives de philosophie du droit* 62, n° 1 (2020): 427-38.
- . « Juger, une profession et un acte citoyen ». *Revue Projet* 4, n° 323 (2011): 17-21.
- . « Jürgen Habermas et le droit ». *Revue de Droit Public*, n° 6 (2007): 1481-87.
- Roussel, Violaine. « Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu ». *Droit et société* 1, n° 56-57 (41-55): 2004.
- Roux, Michel. « La fonction consultative du Conseil d'État ». *La revue administrative* 52, n° 6 (1999): 16-22.
- Ruiz-Tagle, Pablo. « Control constitucional concentrado y difuso: el uso de una dicotomía ruinosa ». *Revista de Derecho Público*, n° 61 (1999): 81-95.
- Sabsay, Daniel A. « El “amparo colectivo” consagrado por la reforma constitucional del 1994 ». *Cuadernos de análisis jurídico*, n° 7 (1997): 387-405.
- . « La protección del medio ambiente en la Constitución nacional ». *Revista CEJ*, n° 29 (2005): 14-20.
- Sagnes, Jean. « Le refus républicain : les quatre-vingts parlementaires qui dirent « non » à Vichy, le 10 juillet 1940 ». *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 38, n° 4 (1991): 555-89.
- Sagiés, Néstor Pedro. « El Hábeas Data argentino (orden nacional) ». *Derecho PUCP*, n° 51 (1997).
- Saiz Arnaiz, Alejandro. « Forma de gobierno y estructura del poder ejecutivo: el presidencialismo argentino tras la revisión constitucional de 1994 ». *Revista de estudios políticos*, n° 97 (1997): 195-221.
- Sanders, Lynn. « Against Deliberation ». *Political Theory*, Sage Publications, 25, n° 3 (2017): 347-76.
- Schmitter, Georges. « Étendue et limites du droit au recours juridictionnel ». *Revue française de droit constitutionnel* 4, n° 104 (2015): 935-52.
- Scot, Jean-Paul. « Comprendre une spécificité française ». *Nouvelles Fondations* 1, n° 5 (2007): 65-70.
- Sen, Amartya K. « A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory ». *Philosophy & Public Affairs* 6, n° 4 (1977): 317-44.
- Sereno, Natalia. « Constitución de 1949. Una mirada desde un enfoque de género ». *Derechos en acción* 4, n° 11 (2019): 687-707.
- Serrus, Charles. « La syntaxe logique de Rudolf Carnap ». *Les Études philosophiques* 9, n° 3 (1935): 138-46.
- Shue, Henry. « Mediating duties ». *Ethics* 98, n° 4 (1988): 687-704.

- Sichler-Ghestin, Françoise. « L'exécution des décisions du juge administratif ». *Civitas Europa* 2, n° 39 (2017): 5-11.
- Simpson, Barbara. « Le pragmatisme, Mead et le tournant pratique ». Traduit par Christian Brassac. *Activités* 10, n° 1 (2013): 155-71.
- Soto Barrientos, Francisco. « El referéndum en Latinoamérica: un análisis desde el derecho comparado ». *Boletín Mexicano de derecho comparado*, n° 136 (2013): 317-46.
- Spanou, Calliope. « Abandonner ou renforcer l'État wébérien ? » *Revue française d'administration publique* 1, n° 105-106 (2003): 109-20.
- Spire, Alexis, et Katia Weidenfeld. « Le tribunal administratif: une affaire d'initiés ? Les inégalités d'accès à la justice et la distribution du capital procédural ». *Droit et société* 3, n° 79 (2011): 689-713.
- Spitz, Jean-Fabien. « L'assistance à personne en danger : le problème de la sanction des actions négatives ou omissions ». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1, n° 80 (2018): 49-70.
- Stirn, Bernard. « Constitution et droit administratif ». *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 4, n° 37 (2012): 5-19.
- . « Ordre public et libertés publiques ». *Archives de philosophie du droit* 1, n° 58 (2015): 5-15.
- Stone, Christopher D. « Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects ». *Southern California Law Review* 2, n° 45 (1972): 450-501.
- Strudel, Sylvie. « Les citoyens européens aux urnes : les usages ambigus de l'article 8b du traité de Maastricht ». *Revue internationale de politique comparée* 9, n° 1 (2002): 47-63.
- . « L'Europe, un nouvel espace de citoyenneté ? Le vote des non-nationaux ». *Revue internationale de politique comparée* 16, n° 4 (2009): 559-68.
- Struillou, Jean-François, et Nicolas Hutten. « Démocratie environnementale ». *Revue juridique de l'environnement* 45, n° 1 (2020): 147-69.
- Stürner, Michael. « Tendiendo un puente entre el Common law y el derecho Continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo? » Traduit par Raznovich Leonardo J. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 15 (2007): 177-93.
- Sunstein, Cass R. « Interest Groups in American Public Law ». *Stanford Law Review* 38 (1985): 29-87.
- Sureau, François. « Obéissance à la loi ? » *Pouvoirs* 4, n° 155 (2015): 73-80.
- Susani, Nadine. « Une aporie de la justice constitutionnelle française : l'impuissance du Conseil constitutionnel face à l'inconstitutionnalité de l'actuel découpage électoral pour les élections législatives de 2007 ». *Revue française de droit constitutionnel* 1, n° 69 (2007): 145-59.
- Tabet, Xavier. « Michela NACCI, Il volto della folla. Soggetti collettivi, democrazia, individuo [Le Visage de la foule. Sujets collectifs, démocratie, individu] ». *Revue européenne des sciences sociales* 1, n° 58 (2020): 281-85.
- Teitgen-Colly, Catherine. « La commission nationale consultative des droits de l'Homme et la création du défenseur des droits ». *Revue française d'administration publique* 3, n° 139 (2011): 409-20.

- Terestchenko, Michel. « De l'utilité de la torture ? Les sociétés démocratiques peuvent-elles rester des sociétés décentes ? » *Revue du MAUSS* 2, n° 28 (2006): 337-66.
- Teubner, Gunther. « Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive ». *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 68, n° 1 (1982): 13-59.
- Tiberghien, Frédéric. « Les deux ordres juridiques européens, remparts contre les populismes ? » *Après-demain* 3, n° 43 (2017): 37-40.
- Titus, Craig Steven. « Le développement moral dans la psychologie morale de Lawrence Kohlberg et de Martin Seligman ». *Revue d'éthique et de théologie morale*, Editions du Cerf, n° 251 (2008): 31-50.
- Todorova, Mariette. « Le Conseil d'État, conseiller du Parlement : premier bilan ». *Revue française de droit constitutionnel* 1, n° 93 (2013): 125-48.
- Torres Lépori, Alejandro. « Los tratados internacionales en la Constitución argentina ». *Lecciones y ensayos*, n° 67-68 (1997): 285-306.
- Tribe, Laurence H. « The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories ». *The Yale Law Journal* 89, n° 6 (1980): 1063-80.
- Troper, Michel. « Justice constitutionnelle et démocratie ». *Revue française de droit constitutionnel* 1, n° 1 (1990): 31-48.
- Truc, Gêrôme, Christian Le Bart, et Émilie Née. « L'attentat comme objet de discours : problématique et enjeux ». *Mots. Les langages du politique* 3, n° 118 (2018): 9-18.
- Tünnennann Bernheim, Carlos. « La reforma universitaria de Córdoba ». *Educación superior y sociedad* 9, n° 1 (1998): 103-27.
- Turpin, Frédéric. « 1958, la Communauté franco-africaine: un projet de puissance entre héritage de la IVe République et conceptions gaulliennes ». *Outre-Mers. Revue d'histoire* 95, n° 358-359 (2008): 45-58.
- Vandebosch, Heidi, et Katrien Van Cleemput. « Defining cyberbullying: a qualitative research into the perceptions of youngsters ». *CyberPsychology and Behavior* 11, n° 4 (2008): 499-503.
- Vedel, Georges. « Schengen et Maastricht ». *Revue française de droit administratif*, n° 2 (1992): 173-84.
- Viala, Alexandre. « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste ». *Civitas Europa* 1, n° 32 (2014): 81-91.
- Vigouroux, Christian. « Permis de construire. Conclusions de Christian Vigouroux, commissaire du Gouvernement ». *AJDA*, n° 4 (1987): 279-81.
- Vosoughi, Soroush, Deb Roy, et Sinan Aral. « The spread of true and false news online ». *Science* 359, n° 6380 (2018): 1146-51.
- Watier, Patrick. « Les ressources de l'interprétation sociologique ». *L'année sociologique* 57, n° 1 (2007): 83-102.
- Wei, Pan. « Les valeurs fondatrices des sociétés contemporaines ». *Diogène* 1, n° 221 (2008): 73-99.
- Weinrib, Ernest J. « The Case for a Duty to Rescue ». *The Yale Law Journal* 90, n° 2 (1980): 247-93.

- Willke, Hedmund. « Le droit comme codage de la puissance publique légitime ». Traduit par Olivier Beaud et Fabrice Malkani. *Droits* 1, n° 10 (1989): 113-16.
- Wydra, Harald. « Les structures mimétiques du politique (René Girard et Claude Lefort) ». Traduit par Stéphane Vinolo et Charles Ramond. *Cités* 1, n° 53 (2013): 67-85.
- Young, Iris Marion. « La democracia y « el otro » : más allá de la democracia deliberativa ». Traduit par Lelia Mooney Sirotinsky. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 5, n° 1 (2000): 41-56.
- . « Toward a Critical Theory of Justice ». *Social Theory and Practice* 7, n° 3 (1981): 279-302.
- Zalc, Claire. « La déchéance de nationalité ». *Pouvoirs* 166, n° 3 (2018): 41-57.
- Zovatto, Daniel. « Las instituciones de la democracia directa ». *Revista de derecho electoral*, n° 20 (2015): 34-75.

OUVRAGES ET CHAPITRES D'OUVRAGE

OUVRAGES

- Aarnio, Aulis. *The rational as reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987.
- Alberdi, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*. Buenos Aires: In Octavo, 2012.
- . *Cartas Quillotanas: polémica con Domingo F. Sarmiento*. Buenos Aires: Talleres Gráficos argentinos, 1853.
- Albert, Hans. *Treatise on critical reason*. Traduit par Mary Varney Rorty. Princeton: Princeton University Press, 1985.
- Alexy, Robert. *La doble naturaleza del derecho. Estructuras y procesos*. Madrid: Trotta, 2016.
- . *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traduit par Manuel Atienza et Isabel Espejo. Lima: Palestra editores, 2007.
- . *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduit par Virgílio Afonso da Silva. 2° éd. Teoria & direito público. São Paulo: Malheiros editores, 2014.
- Amselk, Paul. *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général. Le temps des idées*. Paris: Armand Colin, 2012.
- Apel, Karl-Otto. *Discussion et responsabilité/2. Contribution à une théorie éthique de la responsabilité*. Traduit par Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz. Vol. 2. 2 vol. Paris: Cerf, 1998.

- . *Éthique de la discussion*. Traduit par Mark Hunyadi. Humanités. Paris: Cerf, 1994.
- . *Penser avec Habermas contre Habermas*. Traduit par Marianne Charrière. Tirés à part. Paris: L'éclat, 1990.
- . *Transformation de la philosophie/2*. Traduit par Paul Vandavelde. Vol. 2. 2 vol. Passages. Paris: Cerf, 2010.
- Arendt, Hannah. *Condition de l'homme moderne*. Traduit par Georges Fradier. 3^e éd. Liberté de l'esprit. Paris: Calmann-Lévy, 1994.
- Aron, Raymond. *Paix et guerre entre les nations*. 3^e éd. Pérennes. Paris: Calmann-Lévy, 2004.
- Assemblée nationale. *1967, La pilule devient légale - Loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances : texte intégral des débats à l'Assemblée nationale*. Paris: Assemblée nationale, 2008.
- Assier-Andrieu, Louis. *Chroniques du juste et du bon*. Académique. Paris: Presses de Sciences Po, 2020.
- Astruc, Philippe, et Éric Ghéradi. *L'abolition de la peine capitale en France*. U. Paris: Armand Colin, 2011.
- Atias, Christian. *Questions et réponses en droit. L'interrogation philosophique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.
- Atienza, Manuel. *Argumentación legislativa*. Filosofía y derecho. Buenos Aires: Astrea, 2019.
- Austin, John Langshaw. *Quand dire c'est faire*. Traduit par Gilles Lane. Essais. Paris: Points, 1991.
- Avril, Pierre. *Les conventions de la Constitution*. Léviathan. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- Bachrach, Peter. *The theory of democratic elitism. A Critique*. Basic studies in politics. Boston: Little, Brown and Company, 1967.
- Bachrach, Peter, et Morton S. Baratz. *Power and poverty : theory and practice*. New York: Oxford University Press, 1970.
- Bacon, Francis. *Novum organum*. Traduit par Louis Lorquet. Paris: Librairie de L. Hachette et Cie, 1857.
- Barrena, Guadalupe. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fascículo 3)*. Vol. 3. Sistema universal de protección de los derechos humanos. México (DF): Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Bart, Jean. *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*. 2^e éd. Domat. Droit privé. Paris: Montchrestien, 2009.
- Barthes, Roland. *Leçon : leçon inaugurale de la chaire de sémiologie littéraire du Collège de France prononcée le 7 janvier 1977*. Points. Paris: Seuil, 1978.
- Bastid-Burdeau, Geneviève. *La genèse de l'initiative législative. Un cas: l'Agriculture/1958-1968*. Travaux et recherches de l'Université de droit, économie et de sciences sociales de Paris. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.
- Bauby, Pierre. *L'eupéanisation des services publics*. La bibliothèque du citoyen. Paris: Presses de Sciences Po, 2011.

- Bauer, Alain, et François-Bernard Huyghe. *Les terroristes disent toujours ce qu'ils vont faire. Terrorisme et révolution par les textes*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.
- Beaud, Olivier. *La puissance de l'État. Léviathan*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- Bécane, Jean-Claude, Michel Couderc, et Jean-Louis Héryn. *La loi*. 2^e éd. Méthodes du droit. Paris: Dalloz, 2010.
- Becker, Jean-Jacques. *Histoire politique de la France depuis 1945*. Cursus. Paris: Armand Colin, 2015.
- Becker, Werner. *Die Freiheit, die wir meinen. Entscheidung für die liberale Demokratie*. Munich: Piper, 1982.
- Beetham, David. *The legitimation of power. Issues in political theory*. Basingstoke: Palgrave MacMillan, 1991.
- Beiner, Ronald. *Political judgment*. Chicago: University of Chicago Press, 1983.
- Ben Achour, Yadh. *Tunisie. Une révolution en pays d'islam*. Islams. Genève: Labor et fides, 2018.
- Benedict, Ruth. *The Chrysanthemum And The Sword - Patterns of japanese culture*. Londres: Secker & Warburg, 1947.
- Benjamin, Walter. *Critique de la violence*. Traduit par Nicole Casanova. Philosophie. Paris: Payot & Rivages, 2012.
- Bentham, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon press, 1823.
- Benveniste, Émile. *Le vocabulaire des institutions indo-européennes/2. Pouvoir, droit, religion*. Paris: Éditions de minuit, 1969.
- Bergson, Henri. *Essai sur les données immédiates de la conscience*. 96^e éd. Bibliothèque de philosophie contemporaine. Paris: Presses Universitaires de France, 1961.
- Bernardi, Bruno. *Qu'est-ce qu'une décision politique?* Chemins philosophiques. Paris: Vrin, 2003.
- Berrendonner, Alain. *Éléments de pragmatique linguistique*. Propositions. Paris: Éditions de minuit, 1981.
- Berry, Jeffrey M. *The New Liberalism - the Rising Power of Citizen Groups*. Washington, D.C.: Brooking institutions press, 1999.
- Berstein, Serge. *La démocratie libérale*. Histoire générale des systèmes politiques. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- Bessy, Christian, et Francis Chateauraynaud. *Experts et faussaires - Pour une sociologie de la perception*. Paris: Métailié, 1995.
- Billier, Jean-Cassien. *Introduction à l'éthique*. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2014.
- Birnbaum, Jeffrey H. *The lobbyists - How influence peddlers get their way in Washington*. New York: Random House, 1992.
- Blondel, Éric. *Le problème moral*. Philosophe. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. Traduit par José F. Fernández Santillán. México (DF): Fondo de Cultura Económica, 1986.
- . *Essais de théorie du droit*. Traduit par Michel Guéret et Christophe Agostini. La pensée juridique. Paris: Bruylant - L.G.D.J, 1998.
- Boltanski, Luc. *La souffrance à distance - Morale humanitaire, médias et politique*. Leçons de choses. Paris: Métailié, 1993.
- Bonnard, Roger. *Les actes constitutionnels de 1940*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1942.
- Bonnet, Julien, Dominique Rousseau, et Pierre-Yves Gahdoun. *Droit du contentieux constitutionnel*. 12^e éd. Précis Domat. Droit public. Paris: L.G.D.J - Lextenso, 2020.
- Boudon, Raymond. *Le relativisme*. Que sais-je? Paris: Presses Universitaires de France, 2008.
- Bourdieu, Pierre. *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*. Paris: Fayard, 1982.
- . *Choses dites*. Le sens commun. Paris: Éditions de minuit, 1987.
- . *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*. Tirés à part 7. Paris: Éditions de la Sorbonne, 2017.
- Bouveresse, Jacques. *Essais VI. Les lumières des positivistes*. Banc d'essais. Paris: Agone, 2012.
- Branchet, Bernard. *La révision de la Constitution sous la Ve République*. Droit constitutionnel. Paris: L.G.D.J, 1994.
- Braud, Philippe. *L'émotion en politique*. Paris: Presses de Sciences Po, 1996.
- Brooks Higginbotham, Evelyn. *Righteous Discontent. The Women's Movement in the Black Baptist Church 1880-1920*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- Buchbinder, Pablo. *¿Revolución en los claustros?: La reforma universitaria de 1918*. Nudos de la historia argentina. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2012.
- Bühler, Karl. *Théorie du langage. La fonction représentationnelle*. Traduit par Didier Samain. Banc d'essais. Paris: Agone, 2009.
- Burdeau, Georges. *Les libertés publiques*. 4^e éd. Paris: L.G.D.J, 1972.
- Burke, Kenneth. *A grammar of motives*. Los Angeles: University of California Press, 1969.
- Butler, Judith. *Le pouvoir des mots: Discours de haine et politique du performatif*. Traduit par Charlotte Nordmann et Jérôme Vidal. 3^e éd. Paris: Éditions Amsterdam, 2017.
- . *Rassemblement: Pluralité, performativité et politique*. Traduit par Christophe Jaquet. À venir. Paris: Fayard, 2017.
- Caillosse, Jacques. *La constitution imaginaire de l'administration*. Les voies du droit. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.
- Carbonnier, Jean. *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: L.G.D.J, 2001.
- Carnap, Rudolf. *The logical syntax of language*. Traduit par Amethe Smeaton. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1937.
- Carrasco, Morita. *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Testimonios. Buenos Aires: Vinciguerra, 2000.

- Cassirer, Ernst. *The Myth of the State*. New Haven: Yale University Press, 1946.
- Cetrángolo, Oscar, Martina Chidiak, Javier Curcio, et Verónica Gutman. *Política y gestión ambiental en Argentina: gasto y financiamiento*. Medio ambiente y desarrollo 90. Santiago: Organisation des Nations Unies. Commission Économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes, 2004.
- Chapus, René. *Droit administratif général/1*. 15^e éd. Vol. 1. 2 vol. Paris: Montchrestien, 2001.
- Chatriot, Alain. *La démocratie sociale à la française. L'expérience du Conseil national économique 1924-1940*. L'espace de l'histoire. Paris: La Découverte, 2002.
- Chevallier, Jacques. *Le service public*. Que sais-je? Paris: Presses Universitaires de France, 2012.
- . *Le service public*. Que sais-je? Paris: Presses Universitaires de France, 2018.
- Coffa, J. Alberto. *The semantic tradition from Kant to Carnap. To the Vienna station*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- Cohen, Jean L., et Andrew Arato. *Civil society and political theory*. 4^e éd. Cambridge: MIT Press, 1997.
- Comité consultatif constitutionnel. *Travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958. Avis et débats*. Paris: La documentation française, 1960.
- Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République. *Une Ve République plus démocratique*. Paris: Fayard - La documentation française, 2008.
- Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve république. *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/1. Vol. I. Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*. Vol. 1. 4 vol. Paris: La documentation française, 1987.
- . *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/2. Vol. II. Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*. Vol. 2. 4 vol. Paris: La documentation française, 1988.
- . *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/3. Vol. III. Du Conseil d'État au référendum. 20 août 1958 - 28 septembre 1958*. Vol. 3. 4 vol. Paris: La documentation française, 1991.
- . *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958/4. Vol. IV. Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*. Vol. 4. 4 vol. Paris: La documentation française, 2001.
- Comte, Auguste. *Discours sur l'ensemble du positivisme*. Édition du cinquantenaire. Paris: Société positiviste internationale, 1907.
- Comte-Sponville, André. *L'amour la solitude. Entretiens avec Patrick Vighetti, Judith Brouste, Charles Juliet*. Paris: Albin Michel, 2000.
- Condorcet, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat. *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1970.
- Constant, Benjamin. *Cours de politique constitutionnelle/1*. 2^e éd. Vol. 1. 2 vol. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1872.

- Costa, Olivier, et Éric Kerrouche. *Qui sont les députés français? Enquête sur des élites inconnues*. Nouveaux Débats. Paris: Presses de Sciences Po, 2007.
- Cronin, Thomas E. *Direct democracy : the politics of initiative, referendum, and recall*. 2^e éd. Bridgewater: Replica books, 2000.
- Cusset, Yves. *Habermas. L'espoir de la discussion*. Le bien commun. Paris: Michalon, 2001.
- Dahl, Robert Alan. *A preface to Economic Democracy*. Cambridge: Polity, 1985.
- . *On democracy*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- . *Polyarchy: Participation and opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.
- Dahl, Robert Alan, et Charles E. Lindblom. *Politics, Economics and Welfare. Planning and Politico-Economic Systems Resolved into Basic Social Processes*. New York: Harper & Row, 1953.
- Damásio, António R. *L'erreur de Descartes - La raison des émotions*. Traduit par Marcel Blanc. 2^e éd. Paris: Odile Jacob, 2001.
- Danto, Arthur C. *Analytical philosophy of action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.
- . *Analytical philosophy of history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1965.
- Davidson, Donald. *Essays on Actions and Events*. New York: Oxford University Press, 2001.
- De Gaulle, Charles. *Discours et messages/4. Pour l'effort. Août 1962 - Décembre 1965*. Vol. 4. 5 vol. Paris: Plon, 1970.
- . *Discours et messages/5. Vers le terme. Janvier 1966 - Avril 1969*. Vol. 5. 5 vol. Paris: Plon, 1970.
- Delmas-Marty, Mireille, et Henry Laurens. *Terrorismes : histoire et droit*. Biblis. Paris: CNRS, 2013.
- Demeulenaere, Pierre. *Les normes sociales - Entre accords et désaccords*. Sociologies. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.
- Denquin, Jean-Marie. *1958 : la genèse de la Ve République*. Politique d'aujourd'hui. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.
- Derrida, Jacques. *De la grammatologie*. Critiques. Paris: Éditions de minuit, 2015.
- Dewey, John. *Après le libéralisme? Ses impasses, son avenir*. Paris: Climats, 2014.
- . *La formation des valeurs*. Paris: La Découverte, 2011.
- . *Le public et ses problèmes*. Traduit par Joëlle Zask. Paris: Gallimard, 2005.
- Downs, Anthony. *An economic theory of democracy*. New York: Harper & Row, 1957.
- Dubreuil, Benoît, et Christian Nadeau. *Elster. Passion, raisons et délibération*. Le bien commun. Paris: Michalon, 2011.
- Duguit, Léon. *Les transformations du droit public*. Le mouvement social contemporain. Paris: Armand Colin, 1913.
- . *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.
- . *Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*. Paris: De Boccard, 1926.

- Dumont, Louis. *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*. Points. Paris: Seuil, 1991.
- Dupic, Emmanuel, et Luc Briand. *La Question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*. Questions judiciaires. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.
- Durkheim, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Champs - classiques. Paris: Flammarion, 2017.
- Dworkin, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Cla De Mas. Barcelona: Gedisa, 2012.
- . *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- . *L'empire du droit*. Traduit par Elisabeth Soubrenie. Recherches politiques. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- . *Taking Rights Seriously*. 2^e éd. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- . *Taking rights seriously*. Bloomsbury Revelations. Londres: Bloomsbury Academic, 2013.
- . *The Philosophy of Law*. Oxford Readings in Philosophy. Oxford: OUP Oxford, 1977.
- Eco, Umberto. *Comment écrire sa thèse?* Traduit par Laurent Cantagrel. Paris: Flammarion, 2016.
- . *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. Traduit par Lucía Baranda et Alberto C. Ibáñez. Herramientas universitarias. Barcelona: Gedisa, 2017.
- Edelman, Murray J. *The symbolic uses of politics*. Urbana: University of Illinois Press, 1964.
- Elster, Jon. *Sour Grapes. Studies in the subversion of rationality*. New York: Cambridge University Press, 2016.
- . *The cement of society : a study of social order*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Engisch, Karl. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg: C. Winter, 1963.
- Épicure. *Épicure - Lettres, maximes et autres textes*. Traduit par Pierre-Marie Morel. GF. Paris: Flammarion, 2011.
- Erstein, Lucienne, et Odile Simon. *L'exécution des décisions de la justice administrative*. Paris: Berger-Levrault, 2000.
- Estlund, David M. *Democratic authority - A philosophical framework*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- Etchichury, Horacio. *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013.
- Fabra, Pere. *Habermas : lenguaje razón y verdad - Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*. Filosofía y derecho. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Fabreron, Jean-Yves, et Guy Agniel. *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*. Paris: La documentation française, 2000.
- Fanon, Frantz. *Peau noire masques blancs*. Points. Paris: Seuil, 1971.

- Farrand, Max. *Records of the Federal Convention*. Vol. 1. 3 vol. New Haven: Yale University Press, 1966.
- Ferrand, Michèle. *Féminin Masculin*. Paris: La Découverte, 2004.
- Ferrero, Roberto. *Historia crítica del movimiento estudiantil de Córdoba*. Alción Editora. Vol. 1. Córdoba, 1999.
- Ferry, Jean-Marc. *La religion réflexive*. Humanités. Paris: Éditions du Cerf, 2010.
- Foucault, Michel. *Dits et écrits*. Vol. 1. Quarto. Paris: Gallimard, 2001.
- . *Les mots et les choses*. Tel. Paris: Gallimard, 1990.
- . *L'ordre du discours. Leçon inaugurale du collège de France prononcée le 2 décembre 1970*. NRF. Paris: Gallimard, 1971.
- . *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. NRF. Paris: Gallimard, 1975.
- Fournier, Jacques. *Le travail gouvernemental*. Amphitêâtre. Paris: Presses de la fondation nationale des sciences politiques - Dalloz, 1977.
- Fox, Charles J., et Hugh T. Miller. *Postmodern public administration. Toward discourse*. Londres: Sage Publications, 1996.
- François, Bastien. *Le régime politique de la Ve République*. 5^e éd. Repères. Paris: La Découverte, 2011.
- Frankena, William K. *Ethics*. 2^e éd. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1973.
- Frankfurt, Harry G. *The importance of what we care about*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Fraser, Nancy. *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*. Sciences humaines et sociales. Paris: La Découverte, 2011.
- Fraser, Nancy, et Axel Honneth. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Traduit par Joel Golb, James Ingram, et Christiane Wilke. Londres: Verso, 2003.
- Frege, Gottlob. *Écrits logiques et philosophiques*. Traduit par Claude Imbert. Paris: Seuil, 1971.
- Fried, Charles. *Right and Wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- Friedmann, Wolfgang. *Law and social change in contemporary Britain*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1951.
- Frydman, Benoît, et Caroline Bricteux. *Les défis du droit global*. Penser le droit. Bruxelles: Bruylant, 2018.
- Fuente (de) (la), Diego G. *Segundo censo de la República Argentina, mayo 10 de 1895*. Vol. 2. Buenos Aires: Comisión directiva del censo de Argentina, 1898.
- Furet, François, et Ran Halévi. *Orateurs de la Révolution française*. Vol. 1. 3 vol. Bibliothèque de la Pléiade 355. Paris: Gallimard, 1989.
- Gadamer, Hans-Georg. *Reason in the age of science*. Traduit par Frederick G. Lawrence. Cambridge: MIT Press, 1982.
- . *Vérité et méthode - Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Traduit par Pierre Fruchon, Jean Grondin, et Gilbert Merlio. L'ordre philosophique. Paris: Seuil, 1996.

- Gaillard, Françoise, Jacques Poulain, et Richard Shusterman. *La modernité en questions : de Richard Rorty à Jürgen Habermas. Actes de la décade de Cerisy-la-Salle, 2-11 juillet 1993*. Passages. Paris: Éditions du Cerf, 1998.
- Garapon, Antoine, et Jean Lassègue. *Le numérique contre le politique. Crise de l'espace et reconfiguration des médiations sociales*. Paris: Presses Universitaires de France, 2021.
- Gargarella, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2006.
- . *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al diálogo ciudadano*. Derecho y política. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2021.
- . *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz editores, 2015.
- . *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.
- Gerbet, Pierre. *La construction de l'Europe*. U. Paris: Armand Colin, 2007.
- Gert, Bernard. *Common Morality: Deciding what to do*. New York: Oxford University Press, 2004.
- . *Morality: Its nature and justification*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Glover, Jonathan. *Causing Death and Saving Lives. The moral problems of abortion, infanticide, suicide, euthanasia, capital punishment, war, and other life-or-death choices*. Londres: Pinguin Group, 1990.
- Goblot, Edmond. *Traité de logique*. Paris: Armand Colin, 1918.
- Godart, Justin. *Les Clauses du travail dans le traité de Versailles (28 juin 1919). Les décisions de la conférence de Washington (novembre 1919)*. Paris: Dunod, 1920.
- Goffman, Erving. *L'arrangement des sexes*. Traduit par Hervé Maury. Le genre du monde. Paris: La dispute, 2002.
- . *Relations in Public. Microstudies of the Public Order*. New York: Basic Books, 1971.
- . *The presentation of self in everyday life*. New York: Doubleday Anchor Books, 1959.
- Grimm, Dieter. *Constitutionalism : past, present, and futur*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- . *Die Zukunft der Verfassung*. Francfort-sur-le-Main: Suhrkamp, 1991.
- Grondin, Jean. *L'universalité de l'herméneutique*. Épiméthée - Essais philosophiques. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- Grosley, Pierre-Jean. *De l'influence des loix sur les moeurs, mémoire présenté à la Société royale de Nancy*. Nancy: Hoener, 1757.
- Groupe d'information et de soutien des immigrés. *Le guide des étrangers face à l'administration. Droits, démarches, recours*. Guides. Paris: La Découverte, 2022.
- Guastini, Riccardo. *Leçons de théorie constitutionnelle*. Traduit par Véronique Champeil-Desplats. Rivages du droit. Paris: Dalloz, 2010.
- Guénard, Florent. *La démocratie universelle – philosophie d'un modèle politique*. Paris: Seuil, 2016.

- Guglielmi, Gilles J., et Geneviève Koubi. *Droit du service public*. 3^e éd. Domat. Droit public. Paris: Montchrestien - Lextenso, 2011.
- Günther, Klaus. *The Sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Traduit par John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993.
- Habermas, Jürgen. *Between Naturalism and Religion. Philosophical Essays*. Traduit par Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2008.
- . *De l'éthique de la discussion*. Traduit par Mark Hunyadi. 3^e éd. Champs - sciences. Paris: Flammarion, 2013.
- . *Droit et démocratie - Entre faits et normes*. Traduit par Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz. NRF Essais. Paris: Gallimard, 1997.
- . *Entre naturalisme et religion. Les défis de la démocratie*. Traduit par Christian Bouchindhomme et Alexandre Dupeyrix. NRF Essais. Paris: Gallimard, 2008.
- . *Europe. The Faltering Project*. Traduit par Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2008.
- . *La paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée kantienne*. Traduit par Rainer Rochlitz. Humanités. Paris: Éditions du Cerf, 2005.
- . *La pensée postmétaphysique: essais philosophiques*. Traduit par Rainer Rochlitz. Théories. Paris: Armand Colin, 1993.
- . *La technique et la science comme « idéologie »*. Traduit par Jean-René Ladmiral. Tel. Paris: Gallimard, 1973.
- . *Le discours philosophique de la modernité*. Paris: Gallimard, 1988.
- . *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Traduit par Marc B. De Launay. Critique de la politique. Paris: Payot, 1997.
- . *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*. Traduit par Rainer Rochlitz. Paris: Fayard, 1998.
- . *Logique des sciences sociales et autres essais*. Traduit par Rainer Rochlitz. Quadrige. Grands textes. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.
- . *Morale et communication - Conscience morale et activité communicationnelle*. Traduit par Christian Bouchindhomme. Champs. Paris: Flammarion, 2012.
- . *Parcours 2 (1990-2017). Théorie de la rationalité. Théorie du langage*. Traduit par Christian Bouchindhomme, Frédéric Joly, et Valéry Pratt. Vol. 2. 2 vol. NRF Essais. Paris: Gallimard, 2018.
- . *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*. Traduit par Jean Coste. Critique de la politique. Paris: Payot, 1978.
- . *Théorie de l'agir communicationnel/1: Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*. Traduit par Jean-Marc Ferry. Vol. 1. 2 vol. Sciences humaines. Paris: Fayard, 1987.
- . *Théorie de l'agir communicationnel/2: Pour une critique de la raison fonctionnaliste*. Traduit par Jean-Louis Schlegel. Vol. 2. 2 vol. L'espace du politique. Paris: Fayard, 1987.
- . *Vérité et justification*. Traduit par Rainer Rochlitz. NRF Essais. Paris: Gallimard, 2001.

- Hart, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983.
- . *Essays on Bentham : studies in jurisprudence and political theory*. New York: Oxford University Press, 1982.
- . *Le concept de droit*. Traduit par Joëlle Van Drooghenbroeck et Raphaël Célis. Droit. Bruxelles: Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- Hart, Herbert L. A., et Anthony M. Honoré. *Causation in Law*. Londres: Oxford University Press, 1959.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Principes de la philosophie du droit*. Traduit par Jean-François Kervégan. 3^e éd. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.
- Hen, Christian, et Jacques Léonard. *L'union européenne*. Paris: La Découverte, 2006.
- Henrion de Pansey, Pierre Paul Nicolas. *De l'autorité judiciaire en France*. 3^e éd. Vol. 2. 2 vol. Paris: Théophile Barrois, 1827.
- Hernández, Antonio M. *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*. Córdoba: Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba, 2008.
- Herrera, Carlos Miguel. *Le Constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, s. d.
- Hesse, Gérald. *Éthiques de la nature*. Éthique et philosophie morale. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.
- Hesse, Konrad. *Verfassungsrecht und privatrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1988.
- Hobbes, Thomas. *Léviathan*. Traduit par François Tricaud et Martine Pécharman. Bibliothèque des textes philosophiques. Paris: Librairie philosophique J. Vrin et Dalloz, 2004.
- Horkheimer, Max. *L'éclipse de la raison*. Traduit par Jacques Debouzy et Jacques Laizé. Critique de la politique. Paris: Payot, 1974.
- Huët, Romain. *Le vertige de l'émeute. De la ZAD aux Gilets jaunes*. Paris: Presses Universitaires de France, 2019.
- Hume, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Clarendon press, 1960.
- Ihl, Olivier, et Yves Déloye. *L'acte de vote*. Références. Paris: Presses de Sciences Po, 2008.
- Israël, Liora. *L'arme du droit*. 2^e éd. Contester. Paris: Presses de Sciences Po, 2020.
- Jacobs, Lawrence R., et Robert Y. Shapiro. *Don't Pander. Political Manipulation and the Loss of Democratic Responsiveness*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- Jakobson, Roman. *Essais de linguistique générale*. Traduit par Nicolas Ruwet. Points. Paris: Éditions de minuit, 1963.
- James, William. *Essais d'empirisme radical*. Champs. Paris: Flammarion, 2007.
- . *Le pragmatisme. Un nouveau nom pour d'anciennes manières de penser*. Traduit par Nathalie Ferron. Paris: Flammarion, 2007.
- Janet, Pierre. *L'amour et la haine - Notes de cours*. Édité par Miron Epstein. Paris: Éditions médicales Norbert Maloine, 1932.
- Jaume, Lucien. *Hobbes et l'État représentatif moderne*. Philosophie d'aujourd'hui. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.

- Jellinek, Georg. *Révision et mutation constitutionnelles*. Traduit par Marie Ange Roy. Droit politique. Paris: Dalloz, 2018.
- Jeudy, Henri-Pierre. *La peur et les médias*. La politique éclatée. Paris: Presses Universitaires de France, 1979.
- Jobard, Fabien, et Jacques Maillard (de). *Sociologie de la police*. U. Paris: Armand Colin, 2015.
- Jonas, Hans. *Le principe de responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*. Traduit par Jean Greish. Paris: Cerf, 1992.
- Kahn, Paul W. *The cultural study of law : reconstructing legal scholarship*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- Kant, Emmanuel. *Critique de la faculté de juger*. Traduit par Alain Renaut. 2^e éd. GF. Paris: Flammarion, 2000.
- . *Critique de la faculté de juger*. gf. Paris: Flammarion, 2015.
- . *Critique de la raison pratique*. Traduit par François Picavet. 2^e éd. Paris: Felix Alcan, 1902.
- . *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit (première partie de la métaphysique des mœurs), suivis d'un essai philosophique sur la paix perpétuelle, et d'autres petits écrits relatifs au droit naturel*. Traduit par Jules Barni. Paris: Auguste Durand, 1853.
- . *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Traduit par Victor Delbos. Le livre de poche. Paris: Librairie générale française, 1993.
- . *La paz perpetúa*. Traduit par José Loya Mateos. Madrid: Mestas ediciones, 2001.
- . *Œuvres philosophiques*. Vol. 2. 3 vol. Pléiade. Paris: Gallimard, 1985.
- Kelsen, Hans. *Qui doit être gardien de la Constitution ?* Traduit par Sandrine Baume. Les sens du droit. Paris: Michel Houdiard, 2006.
- . *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*. Traduit par Valérie Faure. La pensée juridique. Paris: Bruylant - L.G.D.J, 1997.
- . *Théorie pure du droit*. Traduit par Charles Eisenmann. 2^e éd. La pensée juridique. Paris: Bruylant, 1999.
- Key, Valdimer O. *The responsible electorate. Rationality in presidential voting 1936-1960*. Cambridge: Harvard University Press, 1966.
- Kohlberg, Lawrence. *Essays on moral development/2. The Psychology of Moral Development. The Nature and Validity of Moral Stages*. Vol. 2. 2 vol. New York: Harper & Row, 1984.
- Kuhn, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 3^e éd. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- Kuhn, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. Traduit par Agustín Contín. Breviarios. México (DF): Fondo de Cultura Económica, 1971.
- La Fontaine (de), Jean. *Fables de La Fontaine avec les dessins de Gustave Doré*. Paris: Hachette, 1868.
- Lafont, Cristina. *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

- Landenne, Quentin. *Karl-Otto Apel. Du point de vue moral. Le bien commun*. Paris: Michalon, 2015.
- Landes, Joan B. *Women and the Public Sphere in the Age of the French Revolution*. New York: Cornell University Press, 1988.
- Laupies, Frédéric. *Le plaisir. Leçon philosophique. Major*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.
- Le Bart, Christian. *Les émotions du pouvoir - Larmes, rire, colères des politiques*. Individu et société. Paris: Armand Colin, 2018.
- Le Breton, David. *Anthropologie de la douleur. Traversées*. Paris: Métailié, 2012.
- Le Cour Grandmaison, Olivier. *Haine(s). Philosophie et politique*. Politique d'aujourd'hui. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- Ledrut, Raymond. *L'espace en question ou le nouveau monde urbain*. Paris: Anthropos, 1977.
- Lefort, Claude. *Essais sur le politique - XIXe-XXe siècles*. Esprit. Paris: Seuil, 1986.
- Lenoble, Jacques, et Mark Maesschalck. *Démocratie, droit et gouvernance*. Sherbrooke: Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.
- Lépinard, Éléonore. *L'égalité introuvable. La parité, les féministes et la République*. Académique. Paris: Presses de Sciences Po, 2007.
- Lévinas, Emmanuel. *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*. Essais. Paris: Librairie générale française, 2006.
- Lissidini, Alicia. *Democracia directa en Latinoamérica: Entre la delegación y la participación*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2011.
- Lochak, Danièle. *La justice administrative*. Clefs Politique. Paris: Montchrestien, 1992.
- . *Le droit et les paradoxes de l'universalité*. Les voies du droit. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.
- Lovelock, James. *Gaia. The Practical Science of Planetary Medicine*. 2^e éd. New York: Oxford University Press, 2000.
- Luhmann, Niklas. *Introduction to systems theory*. Traduit par Peter Gilgen. Cambridge: Polity Press, 2013.
- . *Law as a social system*. Traduit par Klaus Ziegert. New York: Oxford University Press, 2004.
- . *Political Theory in the Welfare State*. Traduit par John Jr. Bednarz. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1990.
- Lukacs, Georg. *Histoire et conscience de classe. Essais de dialectique marxiste*. Traduit par Kostas Axelos et Jacqueline Bois. Arguments. Paris: Éditions de minuit, 1960.
- MacCormick, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Clarendon Law Series. New York: Oxford University Press, 1978.
- MacIntyre, Alasdair. *After Virtue - A study of moral theory*. 3^e éd. Notre-Dame: University of Notre Dame Press, 2007.
- . *Quelle justice? Quelle rationalité?* Traduit par Michèle Vignaux d'Hollande. Léviathan. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

- Mackie, John L. *The cement of the Universe. A Study of Causation*. Clarendon Library of Logic and Philosophy. Londres: Oxford University Press, 1980.
- Maligner, Bernard. *Halte à la fraude électorale*. Paris: Economica, 1986.
- Malinvaud, Philippe. *Introduction à l'étude du droit*. 20^e éd. Paris: LexisNexis, 2020.
- Mashaw, Jerry L. *Due Process in the Administrative State*. New Haven: Yale University Press, 1985.
- Mason, Ronald M. *Participatory and workplace democracy: a theoretical development in critique of liberalism*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1982.
- Maturana, Humberto R., et Francisco Varela. *The tree of knowledge: the biological roots of human understanding*. Traduit par Robert Paolucci. 3^e éd. Boston: Shambhala Publications, 1998.
- Mauss, Marcel. *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*. Champs - classiques. Paris: Flammarion, 2021.
- McCarty, Thomas. *The critical theory of Jürgen Habermas*. 3^e éd. Cambridge: MIT Press, 1985.
- Mead, Georges H. *Mind, self and society from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.
- Mény, Yves. *Imparfaites démocraties*. Paris: Presses de Sciences Po, 2019.
- Merleau-Ponty, Maurice. *Phénoménologie de la perception*. Tel. Paris: Gallimard, 2016.
- Merry, Henry J. *Five-Branch Government: The Full Measure of Constitutional Checks and Balances*. Champaign: University of Illinois Press, 1981.
- Meyer, Michel. *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*. Paris: Klincksieck, 1979.
- Mill, John Stuart. *De la liberté*. Traduit par Gilbert Boss. Zurich: Éditions du Grand Midi, 1987.
- Mills, C. Wright. *The sociological Imagination*. 2^e éd. New York: Oxford University Press, 2000.
- Moderne, Franck. « Réviser » la Constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé*. Paris: Dalloz, 2006.
- Mommsen, Theodor. *Manuel d'antiquités romaines/1. Le droit public romain*. Traduit par Paul F Girard. 2^e éd. Vol. 1. Paris: Ernest Thorin, 1892.
- Montaigne (de), Michel. *Essais de Michel de Montaigne. Livre troisième*. 2^e éd. Vol. 3. 3 vol. Folio classique. Paris: Gallimard, 2012.
- Montesquieu, Charles L. de Secondat. *L'esprit des lois/1*. Vol. 1. 2 vol. Bibliothèque du XVIII^e siècle. Paris: Classiques Garnier, 2011.
- Moore, George Edward. *Ethics*. Londres: Oxford University Press, 1947.
- Moresco, José Juan. *La constitución: modelo para armar*. Filosofía y derecho. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Motta, Cristina. *La decisión judicial, EL debate Hart - Dworkin*. Nuevo pensamiento jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

- Motulsky, Henri. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*. Paris: Dalloz, 2002.
- Müller, Denis. *Convocation et provocation de l'éthique - Dialogues philosophiques et théologiques*. Vol. 6. Études de théologie et d'éthique. Zurich: LIT, 2014.
- Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Traduit par Olivier Jouanjan. Léviathan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- Nabert, Jean. *L'expérience intérieure de la liberté et autres essais de philosophie morale. Éthique et philosophie morale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- Nagel, Thomas. *Mortal questions*. 4^e éd. New York: Cambridge University Press, 1982.
- Nino, Carlos Santiago. *Derecho y moral política – Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2014.
- . *El constructivismo ético. El derecho y la justicia*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.
- . *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 2017.
- . *Juicio al mal absoluto - ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2015.
- . *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Nonet, Philippe, et Philip Selznick. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. 2^e éd. New York: Routledge, 2007.
- Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- . *Anarchy State, and Utopia*, s. d.
- Oppetit, Bruno. *Droit et modernité. Doctrine juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- Oren, Dan A. *Joining the club: a history of jews and Yale*. Yale scene. University series 4. New Haven: Yale University Press, 1985.
- Ost, François. *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*. Sciences humaines et sociales. Paris: La Découverte, 2003.
- Page, Benjamin I., et Robert Y. Shapiro. *The Rational Public. Fifty Years of Trends in Americans' Policy Preferences*. American Politics and Political Economy Series. Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- Palier, Bruno. *Gouverner la sécurité sociale. Les réformes du système français de protection sociale depuis 1945*. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.
- Parsons, Talcott. *Sociological Theory and Modern Society*. London: Collier-Macmillan, 1967.
- Pascal, Blaise. *Pensées*. 2^e éd. Folio classique. Paris: Gallimard, 2004.
- Passeron, Jean-Claude. *Le raisonnement sociologique: un espace non-poppérien du raisonnement naturel*. 4^e éd. Bibliothèque de l'évolution de l'humanité. Paris: Albin Michel, 2006.
- Paul-Boncour, Joseph. *Entre deux guerres. Souvenirs sur la IIIe République. Sur les chemins de la défaite, 1935-1940*. Paris: Plon, 1946.

- Peirce, Charles S. *Collected papers. Volume V. Pragmatism and pragmaticism*. Vol. 5. 8 vol. Cambridge: Harvard University Press, 1934.
- Pelluchon, Corine. *L'autonomie brisée*. Léviathan. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.
- Perry, Michael J. *Morality, politics and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1988.
- Peters, Bernhard. *Der Sinn von Öffentlichkeit*. Francfort-sur-le-Main: Suhrkamp, 2007.
- . *Die Integration moderner Gesellschaften*. Francfort-sur-le-Main: Suhrkamp, 1993.
- Petit, Bruno. *Introduction générale au droit*. Droit en +. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2016.
- Petracci, Mónica, et Mario Pecheny. *Argentina, derechos humanos y sexualidad*. Buenos Aires: Centro de estudios de Estado y Sociedad, 2007.
- Pettit, Philip. *On the people's terms. A Republican Theory and Model of Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- Picavet, Emmanuel. *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*. Philosophies. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.
- Platon. *Gorgias*. Traduit par Monique Canto Sperber. GF. Paris: Flammarion, 2018.
- Pompidou, Georges. *Le Nœud gordien*. Paris: Flammarion, 1984.
- Ponthoreau, Marie-Claire. *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*. Paris: Economica, 2010.
- Popper, Karl. *La connaissance objective*. Traduit par Jean-Jacques Rosat. Bibliothèque philosophique. Paris: Aubier, 1991.
- . *Le réalisme et la science*. Traduit par Alain Boyer et Daniel Andler. Paris: Hermann, 1990.
- Porée, Jérôme. *Sur la douleur. Quatre études*. Questions de soin. Paris: Presses Universitaires de France, 2017.
- Poucet, Bruno, et David Valence. *La loi Edgar Faure - Réformer l'université après 1968*. Presses Universitaires de Rennes. Histoire. Rennes, 2016.
- Prieur, Michel. *Précis de droit de l'environnement*. 8^e éd. Paris: Dalloz, 2019.
- Prost, Antoine. *Petite histoire de la France. De la Belle Époque à nos jours*. 7^e éd. U. Paris: Armand Colin, 2013.
- Pujalte, Christian, et Édouard Lamaze (de). *L'avocat et les juridictions administratives*. Questions judiciaires. Paris: Presses Universitaires de France, 2014.
- Putnam, Hilary. *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers/2*. Vol. 2. 2 vol. Cambridge: Cambridge University Press, 1975.
- . *Raison, vérité et histoire*. Traduit par Abel Gerschenfeld. Propositions. Paris: Éditions de minuit, 1984.
- Quijano, Aníbal. *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Antología esencial. Buenos Aires: CLACSO, 2020.
- Rabault, Hugues. *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*. Logiques juridiques. Paris: L'Harmattan, 1997.

- Rassat, Michèle-Laure. *La justice en France. Que sais-je?* Paris: Presses Universitaires de France, 2007.
- Ravignani, Emilio. *Asambleas constituyentes argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación. Tomo quinto, 1861-1879.* Vol. 5. 7 vol. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de filosofía y letras. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1938.
- Rawls, John. *Théorie de la justice.* Traduit par Catherine Audard. Essais. Paris: Points, 2009.
- Rawls, John, et Jürgen Habermas. *Débat sur la justice politique.* Humanités. Paris: Cerf, 2005.
- Récanati, François. *La transparence et l'énonciation. Pour introduire à la pragmatique.* Paris: Seuil, 1979.
- . *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique.* Propositions. Paris: Éditions de minuit, 1981.
- Reeves, Hubert. *Malicorne. Réflexions d'un observateur de la nature.* Paris: Seuil, 1990.
- Reinach, Adolf. *Les fondements a priori du droit civil.* Traduit par Ronan De Calan. Bibliothèque des textes philosophiques. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 2004.
- . *The Apriori Foundations of the Civil Law. Along with the lecture "Concerning Phenomenology".* Traduit par John F. Crosby et Dallas Willard. Realist Phenomenology : Volume VIII. Francfort-sur-le-Main: Ontos, 2012.
- República argentina. *Convención Nacional de 1898.* Buenos Aires: Compañía sud-americana de billetes de banco, 1898.
- . *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, año 1949.* Vol. 1. Debates y sanción. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación, 1949.
- Ricœur, Paul. *La critique et la conviction. Entretien avec François Azouvi et Marc de Launay.* Paris: Calmann-Lévy, 1995.
- . *Le conflit des interprétations.* L'ordre philosophique. Paris: Seuil, 1969.
- . *Temps et récit - Le temps raconté.* Vol. 3. L'ordre philosophique. Paris: Seuil, 1985.
- Rigaux, François. *Introduction à la science du droit.* Bruxelles: Vie ouvrière, 1974.
- Rodríguez Huerta, Gabriela. *Fascículo 6. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).* 2^e éd. Sistema universal de protección de los derechos humanos. México (DF): Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Rojas Amandi, Víctor. *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy.* Instituto de investigaciones jurídicas 199. México (DF): Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Rosa Roble, María, et Cecilia Vanin. *Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario.* 1^{re} éd. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.
- Rosanvallon, Pierre. *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité.* Livres Du Nouveau Monde. Paris: Seuil, 2008.
- . *Le bon gouvernement.* Les livres du nouveau monde. Paris: Seuil, 2015.

- Ross, Alf. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959.
- Rouban, Luc. *Le paradoxe du macronisme*. Nouveaux Débats. Paris: Presses de Sciences Po, 2018.
- Rouland, Norbert. *Introduction historique au droit*. Droit fondamental. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- Rousseau, Dominique. *La Ve République se meurt, vive la démocratie*. Paris: Odile Jacob, 2007.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social*. GF. Paris: Flammarion, 2001.
- . *Sur l'économie politique. Considérations sur le gouvernement de Pologne. Projet pour la Corse*. GF. Paris: Flammarion, 1990.
- Ryan, Mary P. *Women in Public. Between Banners and Ballots, 1825-1880*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1992.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Constituciones iberoamericanas. Argentina*. Constituciones iberoamericanas. México (DF): Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Salgado, Juan Manuel, et María Micaela Gomiz. *Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino*. 2^e éd. Neuquén: Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, 2010.
- Sarremejane, Philippe. *Éthique et sport*. Essais. Auxerre: Éditions Sciences humaines, 2016.
- Sartre, Jean-Paul. *Réflexions sur la question juive*. Folio essais. Paris: Gallimard, 2017.
- Schattschneider, Elmer. *The Semisovereign People. A Realist's View of Democracy in America*. Stamford: Cengage Learning, 1975.
- Schluchter, Wolfgang. *The rise of western rationalism. Max Weber's developmental history*. Traduit par Guenter Roth. Berkeley: University of California Press, 1981.
- Schmid, Alex P., et Albert J. Jongman. *Political terrorism. A research guide to concepts, theories, data bases, and literature*. Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1984.
- Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Traduit par Manuel Sanchez Sarto. 2^e éd. Semilla y surco. Madrid: Tecnos, 1998.
- . *Théorie de la constitution*. Traduit par Liliane Deroche. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- Schumpeter, Joseph A. *Capitalism, socialism & democracy*. London: Routledge, 2003.
- Schutz, Alfred, et Thomas Luckmann. *The structures of the life-world*. Traduit par Richard M. Zaner et H. Tristram Engelhardt. Londres: Heinemann, 1974.
- Searle, John R. *Expression and meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- . *Les actes de langage - Essai de philosophie du langage*. Traduit par Hélène Pauchard. Savoir. Paris: Hermann, 1972.
- Séglas, Jules. *Leçons cliniques sur les maladies mentales et nerveuses: (Salpêtrière 1887-1894), recueillies et publiées par le Dr Henry Meige*. Paris: Asselin et Houzeau, 1895.
- Sénèque. *De la colère: ravages et remèdes*. Traduit par Nicolas Waquet. Rivages poche. Petite bibliothèque. Paris: Payot & Rivages, 2014.

- Serres, Michel. *Le contrat naturel*. 2^e éd. Champs - essais. Paris: Flammarion, 2020.
- Sinay, Hélène, et Jean-Claude Javillier. *Droit du travail. La grève*. 2^e éd. Vol. 6. Paris: Dalloz, 1984.
- Singer, Marcus George. *Generalization in ethics: an essay in the logic of ethics, with the rudiments of a system of moral philosophy*. New York: Alfred A Knopf, 1961.
- Singer, Peter. *Democracy and disobedience*. Oxford: Clarendon press, 1973.
- Sintomer, Yves. *La démocratie impossible? Politique et modernité chez Weber et Habermas*. Armillaire. Paris: La Découverte, 1999.
- Souriau, Paul. *La beauté rationnelle*. Bibliothèque de philosophie contemporaine. Paris: Felix Alcan, 1904.
- Sousa Santos (de), Boaventura. *Crítica de la razón indolente : contra el desperdicio de la experiencia*. Palimpsesto 18. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003.
- . *Refundación del Estado en América Latina – Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- . *Reinventar la democracia - reinventar el Estado*. CLACSO. Buenos Aires: 2006, s. d.
- . *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. New York: Routledge, 1995.
- Spinoza, Baruch. *Éthique*. Les classiques de la philosophie. Paris: Éditions de l'éclat, 2005.
- . *Œuvres (III) - Tractatus theologico-politicus, Traité théologico-politique*. Traduit par Jacqueline Lagrée et Pierre-François Moreau. 2^e éd. Épiméthée - Essais philosophiques. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.
- Stone, Christopher D., et Catherine Larrère. *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider?* Traduit par Tristan Lefort-Martine. Boomerang. Paris: Le passager clandestin, 2017.
- Sunstein, Cass R. *The Second Bill of Rights. FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.
- Supiot, Alain. *Critique du droit du travail*. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.
- Tappolet, Christine. *Émotions et valeurs*. Philosophie morale. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.
- Taylor, Charles. *Philosophical papers - Human agency and language*. Vol. 1. 3 vol. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- . *Sources of the self. The making of the modern identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- Taylor, Paul W. *Normative discourse*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1961.
- Terré, Dominique. *Les questions morales du droit*. Éthique et philosophie morale. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.
- Teubner, Gunther. *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Traduit par Nathalie Boucquey et Gaby Maier. 2^e éd. La pensée juridique moderne. Paris: Bruylant - L.G.D.J, 1996.
- Thompson, Dennis F. *Restoring responsibility. Ethics in Government, Business, and Healthcare*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

- Tiercelin, Claudine. *C. S. Peirce et le pragmatisme*. 2^e éd. Paris: Collège de France, 2013.
- Tipsmark Bouchet, Anne. *La France de la Cinquième République*. Essais. Paris: Éditions Sciences Humaines, 2013.
- Tremblay, Manon. *Women and legislative representation. Electoral systems, political parties, and sex quotas*. New York: Palgrave MacMillan, 2008.
- Troper, Michel. *La philosophie du droit*. Que sais-je? Paris: Presses Universitaires de France, 2003.
- . *La théorie du droit, le droit, l'État*. Léviathan. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.
- . *Pour une théorie juridique de l'État*. Léviathan. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- Trotsky, Léon, et John Dewey. *Leur morale et la nôtre*. Paris: La Découverte, 2014.
- Tsebelis, George. *Nested games: rational choice in comparative politics*. Berkeley: University of California Press, 1990.
- Tugendhat, Ernst. *Problemas de la ética*. Traduit par Jorge Vigil. Barcelona: Editorial Crítica, 1988.
- Vandenberghe, Frédéric. *Une histoire critique de la sociologie allemande/2. Aliénation et réification*. Vol. 2. 2 vol. Bibliothèque du M.A.U.S.S. Paris: La Découverte, 1998.
- Varaut, Jean-Marc. *Le droit au juge*. Parti pris. Paris: Quai Voltaire, 1991.
- Villey, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.
- Von Bogdandy, Armin. *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication*. OUP Oxford. International Courts and Tribunals Series. Oxford, 2016.
- Watzlawick, Paul, Janet H. Beavin, et Don D. Jackson. *Une logique de la communication*. Traduit par Janine Morche. Points. Paris: Seuil, 1972.
- Weber, Max. *Économie et société/1 - Les catégories de la sociologie*. Traduit par Jacques Chavy et Éric De Dampierre. 2^e éd. Vol. 1. 2 vol. Agora. Paris: Plon, 1995.
- . *Économie et société/2 - L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*. Traduit par Jacques Chavy et Éric De Dampierre. Vol. 2. 2 vol. Agora. Paris: Plon, 1995.
- . *El sabio y la política*. Traduit par Delia García Giordano. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2008.
- . *Essais de sociologie des religions*. Traduit par Jean-Pierre Grossein. Vol. 1. 2 vol. L'ordre des choses. Paris: A Die, 1992.
- . *Essais sur la théorie de la science*. Traduit par Julien Freund. Recherches en sciences humaines 19. Paris: Plon, 1965.
- . *L'éthique protestante ou l'esprit du capitalisme*. 2^e éd. Agora. Paris: Plon, 1994.
- . *Sociologie des religions*. Traduit par Jean-Pierre Grossein. 2^e éd. Tel. Paris: Gallimard, 2006.
- . *Sociologie du droit*. Traduit par Jacques Grosclaude. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

- Weil, Eric. *Logique de la philosophie*. 2^e éd. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1967.
- Wellmer, Albrecht. *Ethik und dialogue. Elemente des moralischen urteils bei Kant in der diskursethik*. Francfort-sur-le-Main: Suhrkamp, 1999.
- Welp, Yanina. *La participación ciudadana en la encrucijada: Los mecanismos de democracia directa en Ecuador, Perú y Argentina*. C2D Working Papers Series 27. Zurich: Centre for Research on Direct Democracy, 2008.
- Williams, Bernard. *Ethics and the limits of philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- . *Ethics and the limits of Philosophy*. 3^e éd. Abingdon: Routledge, 2006.
- . *La ética y los límites de la filosofía*. Pensamiento filosófico. Caracas: Monte Ávila Editores, 1991.
- . *L'éthique ou les limites de la philosophie*. Traduit par Marie-Anne Lescouret. NRF Essais. Paris: Gallimard, 1990.
- Willke, Hedmunt. *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*. Francfort-sur-le-Main: Suhrkamp, 1992.
- Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Traduit par Gilles-Gaston Granger. Bibliothèque de Philosophie. Paris: Gallimard, 1993.
- Young, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. Oxford Political Theory. New York: Oxford University Press, 2000.
- . *Intersecting Voices - Dilemmas of gender, political philosophy, and policy*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- . *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- Zaccai-Reyners, Nathalie. *Le monde de la vie/3. Après le tournant sémiotique*. Vol. 3. 3 vol. Humanités. Paris: Cerf, 1996.
- Zuber, Valentine. *La laïcité en débat. Au-delà des idées reçues*. Idées reçues. Paris: Le Cavalier bleu, 2017.

CHAPITRES D'OUVRAGES

- Aldao, Martín, et Laura Clérico. « La igualdad en el constitucionalismo social: el proyecto constitucional de 1949 ». In *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949*, par Mauro Benente, 179-206. Pensamiento Nacional. Buenos Aires: Edunpaz, 2019.
- Alvarez, Alejandro E., Eduardo A. Bertoni, et Miguel Boo. « Droit argentin ». In *Juridictions nationales et crimes internationaux*, par Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, 299-331. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- Alviar, Helena, Loïc Azoulay, Régis Bismuth, Vincent Forray, Horacia Muir Watt, Jeremy Perelman, Sébastien Pimont, Julie Saada, et Dina Waked. « Ce que la Covid-19 révèle du rapport entre le monde et le droit ». In *Le monde d'aujourd'hui*, par Marc Lazar, Guillaume Plantin, et Xavier Ragot, 169-89. Paris: Presses de Sciences Po, 2020.

- Aragoneses, Alfons. « Crisis del derecho privado y legislación especial en Francia y en Argentina ». In *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, par María Rosario Polotto, Thorsten Keiser, et Thomas Duve, 119-51. Global Perspectives on Legal History. Francfort-sur-le-Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2015.
- Arnaud, Charlotte. « I- Premier bilan sur l'efficacité des articles 50-1 et 35 de la Constitution ». In *Pouvoir exécutif et Parlement: de nouveaux équilibres? L'impact de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur le rééquilibrage des institutions. Journées d'études décentralisées, organisées dans le cadre de l'AFDC le 13 décembre 2010 à l'Université de Perpignan et le 16 décembre 2010 à l'Université Paul-Cézanne*, par Xavier Magnon, Richard Ghevontian, et Marthe Stéfanini, 161-76. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.
- Ayala, Javier M. « La Reforma Constitucional de 1994 ». In *Las reformas de la Constitución argentina*, par Alejandro L César Santa, 57-74. Boletín de la BCN 132. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2020.
- Baubérot, Jean. « Laïcité et République, une tension féconde ». In *Tous républicains ! Origine et modernité des valeurs républicaines*, par Robert Belot, 165-74. Recherches. Paris: Armand Colin, 2011.
- Beaud, Olivier. « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant ». In *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République/1*, par Carlos Miguel Herrera, 147-92. Philosophie politique. Paris: Kimé, 2003.
- Benhabib, Seyla. « Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas ». In *Habermas and the Public Sphere*, par Craig Calhoun, 73-98, 4^e éd. Cambridge: MIT Press, 1996.
- Benillouche, Mickaël. « Droit français ». In *Juridictions nationales et crimes internationaux*, par Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, 680. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- Blatrix, Cécile. « Genèse et consolidation d'une institution: le débat public en France ». In *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*, par Cécile Blatrix, Loïc Blondiaux, Jean-Michel Fourniau, Rémi Lefevre, et Martine Revel, 43-56. Recherches. Paris: La Découverte, 2007.
- Boudon, Raymond. « La rationalité axiologique ». In *La rationalité des valeurs*, par Sylvie Mesure, 340. Sociologies. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- Bourg, Dominique. « Postface : modernité et nature ». In *Les sentiments de la nature*, par Dominique Bourg, 227-46. Cahiers libres. Paris: La Découverte, 1993.
- Brimo, Sarah. « La sanction de la carence administrative par la responsabilité ». In *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, par Sarah Brimo et Christine Pauti, 193-210. Paris: Mare et martin, 2019.
- Brunet, Pierre. « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle ». In *La notion de « justice constitutionnelle »*, par Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Patrick Wachsmann, et Éric Maulin, 115-36. Thèmes et commentaires. Paris: Dalloz, 2005.
- Calhoun, Craig. « Introduction: Habermas and the Public Sphere ». In *Habermas and the Public Sphere*, par Craig Calhoun, 1-48, 4^e éd. Cambridge: MIT Press, 1996.

- Capitant, René. « Régimes parlementaires ». In *Mélanges René Carré de Malberg*, 2^e éd., 33-57. Paris: Édouard Duchemin, 1977.
- Cassagne, Juan Carlos. « El acceso a la justicia administrativa ». In *Seminario Internacional de Derecho Administrativo: « Aportes para el rediseño institucional de la República », realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 29, 30 y 31 de marzo de 2004*, par María Cecilia Gómez Masía, 1-34. Buenos Aires: La ley, 2004.
- Champaud, Claude. « Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire ». In *Mélange en l'honneur de Henry Blaise*, par Danielle Corrigan-Carsin, Georges Fournier, Louis Lorvellec, et Reynald Ottenhof, 59-79. Travaux et Recherches de l'Université de Rennes I. Paris: Economica, 1995.
- Chenoufi, Ridha. « Le rapport aux valeurs et la controverse autour du concept de droit ». In *La rationalité des valeurs*, par Sylvie Mesure, 183-94. Sociologies. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- Chevallier, Jacques. « État des droits versus État de droit ? ». In *L'État des droits. Politique des droits et pratiques des institutions*, par Pierre-Yves Baudot et Anne Revillard, 245-55. Académique. Paris: Presses de Sciences Po, 2015.
- . « Pour une sociologie du droit constitutionnel ». In *L'architecture du droit: Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, par Denys Béchillon (de), Véronique Champeil-Desplats, Éric Millard, et Pierre Brunet, 281-97. Droit. Paris: Economica, 2006.
- Christiano, Thomas. « Deliberation among experts and citizens ». In *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at the Large Scale*, par John Parkinson et Jane Mansbridge, 27-51. Theories of institutional design. New York: Cambridge University Press, 2012.
- Colliard, Jean-Claude. « Les registres annexes de la Constitution ». In *Les cinquante ans de la Constitution 1958-2008*, par Dominique Chagnollaude, 125-34. Carré droit. Paris: LexisNexis, 2008.
- Cometti, Jean-Pierre. « Jürgen Habermas et le pragmatisme ». In *Habermas. L'usage public de la raison*, par Rainer Rochlitz, 67-94. Débats philosophiques. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- Conac, Gérard. « Pour une théorie du présidentielisme. Quelques réflexions sur les présidentielismes latino-américains ». In *Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le pouvoir.*, 115-48. Paris: L.G.D.J, 1977.
- Cronin, Ciaran, et Pablo De Greiff. « Editors' Introduction ». In *The inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, par Jürgen Habermas, vii-xxxii. traduit par Ciaran Cronin. Cambridge: MIT Press, 1998.
- De Galembert, Claire. « La fabrique du droit entre le juge administratif et le législateur. La carrière juridique du foulard islamique (1989-2004) ». In *La fonction politique de la justice*, par Jacques Commaille et Martine Kaluszynski, 95-118. Recherches/Territoires du politique. Paris: La Découverte, 2007.
- Delvolvé, Pierre. « La guerre comme situation d'exception ». In *Guerre et Droit*, par Jean Baechler et Pierre Delvolvé, 201-18. L'Homme et la Guerre. Paris: Hermann, 2017.
- Dewey, John, et Arthur F. Bentley. « Knowing and the known ». In *The later works, 1925-1953*, par Jo Ann Bodyston, 1-294. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1991.

- Duhamel, Alain. « Le général de Gaulle et l'opinion ». In *Opinion publique et crise de la démocratie*, par François D'Orcival, 111-26. Paris: Presses Universitaires de France, 2019.
- Dworkin, Ronald. « Liberalism ». In *Public and Private Morality*, par Stuart Hampshire, 113-43. New York: Cambridge University Press, 1978.
- Eley, Geoff. « Nations, Publics, and Political Cultures: Placing Habermas in the Nineteenth Century ». In *Habermas and the Public Sphere*, par Craig Calhoun, 289-239, 4^e éd. Cambridge: MIT Press, 1996.
- Faccendini, Aníbal. « El ambiente: distintas concepciones. Evolución hacia la totalidad ambiental ». In *La nueva humanización del agua: Una lectura desde el ambientalismo inclusivo*, par Aníbal Faccendini, Ricardo Petrella, et Leonardo Boff, 31-62. Buenos Aires: CLACSO, 2019.
- Farías-Maffet, Gloria. « Peuples indigènes et élargissement de la citoyenneté: vers une Argentine « multiculturaliste » ». In *Citoyenneté et diversité*, par James Cohen et Martine Spensky, 259-82. Politiques et identités. Clermond-Ferrand: Presses Universitaires Blaise Pascal, 2009.
- Farjat, Gérard. « Réflexions sur les codes de conduite privés ». In *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, 47-66. Droit. Paris: Litec, 1987.
- Fassin, Didier. « Les pratiques de soi. Michel Foucault ». In *La question morale*, par Samuel Lézy et Didier Fassin, 65-73. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.
- Ferrarese, Estelle. « Les renversements du concept de compromis. Des ambiguïtés de l'intérêt particulier dans la théorie de Jürgen Habermas ». In *Où en est la théorie critique ?*, par Emmanuel Renault et Yves Sintomer, 153-66. Recherches. Paris: La Découverte, 2003.
- Fezas, Jean. « Le serment, lien social et lien politique ». In *Le Serment/1. Signes et fonctions*, par Raymond Verdier, 223-35. Paris: CNRS, 1992.
- Fiss, Owen M. « El grado adecuado de independencia ». In *Independencia judicial en América latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, par Germán Burgos Silva, 45-64. traduit par Rodrigo Correa. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2003.
- Foucart, Jean. « La transaction sociale et le pragmatisme ». In *La transaction sociale*, par Jean Rémy, 411-33. Sociétés urbaines et rurales. Toulouse: ÉRÈS, 2020.
- Fraser, Nancy. « The Theory of the Public Sphere. The Structural Transformation of the Public Sphere ». In *The Habermas Handbook*, par Hauke Brunkhorst, Regina Kreide, et Cristina Lafont, 245-55. New Directions in Critical Theory. New York: Columbia University Press, 2018.
- Fridenson, Patrick. « Les gauches et l'économie ». In *Histoire des gauches en France/2*, par Jean-Jacques Becker et Gilles Candar, 585-99. Sciences humaines et sociales. Paris: La Découverte, 2005.
- García Lema, Alberto Manuel. « Una reforma consensuada progresivamente. Un testimonio personal a los 25 años de la reforma constitucional ». In *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, par María Angélica Gelli, 464. Buenos Aires: La Ley, 2019.
- García Lema, Alberto Manuel, et Enrique Paixáo. « Les réformes del sistema institucional. El Núcleo de Coincidencias Básicas ». In *La reforma de la constitución explicada por*

- miembros de la Comisión de Redacción*, par Horacio Rosatti, 283-460. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni editores, 1994.
- Gargarella, Roberto. « Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina ». In *El derecho en América Latina - Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, par César Rodríguez Garavito, 87-108. Derecho y política. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011.
- Gaté, Juliette. « Nudité ». In *Encyclopédie critique du genre*, par Juliette Rennes, 409-17. Paris: La Découverte, 2016.
- Gert, Bernard. « Le droit de nature ». In *Le Pouvoir et le Droit. Hobbes et les fondements de la Loi. Actes du colloque tenu à l'Université Jean Moulin Lyon III, les 17, 18 et 19 mars 1989 pour le quatrième centenaire de la naissance de Hobbes*, par Louis Roux et François Tricaud, 27-48. Saint-Étienne: Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1992.
- Gicquel, Jean. « L'analyse littérale du discours ». In *Le discours de Bayeux, hier et aujourd'hui. Colloque de Bayeux, 15 juin 1990*, par Françoise DECAUMONT, 37-46. Bayeux: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990.
- Gicquel, Jean-Éric. « Un nouveau venu sur la scène parlementaire : le groupe minoritaire ». In *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry ROUSSILLON/1*, par Xavier Bioy, Pierre Esplugas, Stéphane Mouton, et Frédérique Rueda, 381-406. Toulouse: Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014.
- Gohin, Olivier. « Pouvoir législatif et collectivités locales ». In *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, par Jacques Petit, 177-93. Paris: Economica, 2003.
- Goldfarb, Miguel A., Ivan Ríos Benítez, et Marcos W Medina. « Problemática Ambiental, Desarrollo Sustentable y Energías Renovables: Nuevos paradigmas, regulación y fomento en Argentina ». In *XIV Congreso Nacional de Derecho Político. Derecho y política en la Democracia. Tensiones y Debates*, par Héctor Zimmerman, Alvaro Monzón Wyngaard, et Agustín Carlevaro, 82-91. Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste, 2018.
- Griffin, James. « Méta-Éthique et éthique normative ». In *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, par Monique Canto Sperber, 960-65, 1^{re} éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- Grosman, Lucas Sebastián. « La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución ». In *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, par Roberto Gargarella et Marcelo Alegre, 209-36, 2^e éd. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- Günther, Klaus. « Universalistische Normbegründung und Normanwendung ». In *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken. Vorträge der ersten gesamtdeutschen Tagung der deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, Saarbrücken 10.-12. Oktober 1990*, par Maximilian Herberger, Helmut Rüssmann, et Ulfrid Neumann, 36-76. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992.
- Habermas, Jürgen. « Three Normative Models of Democracy ». In *The inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, par Jürgen Habermas, 239-52. traduit par Ciaran Cronin. Cambridge: MIT Press, 1998.

- Halioua, Bruno. « Du procès au Code de Nuremberg : principes de l'éthique biomédicale ». In *Traité de bioéthique. I- Fondements, principes, repères.*, par Emmanuel Hirsch, 233-48. Espace éthique. Toulouse: ÉRÈS, 2010.
- Hébraud, Pierre. « Le juge et la jurisprudence ». In *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, par Roger Pallard, 329-72. Toulouse: Université des sciences sociales de Toulouse, 1974.
- Herrera, Carlos Miguel. « Chapitre II. Analyse juridique de l'État social ». In *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, par Rafael Encinas de Munagorri, Stéphanie Hennette-Vauchez, Carlos Miguel Herrera, et Olivier Leclerc, 59-84. Nomos & Normes. Paris: Kimé, 2016.
- . « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine ». In *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, par Carlos Miguel Herrera, 83-114. Nomos & Normes. Paris: Kimé, 2015.
- Holmes, Stephen. « Precommitment and the paradox of democracy ». In *Constitutionalism and democracy - Studies in rationality and social change*, par Jon Elster, 195-240. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Hudon, Raymond. « Les groupes d'intérêt ». In *Le système politique américain*, par Edmond Orban et Michel Fortmann, 448, 2^e éd. Paramètres. Québec: Les presses de l'Université de Montréal, 2001.
- Hummel, Jacky. « Histoire et temporalité constitutionnelles - Hauriou et l'écriture de l'histoire constitutionnelle ». In *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, par Carlos Miguel Herrera, 141-72. Nomos & Normes. Paris: Kimé, 2012.
- Hutier, Sophie. « Les commissions parlementaires dans la procédure législative: un retour en arrière mesuré ». In *Pouvoir exécutif et Parlement: de nouveaux équilibres? L'impact de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur le rééquilibrage des institutions. Journées d'études décentralisées, organisées dans le cadre de l'AFDC le 13 décembre 2010 à l'Université de Perpignan et le 16 décembre 2010 à l'Université Paul-Cézanne*, par Xavier Magnon, Richard Ghevontian, et Marthe Stéfanini, 365-88. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.
- Jakobson, Roman. « Structures linguistiques subliminales en poésie ». In *Questions de poétique*, par Roman Jakobson, 280-92. traduit par Nicolas Ruwet, 2^e éd. Poétique. Paris: Seuil, 1973.
- Jan, Pascal. « Une réforme dangereuse ». In *La révision de 2008, une nouvelle Constitution?*, par Jean-Pierre Camby, Patrick Fraisseix, et Jean Gicquel, 281-86. Paris: L.G.D.J - Lextenso, 2011.
- Jezieniecki, María Cecilia. « Propiedad comunitaria indígena: una mirada desde la legislación comparada ». In *Propiedad comunitaria indígena*, par Fernando Kosovsky et Sonia Liliana Ivanoff, 139-56. Comodoro Rivadavia: Universidad de la Patagonia, 2015.
- Kant, Emmanuel. « Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée? » In *Œuvres complètes*, traduit par Joseph Tissot, 1939-54. Paris: Arvensa, 2020.
- Kohlberg, Lawrence. « Stades de la moralité et moralisation. L'approche cognitive-développementale ». In *Psychologie du développement moral. Textes fondamentaux et concepts*, par Laurent Bègue, Laurent Bachler, Catherine Blatier, et Nathalie Przygodzki-Lionet, 129-70. Psycho Sup. Paris: Dunod, 2013.

- Koubi, Geneviève. « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? » In *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, par Geneviève Koubi et Gilles J. Guglielmi, 69-89. Recherches. Paris: La Découverte, 2000.
- Ladrière, Paul. « Espace public et démocratie. Weber, Arendt, Habermas ». In *Pouvoir et légitimité. Figures de l'espace public*, par Alain Cottureau et Paul Ladrière, 19-43. Raisons pratiques. Épistémologie, sociologie, théorie sociale 3. Paris: Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1992.
- Lafont, Cristina. « Pluralism and Universalism in Discourse Ethics ». In *A Matter of Discourse. Community and Communication in Contemporary Philosophy*, par Amós Nascimento, 55-78. Aldershot: Ashgate, 1998.
- Lascoumes, Pierre. « Les politiques environnementales ». In *Politiques publiques/1. La France dans la gouvernance européenne*, par Olivier Borraz et Virginie Guiraudon, 29-67. Académique. Paris: Sciences Po, Les Presses, 2008.
- Lavau, Georges. « Le juge et le pouvoir politique ». In *La Justice*, par Roger Aubenas et Suzanne Bastid, 59-92. Paris: Presses Universitaires de France, 1961.
- Le Divellec, Armel. « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse ». In *La controverse sur « le gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt. Der Weimarer Streit um den Hüter der Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit. Kelsen gegen Schmitt.*, par Olivier Beaud et Pasquale Pasquino, 33-79. Colloques. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2007.
- Lechaux, Bleuwenn. « La mobilisation des intermittents du spectacle ». In *Émotions... Mobilisation !*, par Christophe Traïni, 302. Paris: Sciences Po, Les Presses, 2009.
- Linz, Juan J. « Democracy : Presidential or Parliamentary, Does it Make a Difference? » In *The Role of Political Parties in the Return to Democracy in the Southern Cone, conference sponsored by the Latin American Program of the Woodrow Wilson International Center for Scholars, and the Wood Peace Foundation*, par Felipe Agüero, Charlie Gillespie, et Timothy Scully, 1-19. Working papers 171. Washington, D.C.: Latin American Program, Wilson Center, 1986.
- Lochak, Danièle. « Faire bouger les frontières de la citoyenneté : un combat voué à l'échec ? » In *Les défis de la République. Genre, territoires, citoyenneté*, par Bruno Perreau et Joan W Scott, 218. Académique. Paris: Presses de Sciences Po, 2017.
- . « For intérieur et liberté de conscience ». In *Le for intérieur. Colloque à la direction régionale des affaires culturelles de Picardie, Amiens, les 13 et 14 octobre 1994*, par Paul-Laurent Assoun et Eugène Enriquez, 180-205. Amiens: Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, 1995.
- . « Le droit, discours de pouvoir ». In *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, par Gérard Conac, Jacques Vaudiaux, et Maisl Herbert, 429-44. Politique comparée. Paris: Economica, 1982.
- . « Quelle légitimité pour le juge administratif ? » In *Droit et politique*, par Jacques Chevallier, 141-51. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- Luhmann, Niklas. « The Self-reproduction of Law and its Limits ». In *Dilemmas of Law in the Welfare State*, par Gunther Teubner, 111-27. Berlin: Wakter de Gruyter & Co., 1988.

- Marcant, Olivier, et Kevin Lamare. « Espaces publics et co-construction de l'intérêt général : apprentissages croisés des acteurs ». In *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*, par Cécile Blatrix, Loïc Blondiaux, Jean-Michel Fourniau, Bertrand Heriard Dubreuil, Rémi Lefevre, et Martine Revel, 227-38. Recherches. Paris: La Découverte, 2007.
- Mecle Armiñana, Elina S. « Los derechos sociales en la Constitución argentina y su vinculación con la política y las políticas sociales ». In *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas sociales en América Latina*, par Alicia Ziccardi, 37-64. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001.
- Mialot, Camille, et Paul Dima Ehongo. « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables ». In *Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, par Mireille Delmas-Marty, 25-36. Les voies du droit. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- Miller, Seumas. « Corruption ». In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, par Edward Zalta et Uri Nodelman. Standford: Metaphysics Research Lab, 2011.
- Mira, José María. « El Defensor del Pueblo en Argentina ». In *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo. Actas del I Congreso internacional del PRADPI*, par Guillermo Escobar Roca, 1049-54. Madrid: Dykinson, 2013.
- Morán Faúndes, José M., María E. Monte, Laura J. Sánchez, et Raquel I. Drovetta. « La inevitable maternidad. Actores y argumentos conservadores en casos de aborto no punible en la Argentina ». In *Actores y discursos conservadores en los debates contemporáneos sobre sexualidad y reproducción*, par María A. Peñas Defago et Juan M. Vaggione, 127-56. Religión, Género y Sexualidad. Córdoba: Católicas por el Derecho a Decidir Argentina, 2011.
- Morinière, Lucas. « Éco-centrisme ou anthropocentrisme en droit public de l'environnement, une controverse doctrinale ». In *L'opposition doctrinale*, par Lauren Bakir et Charles-Edouard Aubert, 143-56. Droit & Science politique. Paris: Mare et martin, 2019.
- Nanz, Patrizia. « Public Sphere ». In *The Habermas Handbook*, par Hauke Brunkhorst, Regina Kreide, et Cristina Lafont, 605-9. New Directions in Critical Theory. New York: Columbia University Press, 2018.
- Negretto, Gabriel. « Constituent Assemblies in Democratic Regimes. The Problem of a Legally Limited Convention ». In *Constituent Assemblies*, par Jon Elster, Roberto Gargarella, Vatsal Naresh, et Bjorn E. Rasch, 31-56. Comparative Constitutional Law and Policy. New York: Cambridge University Press, 2018.
- Nouët, Clotilde. « L'espace public et la démocratie réelle ». In *Dialogues avec Jürgen Habermas*, par Jean-François Kervégan et Isabelle Aubert, 163-76. Paris: CNRS, 2018.
- Nye, Joseph S. « Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis ». In *Political Corruption: A Handbook*, par Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, et Victor T. Levine, 963-83, 4^e éd. Londres: Transaction Publishers, 1997.
- Pactet, Pierre. « La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 sur la Nouvelle-Calédonie ». In *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, par Patrick Fraisseix, 199-204. Paris: Montchrestien, 1999.
- Patzig, Günther. « Ökologische Ethik – innerhalb der Grenzen bloßer Vernunft ». In *Umweltschutz : Herausforderung unserer Generation*, par Hans J. Elster, 63-81. Mayence: v. Hase u. Koehler, 1984.

- Peirce, Charles S. « How to Make Our Ideas Clear (1878) ». In *The essential Peirce. Selected Philosophical Writings. Volume 1 (1867-1893)*, par Nathan Houser et Christian Kloesel, 124-41. Bloomington: Indiana University Press, 1992.
- Pérez Guilhou, Dardo. « Ética Pública. Según el artículo 36 de la Constitución nacional, texto de 1994 ». In *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 24:265-303. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1995.
- Peters, Bernhard. « Public discourse, identity and the problem of democratic legitimacy ». In *Making the European Polity. Reflexive integration in the EU*, par Erik O. Eriksen, 84-123. Routledge Studies on Democratizing Europe. Abigdon: Routledge, 2005.
- Peters, Bernhard, Stefanie Sifft, Stefanie Wimmel, Michael Brüggemann, et Katharina Kleinen-Von Königslöw. « National and transnational public spheres: the case of the EU ». In *Transformations of the State ?*, par Stephan Leibfried et Michael Zürn, 139-60. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Pizzorno, Alessandro. « Sur la rationalité des choix démocratiques ». In *Sur l'individualisme. Théories et méthodes*, par Pierre Birnbaum et Jean Leca, 380. Références. Paris: Presses de Sciences Po, 1991.
- Poirmeur, Yves. « La réception du préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine. La construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs ». In *Le préambule de la Constitution de 1946: antinomies juridiques et contradictions politiques*, par Geneviève Koubi, 99-127. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- . « Le double jeu de la notion d'égalité des chances ». In *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, par Geneviève Koubi et Gilles J. Guglielmi, 91-114. Recherches. Paris: La Découverte, 2000.
- Preuss, Ulrich. « Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates ». In *Sicherheit und Freiheit: zur Ethik des Wohlfahrtsstaates*, par Cristoph Sachsse et H. Tristram Engelhardt, 106-32. Francfort-sur-le-Main: Suhrkamp, 1990.
- Prieur, Michel. « La constitutionnalisation du droit de l'environnement ». In *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, par Bertrand Mathieu, 489-504. Paris: Dalloz, 2008.
- Riesman, David, et Nathan Glazer. « Criteria for Political Apathy ». In *Studies in leadership : leadership and democratic action*, par Alvin W. Gouldner, 505-59. New York: Russel & Russel, 1965.
- Rigaux, François. « Le juge, ministre du sens ». In *Justice et Argumentation. Essais à la mémoire de Chaim Perelman*, par Guy Haarscher et Léon Ingberg, 79-95. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1986.
- Rivero, Jean. « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français ». In *Travaux de l'Association Henri Capitant et des amis de la culture juridique française (1961-1962)*, par Association Henri Capitant, 343-60. Paris: Dalloz, 1965.
- Roblot-Troizier, Agnès. « La place des lois organiques dans la hiérarchie des normes ». In *Les lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle. Journée d'étude organisée par le Centre de recherche en droit constitutionnel (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) le jeudi 2 avril 2009 à l'Assemblée nationale*, par Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, 21-38. Cahiers constitutionnels de Paris 1. Paris: Dalloz, 2009.

- Rochlitz, Rainer. « Philosophie politique et sociologie chez Habermas ». In *Habermas. L'usage public de la raison*, par Rainer Rochlitz, 161-97. Débats philosophiques. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- Rorty, Richard. « Les assertions expriment-elles des prétentions à une validité universelle? » In *La modernité en questions. De Richard Rorty à Jürgen Habermas. Actes de la décade de Cerisy-la-Salle, 2-11 juillet 1993.*, par Françoise Gaillard, Jacques Poulain, et Richard Schusterman, 73-90. Passages. Paris: Cerf, 1998.
- . « Y a-t-il un universel démocratique ? Priorité de la démocratie sur la philosophie ». In *L'interrogation démocratique*, par Christian Descamps, 157-87. Espace international. Philosophie. Paris: Éditions du Centre Pompidou, 1987.
- Rosental, Paul-André. « Les trente premiers jours. Leçons comparatives de la lutte contre la pandémie de coronavirus ». In *Le monde d'aujourd'hui. Les sciences sociales au temps de la Covid*, par Marc Lazar, Guillaume Plantin, et Xavier Ragot, 21-44. Paris: Presses de Sciences Po, 2020.
- Rousseau, Dominique. « La légitimité du juge en question : l'affaire d'Outreau ». In *L'office du juge*, par Gilles Darcy, Véronique Labrot, et Mathieu Doat, 440-46. Les colloques du Sénat. Paris: Sénat, 2006.
- . « Quand réviser ? Le moment politique de la révision ». In *Révision de la Constitution : mode d'emploi. Onzième printemps du droit constitutionnel*, par Julie Benneti, Bertrand Mathieu, et Michel Verpeaux, 3-6. Cahiers constitutionnels de Paris 1. Paris: Dalloz, 2017.
- Roux, André. « Le découpage des circonscriptions électorales en droit comparé ». In *Mélanges offerts au Doyen Charles Cadoux*, 305-17. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.
- Ryder, Roberto. « Grupos de presión y concentración mediática. El caso de Grupo Clarín en Argentina ». In *Concentración económica y poder político en América Latina*, par Liisa North, Blanca Rubio, Alberto Acosta, et Carlos Pástor, 463-82. Buenos Aires: CLACSO, 2020.
- Sabsay, Daniel A. « El federalismo argentino. Reflexiones luego de la reforma constitucional ». In *Ciencias Sociales: Presencia y Continuidades*, par Juan Carlos Agulla, 425-38. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias. Instituto de Derecho Público, Ciencia Política y Sociología, 1999.
- . « La participación ciudadana en la toma de decisiones en el derecho público argentino ». In *Democracia directa en Latinoamérica*, par Alicia Lissidini, Yanina Welp, et Daniel Zovatto, 191-204. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.
- Sagüés, Néstor Pedro. « Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución ». In *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, par Jan Woischnik, 51-60, 7^e éd. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2001.
- Santiago, Alfonso. « Los modelos institucionales de Corte Suprema ». In *Función política de la Corte Suprema. Obra en homenaje al Dr. Julio Oyhanarte*, par Alfonso Santiago et Fernando Álvarez, 33-78. Buenos Aires: Ábaco austral, 2000.
- Seurin, Jean-Louis. « Un schéma pour l'analyse comparative des Gouvernements. Une interprétation conflictuelle de l'analyse systémique ». In *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, par Dominique Colas et Claude Émeri, 701-39. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

- Sève, Bernard. « Kant (1724-1804) : le bonheur et la religion dans les limites de la morale ». In *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, par Alain Caillé, Christian Lazzeri, et Michel Senellart, 483-93. Paris: La Découverte, 2001.
- Smola, Julia. « Paroles sur la place publique: actions, discours et espace public dans la post-dictature argentine ». In *La diagonale des conflits. Expériences de la démocratie en Argentine et en France*, par Denis Merklen et Étienne Tassin, 75-88. traduit par Pauline Beunardeau. Travaux et mémoires 89. Paris: Éditions de l'IHEAL, 2018.
- Smulovitz, Catalina. « El Poder Judicial en la Nueva Democracia Argentina. El Trabajoso Parto de un Actor ». In *Instituciones y reforma política*, par Catalina Smulovitz, Mario D. Serraféro, et Ariel Colombo, 85-106. Agora. Cuadernos de estudios políticos 2. Buenos Aires: Grupo Universitario Estudios Políticos, 1995.
- Teubner, Gunther. « After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-regulatory Law ». In *Dilemmas of Law in the Welfare State*, par Gunther Teubner, 299-325. Berlin: Wakter de Gruyter & Co., 1988.
- Troper, Michel. « Démocratie continue et justice constitutionnelle ». In *La démocratie continue. Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCOP avec le parrainage de l'Association française de Science politique, 2-4 avril 1992*, par Dominique Rousseau, 125-36. Paris: L.G.D.J - Bruylant, 1995.
- . « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 ». In *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, par Conseil constitutionnel, 13-24. Recherches politiques. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.
- Troper, Michel, et Véronique Champeil-Desplats. « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques ». In *Théorie des contraintes juridiques*, par Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, et Christophe Grzegorzczak, 11-23. La pensée juridique. Paris: Bruylant - L.G.D.J, 2005.
- Tusseau, Guillaume. « Le présidentielisme de la cinquième République - La part de l'autosuggestion dans la culture constitutionnelle ». In *La Ve République démystifiée*, par Olivier Duhamel, Martial Foucault, Mathieu Fulla, et Marc Lazar, 27-35. Paris: Presses de Sciences Po, 2019.
- Venezia, Jean-Claude. « Les mesures d'application ». In *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, par Marceau Long, Georges Durry, Jean Rivero, et Georges Vedel, 673-79. Anthologie du Droit. Paris: L.G.D.J - Lextenso, 2014.
- Viktorovitch, Clément. « Saisir et définir la délibération par l'argumentation: l'exemple des débats parlementaires français ». In *Le tournant délibératif de la démocratie*, par Loïc Blondiaux et Bernard Manin, 225-52. Académique. Paris: Presses de Sciences Po, 2021.
- Vita, Leticia. « El pueblo a la Constitución. La Reforma Constitucional de 1949 a la luz de las peticiones a la Asamblea Constituyente ». In *Las reformas de la Constitución argentina*, par Alejandro L César Santa, 9-22. Boletín de la BCN 132. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2020.
- . « La reforma negada: la interpretación de la doctrina constitucional argentina contemporánea sobre la Constitución de 1949 ». In *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949*, par Mauro Benente, 21-46. Pensamiento nacional. Buenos Aires: Edunpaz, 2019.

Winch, Peter. « Understanding a primitive society ». In *Rationality*, par Bryan R. Wilson, 275, 1^{re} éd. Key concepts in the social sciences. Oxford: Basil Blackwell, 1970.

Zonabend, Françoise. « Un débat en débat. À propos du débat public sur le projet de centrale électronucléaire « EPR, tête de série », à Flamanville (Manche) ». In *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*, par Cécile Blatrix, Loïc Blondiaux, Jean-Michel Fourniau, Bertrand Heriard Dubreuil, Rémi Lefevre, et Martine Revel, 134-41. Recherches. Paris: La Découverte, 2007.

RAPPORTS ET DOCUMENTS

PROJETS ET PROPOSITIONS DE LOIS

1. PROPOSITIONS DE LOIS

Propositions de lois constitutionnelles

Bergé, Aurore, et Marie-Pierre Rixain. « Proposition de loi constitutionnelle visant à garantir le droit à l'interruption volontaire de grossesse, présentée par Mesdames et Messieurs Aurore Bergé, Marie-Pierre Rixain et les membres du groupe Renaissance et apparentés, députés ». Proposition de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 13 octobre 2022.

Vogel, Mélanie et al. « Proposition de loi constitutionnelle visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception présentée par Mmes Mélanie Vogel, Laurence Rossignol, Eliane Assassi, Maryse Carrère, MM. Guillaume Gontard, Patrick Kanner, François Patriat, Maurice Antiste, Mme Cathy Apourceau-Poly, M. Stéphane Artano, Mme Viviane Artigalas, MM. David Assouline, Jérémy Bacchi, Christian Bilhac, Joël Bigot, Mme Florence Blatrix Contat, MM. Guy Benarroche, Eric Bocquet, Daniel Breuiller, Mme Nicole Bonnefoy, MM. Denis Bouad, Hussein Bourgi, Mmes Isabelle Briquet, Céline Brulin, MM. Bernard Buis, Henri Cabanel, Rémi Cardon, Mmes Marie-Arlette Carlotti, Samantha Cazebonne, M. Yan Chantrel, Mmes Catherine Conconne, Laurence Cohen, Hélène Conway-Mouret, MM. Jean-Pierre Corbisez, Thierry Cozic, Mme Cécile Cukierman, MM. Michel Dagbert, Ronan Dantec, Mme Monique De Marco, MM. Michel Dennemont, Gilbert-Luc Devinaz, Thomas Dossus, Jérôme Durain, Mme Nicole Duranton, M. Vincent Eblé, Mme Frédérique Espagnac, M. Rémi Féraud, Mme Corinne Féret, MM. Jacques Fernique, Jean-Luc Fichet, Mme Martine Filleul, MM. André Gattolin, Fabien Gay, Hervé Gillé, Eric Gold, Mme Michelle Gréaume, M. André Guiol, Mmes Laurence Harribey, Nadège Havet, Marie-Noëlle Lienemann, MM. Jean-Michel Houllegatte, Xavier Iacovelli, Olivier Jacquin, Mme Victoire Jasmin, MM. Eric Jeansannetas, Patrice Joly, Bernard

Jomier, Mme Gisèle Jourda, MM. Eric Kerrouche, Joël Labbé, Gérard Lahellec, Pierre Laurent, Mme Marie-Pierre De La Gontrie, M. Jean-Yves Leconte, Mme Annie Le Houerou, M. Jean-Jacques Lozach, Mme Monique Lubin, MM. Victorin Lurel, Jacques-Bernard Magner, Frédéric Marchand, Didier Marie, Mme Michelle Meunier, MM. Serge Mérimou, Jean-Jacques Michau, Mme Marie-Pierre Monier, MM. Franck Montaugé, Pierre Ouzoulias, Mme Guylène Pantel, MM. Paul Toussaint Parigi, Georges Patient, Sébastien Pla, Mmes Raymonde Poncet Monge, Emilienne Poumirol, Angèle Préville, MM. Didier Rambaud, Claude Raynal, Christian Redon-Sarrazy, Mme Sylvie Robert, MM. Gilbert Roger, Jean-Yves Roux, Daniel Salmon, Pascal Savoldelli, Lucien Stanzione, Mme Patricia Schillinger, Mm. Jean-Pierre Sueur, Rachid Temal, Dominique Théophile, Jean-Claude Tissot, Jean-Marc Todeschini, Mickaël Vallet, André Vallini, Mmes Sabine Van Heghe, Marie-Claude Varailles et M. Yannick Vaugrenard, Sénatrices et sénateurs. » Proposition de loi constitutionnelle. Paris: Sénat, 2022.

Proposition de loi ordinaire

Ruffin, François, Caroline Fiat, Bastien Lachaud, et Éric Coquerel. « Proposition de loi - Un “capital décès” pour les enfants: que la misère ne s’ajoute pas à la douleur ». Proposition de loi. Paris: Assemblée nationale, 2019.

2. PROJETS DE LOI

Projets de lois constitutionnelles

Balladur, Édouard, et Pierre Méhaignerie. « Projet de loi constitutionnelle relatif aux accords internationaux en matière de droit d’asile présenté au nom de M. François Mitterrand, Président de la République, par M. Édouard Balladur, Premier ministre, et par M. Pierre Méhaignerie, ministre d’État, garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 1993.

Chirac, Jacques, et Jean Lecanuet. « Projet de loi constitutionnelle portant révision de l’article 61 de la Constitution, présenté au nom de M. Valéry Giscard d’Estaing, Président de la République, par M. Jacques Chirac, Premier ministre, et par M. Jean Lecanuet, garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 1974.

Fillon, François, et Rachida Dati. « Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, présenté au nom de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, par M. François Fillon, Premier ministre, et par Mme. Rachida Dati, la garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 2008.

Fillon, François, et Rachida Dati. « Projet de loi constitutionnel modifiant le titre XV de la Constitution, présenté au nom de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, par M. François Fillon, Premier ministre, et par Mme Rachida Dati, garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 15 janvier 2008.

Jospin, Lionel, et Élisabeth Guigou. « Projet de loi constitutionnelle insérant au titre VI de la Constitution un article 53-2 et relatif à la Cour pénale internationale, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Lionel Jospin, Premier ministre, et par Mme. Élisabeth Guigou, garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 1999.

———. « Projet de loi constitutionnelle relatif à la Nouvelle Calédonie, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Lionel Jospin, Premier ministre, et par Mme. Élisabeth Guigou, Garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 1998.

———. « Projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Lionel Jospin, Premier ministre, et par Mme. Élisabeth Guigou, garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 1998.

Raffarin, Jean-Pierre, et Dominique Perben. « Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, et par M. Dominique Perben, garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 2003.

———. « Projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, présenté au nom de M. Jacques Chirac, Président de la République, par M. Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, et par M. Dominique Perben, Garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Sénat, 2002.

Valls, Manuel, et Christiane Taubira. « Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, présenté au nom de M. François Hollande, Président de la République, par M. Manuel Valls, Premier ministre, et par Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la justice ». Projet de loi constitutionnelle. Paris: Assemblée nationale, 2015.

Projets de lois ordinaires

De Rugy, François. « Projet de loi relatif à l'énergie et au climat, (procédure accélérée), présentée au nom de M. Édouard Philippe, Premier ministre, par M. François de Rugy, ministre d'État, ministre de la transition écologique et solidaire ». Projet de loi. Paris: Assemblée nationale, 2019.

Lagarde, Christine. « Projet de loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, présenté au nom de M. François Fillon, Premier ministre, par Mme Christine Lagarde, ministre de l'économie, des finances et de l'emploi ». Projet de loi. Paris: Assemblée nationale, 2007.

Pénicaud, Murielle, et Agnès Buzyn. « Projet de loi portant mesures d'urgence économiques et sociales, (Procédure accélérée), présenté au nom de M. Édouard Philippe, Premier ministre, par Mme Muriel Pénicaud, ministre du travail et par Mme Agnès Buzyn, ministre des solidarités et de la santé ». Projet de loi. Paris: Assemblée nationale, 2018.

Riester, Franck. « Projet de loi pour la restauration et la conservation de la cathédrale Notre-Dame de Paris et instituant une souscription nationale à cet effet (procédure accélérée), présenté au nom de M. Édouard Philippe, Premier ministre, par M. Franck Riester, ministre de la culture ». Projet de loi. Paris: Gouvernement, 2019.

RAPPORTS ET AVIS PARLEMENTAIRES

1. RAPPORTS PARLEMENTAIRES

Rapports de l'Assemblée nationale

Assemblée nationale. « Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi instituant un système universel de retraite et le projet de loi organique relatif au système universel de retraite ». Compte rendu. Paris: Assemblée nationale, 29 janvier 2020.

Binet, Erwann. « Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (Tome 2: Contributions écrites des personnes entendues par le Rapporteur) ». Rapport. Paris: Assemblée nationale, 2013.

Clergeau, Marie-Françoise. « Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ». Avis. Commission des affaires sociales. Paris: Assemblée nationale, 2013.

Geoffroy, Guy. « Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°3072) et le projet de loi (n°3073) portant application de l'article 11 de la Constitution ». Rapport législatif. Paris: Assemblée nationale, 2011.

Giraud, Joël. « Rapport fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale, et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2018 (Tome 2: Examen de la première partie du projet de loi de finances - conditions générales de l'équilibre financier) ». Rapport (Tome 2.). Paris: Assemblée nationale, 2017.

Kosciusko-Morizet, Nathalie. « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 992) relatif à la Charte de l'environnement, présenté par Mme Nathalie Kosciusko-Morizet, députée ». Rapport. Paris: Assemblée nationale, 12 mai 2004.

Louis, Alexandra. « Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes ». Rapport. Paris: Assemblée nationale, 2018.

Marsaud, Sandra. « Avis fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique ». Avis. Paris: Assemblée nationale, 2018.

Tasca, Catherine. « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°985) relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes ». Rapport. Paris: Assemblée nationale, 1998.

Warsmann, Jean-Luc. « Compte rendu. Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. Mercredi 14 mai 2008. Séance de 16h15 ». Rapport. Paris: Assemblée nationale, 14 mai 2008.

———. « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la Ve République par M. Jean-Luc Warsmann, Député. » Rapport. Paris: Assemblée nationale, 15 mai 2008.

Rapports du Sénat

Garrec, René. « Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur: le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République ; la proposition de loi constitutionnelle de MM. Christian PONCELET, Henri de RAINCOURT, Josselin de ROHAN, Daniel HOEFFEL, Gérard LONGUET, Jean PUECH, Jean-Pierre FOURCADE, Philippe ADNOT, Louis de BROISSIA, Paul GIROD, Michel MERCIER, Mme Lucette MICHAUX-CHEVRY, MM. Philippe RICHERT, Alex TÜRK et Jean-Paul VIRAPOULLÉ relative à la libre administration des collectivités territoriales ; la proposition de loi constitutionnelle de M. Paul GIROD tendant à la reconnaissance de lois à vocation territoriale ; la proposition de loi constitutionnelle de M. Robert DEL PICCHIA relative au vote des Français résidant sur les territoires situés dans la zone géographique comprise entre le méridien 26° ouest et la ligne internationale de changement de date, à l'exception de l'archipel des Açores ; la proposition de loi constitutionnelle de MM. Georges OTHILY et Rodolphe DÉSIÉ tendant à modifier le premier alinéa de l'article 7 de la Constitution ; et la proposition de loi constitutionnelle, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités territoriales ; par M. René GARREC, Sénateur ». Rapport. Paris: Sénat, 23 octobre 2002.

Gélard, Patrice. « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnel, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la Charte de l'environnement, par M. Patrice Gélard, Sénateur ». Rapport. Paris: Sénat, 16 juin 2004.

Gélard, Patrice. « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits, par M. Patrice Gélard, Sénateur ». Rapport. Paris: Sénat, 19 mars 2010.

Hyst, Jean-Jacques. « Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la Ve République, par M. Jean-Jacques Hyst, Sénateur ». Rapport. Paris: Sénat, 11 juin 2008.

Michel, Jean-Pierre. « Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (Tome 2: Auditions). » Rapport. Paris: Sénat, 2013.

2. AVIS PARLEMENTAIRES

Avis du Conseil d'État

Conseil d'État. « Avis sur un projet de loi organique et un projet de loi instituant un système universel de retraite ». Extrait du registre des délibérations. Paris: Conseil d'État, 16 janvier 2020.

Avis du Défenseur des droits

Toubon, Jacques. « Avis 17-10 du 11 octobre 2017 relatif au projet de loi de finances pour 2018 – Crédits de la mission « solidarité » ». Avis. Paris: Défenseur des droits, 11 octobre 2017.

Hédon, Claire. « Avis 21-13 du 30 septembre 2021 relatif à l'identification des dysfonctionnements et manquements de la politique pénitentiaire française ». Avis. 21-13. Paris: Défenseur des droits, 30 septembre 2021.

AMENDEMENTS DU SÉNAT ET DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

1. AMENDEMENT DU SÉNAT

Hyst, Jean-Jacques. « Projet de loi constitutionnelle Modernisation des institutions de la Ve République (n°365, 387, 388). Amendement présenté par M. Hyst au nom de la commission des lois. Article 1er ». Amendement. Paris: Sénat, 11 juin 2008.

2. AMENDEMENTS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Gouffier-Cha, Guillaume, Turquois, Nicolas. « Institution d'un système universel des retraites (n° 2623). Amendement présenté par M. Gouffier-Cha, rapporteur général et M. Turquois, rapporteur ». Amendement. Paris : Assemblée nationale, 31 janvier 2020.

Mamère, Noël, Cochet, Yves, De Rugy, François et Billard, Martine. « Projet de loi constitutionnelle Modernisation des institutions de la Ve République (n° 820). Amendement présenté par M. Mamère, Mme Billard, MM. Cochet et de Rugy - Article additionnel ». Amendement. Paris: Assemblée nationale, 19 mai 2008.

AUTRES RAPPORTS ET DOCUMENTS

1. TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES DÉBATS PARLEMENTAIRES

Coppens, Yves. « Rapport de la commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement ». Paris: Ministère de l'écologie et du développement durable, 2003.

2. RAPPORTS DU DÉFENSEUR DES DROITS ET DU DÉFENSEUR DU PEUPLE

Böckel, Juan José. « Defensoría del Pueblo de la Nación. Institución Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual 2020 ». Rapport d'activité. Buenos Aires: Défenseur du Peuple, 2020.

———. « Defensoría del Pueblo de la Nación. Institución Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual 2021 ». Rapport d'activité. Buenos Aires: Défenseur du Peuple, 2021.

Hédon, Claire. « Décision du défenseur des droits n°2021-301. Transaction en application de l'article 28, I de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 ». Paris: Défenseur des droits, 29 mars 2021.

Toubon, Jacques. « Rapport annuel d'activité 2018 ». Rapport d'activité. Paris: Défenseur des droits, 2018.

3. EXTRAITS DE NORMES ET DE JURISPRUDENCES

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. « Informe n°22/94 - Caso 11.012 - Argentina - Solución amistosa - 20 de septiembre de 1994 ». Washington, D.C.: Organización de los Estados americanos, 17 février 1995.

Cour pénale internationale. « Statut de Rome de la Cour pénale internationale ». Traité. La Haye: Cour pénale internationale, 2011.

Organización de los Estados Americanos. « Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) ». Traité multilatéral. San José: Secretaría de Asuntos Jurídicos del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 22 novembre 1969.

Supreme Court of the United States. « Thomas E. Dobbs, State health officer of the Mississippi department of health, et al., Petitioners v. Jackson women's health organization, et al. n°19-1392 ». Washington, D.C.: Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2022.

EXTRAITS DE JOURNAUX OFFICIELS

EN FRANCE

1. JOURNAL OFFICIEL DE LA QUATRIÈME RÉPUBLIQUE

Assemblée nationale constituante. « Session de l'Assemblée nationale constituante – 1ère séance du jeudi 21 mars 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions ». *JORF*, n° 29 (22 mars 1946): 931-86.

———. « Session de l'Assemblée nationale constituante – 1re Séance du Jeudi 7 mars 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions ». *JORF*, n° 21 (8 mars 1946): 591-630.

———. « Session de l'Assemblée nationale constituante – 1re Séance du Jeudi 14 mars 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des débats de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions ». *JORF*, n° 25 (15 mars 1946): 751-90.

———. « Session de l'Assemblée nationale constituante – 2e séance du mardi 3 septembre 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions ». *JORF*, n° 86 (4 septembre 1946): 3461-89.

———. « Session de l'Assemblée nationale constituante – 2ème séance du mardi 19 mars 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions ». *JORF*, n° 27 (20 mars 1946): 863-98.

———. « Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – 1re séance du vendredi 23 août 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions ». *JORF*, n° 82 (23 août 1946): 3271-3310.

———. « Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – 2e séance du 29 août 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions ». *JORF*, n° 85 (29 août 1946): 3403-44.

———. « Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – Séance du 20 août 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des séances de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions ». *JORF*, n° 80 (1946): 3183-3222.

———. « Session de l'Assemblée nationale constituante élue le 2 juin 1946 – Séance du mercredi 28 août 1946 – Débats de l'Assemblée nationale constituante – Compte rendu in extenso des débats de l'Assemblée nationale constituante, questions écrites et réponses des ministres à ces questions ». *JORF*, n° 84 (28 août 1946): 3359-88.

2. JOURNAL OFFICIEL DE LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE

Journal officiel de l'Assemblée nationale

Assemblée nationale. « Ve législature - Première session ordinaire de 1974-1975 - Compte rendu intégral - 6e séance - Séance du mardi 8 octobre 1974 ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 62 (8 octobre 1974): 4859-70.

———. « Xe législature - 2e session extraordinaire de 1994-1995 - 2e séance - 1ère séance du lundi 10 juillet 1995 - Compte rendu intégral. » *JORF A.N. (C.R.)*, 10 juillet 1995, 1-31.

———. « Xe législature - Première session ordinaire de 1993-1994 - 39e séance - Compte rendu intégral - 1re séance du mercredi 27 octobre 1993 ». *JORF A.N. (C.R.)*, 27 octobre 1993, 4952-5046.

———. « XIe législature - Session ordinaire de 1998-1999 - 120e séance - 3e séance du mardi 15 décembre 1998 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)* 3, n° 118 (15 décembre 1998): 10512-57.

———. « XIIe législature - Session ordinaire de 2002-2003 - 27e séance - 1ère séance du mercredi 20 novembre 2002 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 62 (21 novembre 2002): 5357-95.

———. « XIIe législature - Session ordinaire de 2003-2004 - 229e séance - 2e séance du mardi 25 mai 2004 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 50 (25 mai 2004): 4028-71.

———. « XIIe Législature - Session ordinaire de 2003-2004 - 230e séance - 3e séance du mardi 25 mai 2004 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)* 2, n° 50 (25 mai 2004): 4074-4103.

———. « XIIe Législature - Session ordinaire de 2006-2007 - 125e séance - 2e séance du mardi 30 janvier 2007 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)* 2, n° 10 (31 janvier 2007): 740-78.

———. « XIIIe Législature - Session ordinaire 2007-2008 - 98e séance - 2e séance du mardi 15 janvier 2008 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)* 2, n° 4 (janvier 2008): 178-217.

———. « XIIIe législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 163e séance - 2e séance du mercredi 21 mai 2008 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)* 2, n° 36 (22 mai 2008): 2284-2312.

———. « XIIIe législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 167e séance - 1ère séance du lundi 26 mai 2008 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)* 1, n° 38 (26 mai 2008): 2411-42.

- . « XIIIe législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 170e séance - 2e séance du mardi 27 mai 2008 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)* 2, n° 39 (28 mai 2008): 2504-45.
- . « XIIIe Législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 175e séance - 2e séance du jeudi 29 mai 2008 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)* 2, n° 41 (30 mai 2008): 2690-2729.
- . « XIVe législature - 2e session extraordinaire de 2014-2015 - Séances du lundi 28 septembre 2015 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 99 (29 septembre 2015): 7426-62.
- . « XIVe Législature - Session ordinaire de 2015-2016 - 59e séance - Séance du jeudi 19 novembre 2015 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 130 (20 novembre 2015): 9576-9619.
- . « XIVe législature - Session ordinaire de 2015-2016 - 122e séance - 1re séance du vendredi 5 février 2016 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 14 (6 février 2016): 999-1028.
- . « XVe législature - 2e session extraordinaire de 2017-2018 - Séances du mardi 25 septembre 2018 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 107 (25 septembre 2018): 8967-9013.
- . « XVe Législature - Session ordinaire 2018-2019 - Séances du lundi 18 mars 2019 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 30 (2019): 2573-2608.
- . « XVe législature - Session ordinaire de 2016-2017 - 120e séance - Séance du jeudi 16 février 2017 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 17 (17 février 2017): 1044-75.
- . « XVe législature - Session ordinaire de 2018-2019 - 22e séance - 2e séance du mercredi 17 octobre 2018 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)* 2, n° 121 (18 octobre 2018): 10160-93.
- . « XVe Législature - Session ordinaire de 2018-2019 - Séances du mardi 12 février 2019 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 14 (2019): 1053-99.
- . « XVe législature - Session ordinaire de 2018-2019 - Séances du mercredi 12 décembre 2018 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 157 (13 décembre 2018): 13592-633.
- . « XVe Législature - Session ordinaire de 2018-2019 - Séances du mercredi 13 février 2019 - Compte rendu intégral ». *JORF A.N. (C.R.)*, n° 15 (2019): 1133-83.

Journal officiel du Sénat

- Sénat. « Session ordinaire de 1998-1999 - 48e séance - Séance du mardi 26 janvier 1999 - Compte rendu intégral ». *JORF S. (C.R.)*, n° 4 (27 janvier 1999): 239-302.
- . « Session ordinaire de 1998-1999 - 82e séance - Séance du jeudi 29 avril 1999 - Compte rendu intégral ». *JORF S. (C.R.)*, n° 38 (30 avril 1999): 2523-92.
- . « Session ordinaire de 2007-2008 - 93e séance - Séance du mardi 17 juin 2008 - Compte rendu intégral ». *JORF S. (C.R.)*, n° 46 (18 juin 2008): 2810-2906.

———. « Session ordinaire de 2007-2008 - 98e séance - Séance du mardi 24 juin 2008 - Compte rendu intégral ». *JORF S. (C.R.)*, n° 51 (25 juin 2008): 3298-3417.

———. « 2e session extraordinaire de 2018-2019 - 2e séance - Séance du mercredi 25 septembre 2019 - Compte rendu intégral ». *JORF S. (C.R.)*, n° 77 (26 septembre 2019): 12478-565.

EN ARGENTINE

1. JOURNAL OFFICIEL DE 1949

Convención Nacional Constituyente. « 3^a Reunión - 1^a Sesión Ordinaria ». *Diario de sesiones*. 1 février 1949.

—. « 7a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 8 mars 1949.

2. JOURNAL OFFICIEL DE 1957

Convención Nacional Constituyente. « 17^a Reunión - 2^a Sesión Extraordinaria ». *Diario de sesiones*. 15 octobre 1957.

3. JOURNAL OFFICIEL DE 1994

Convención Nacional Constituyente. « 1^a Reunión - Sesión Preparatoria ». *Diario de sesiones*. 25 mai 1994

—. « 12^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria ». *Diario de sesiones*. 19 juillet 1994.

—. « 13^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 20 juillet 1994.

—. « 14^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 21 juillet 1994.

—. « 15^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 22 juillet 1994.

—. « 17^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 26 juillet 1994.

—. « 18^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 27 juillet 1994.

—. « 19^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 28 juillet 1994.

—. « 21^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 1 août 1994.

—. « 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 2 août 1994.

—. « 23^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 3 août 1994.

—. « 24^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 4 août 1994.

—. « 25^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 5 août 1994.

—. « 26^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 8 août 1994.

- « 29^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 11 août 1994.
- « 30^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 12 août 1994.
- « 31^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 16 août 1994.
- « 32^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 17 août 1994.
- « 33^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 18 août 1994.
- « 34^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación) ». *Diario de sesiones*. 19 août 1994.
- « Sesión Especial de Juramento ». *Diario de sesiones*. 24 août 1994.

4. JOURNAL OFFICIEL DE 2018

Cámara de diputados. « Diario de sesiones, cámara de diputados de la nación, 8^a reunión – 7^a sesión ordinaria, junio 13 de 2018, período 136° ». *Diario de sesiones*. 13 juin 2018.

JURISPRUDENCE

JURIDICTIONS NATIONALES

1. JURIDICTION ARGENTINE

Cour suprême d'Argentine

- *Lamas, Emilio M. c. Banco Mercantil del Río de la Plata de Montevideo* (1974)
- *Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía* (1995)

2. JURIDICTIONS FRANÇAISES

Conseil constitutionnel

- 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes*
- 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*

- 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*

Conseil d'État

- CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*
- CE, 13 décembre 1889, *Cadot*
- CE, 21 juin 1895, *Cames*
- CE, 3 août 1900, *Ville de Paris c. Sanoner*
- CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*
- CE, 6 février 1948, *Compagnie carcassonnaise de transports en commun*
- CE, 6 février 1948, *Société radio-Atlantique*
- CE, 13 juillet 1962, *Kervers-Pascalis*
- CE, 5 janvier 1979, *Dames Robinet et Flandre*
- CE, 28 janvier 1987, *Comité de défense des espaces verts c. SA Le Lama*
- CE, 6 février 2004, *Hallal*

Tribunal des Conflits

- TC, 8 février 1873, *Blanco*

Tribunal administratif

- TA (Lyon), 9 novembre 2016, *Mme F X et autres*

3. JURIDICTION ÉTASUNIENNE

Cour suprême des États-Unis

- *Marbury v. Madison* (1803)
- *Brown v. Board of Education of Topeka* (1955)
- *New York Times v. Sullivan* (1964)
- *Sierra Club v. Morton* (1972)
- *Roe v. Wade* (1973)

- *Planned Parenthood v. Cassey* (1992)
- *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022)

JURIDICTIONS INTERNATIONALES

1. JURIDICITION EUROPÉENNE

Cour de Justice des Communautés européennes

- CJCE, 5 mai 1970, *Commission c. Belgique*
- CJCE, 18 novembre 1970, *Commission c. Italie*

2. JURIDICITION INTERAMÉRICAINNE

Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

- *Verbitsky v. Argentina* (1994)

INDEX RERUM

(Les chiffres et les nombres renvoient aux numéros de pages)

A

- Acceptabilité rationnelle, 37, 38
- Acte de langage
illocutoire, 84, 297
perlocutoire, 84, 109, 117, 297
- Acte(s)
constituant, 142, 146, 188
de puissance, 293
sociaux, 16
- Activité
communicationnelle, 17, 22, 25, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 42, 46, 47, 49, 51, 53, 54, 55, 57, 60, 61, 62, 65, 66, 67, 68, 69, 77, 78, 85, 87, 88, 92, 100, 101, 102, 104, 105, 109, 117, 118, 120, 121, 123, 124, 125, 133, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 148, 152, 154, 156, 157, 159, 163, 167, 172, 173, 177, 178, 179, 192, 194, 212, 213, 235, 245, 246, 247, 248, 254, 263, 268, 272, 284, 287, 289, 292, 293, 295, 311, 330, 332, 341, 357, 370, 378, 390, 412, 427, 484, 485, 488, 497, 505, 523
dramaturgique, 125, 132
téléologique, 43, 63, 68, 69, 77, 85, 92, 99, 101, 104, 131, 133, 136, 138, 200, 209, 220, 283, 292, 332, 395, 409, 433
en entente, 45
- Adéquation
causale, 103, 104
significative, 105, 107
- Administration bureaucratique-monocratique, 315
- Adoption idéale de rôle, 262
- Affaire *Snowden*, 240
- Altérité, 213, 215, 218, 285, 373
- Altruisme, 126
- Amparo, 185, 324, 379, 381, 406, 505,
- Arène publique, 356, 451, 497
- Argument quasi-logique, 73, 74, 75, 76
- Arrière-plan normatif, 24, 140, 391
- Arrogantia*, 31
- Article 49 al. 3, 150, 336, 495
- Ascèse
intramondaine, 89
extramondaine, 118, 121
- Assistance à personne en danger, 232, 512
- Ataraxie, 93
- Attente normative, XIII, 62, 289, 293, 330, 332, 341, 342, 343, 352, 353, 362, 365, 369, 370, 371, 373, 396, 397, 407, 409, 413, 415, 448, 451, 456, 457, 462, 463, 466, 472, 476, 481, 482, 486, 487
- Autonomie
privée, 247, 251, 254, 258, 261, 280, 281
publique, 247, 254, 255, 258, 260, 261, 280, 281
- Autopoïèse
constitutionnelle, 146
des systèmes, 288, 331, 370, 411
- Autorité administrative indépendante, 253, 254, 290, 323, 334, 436
- Avertissements, 78, 80, 111

B

Beauté, 86, 90, 91, 117, 121, 123, 124, 532
Biais d'interprétation, 288
Black Lives Matter, 465
Bloc de constitutionnalité, 166, 167, 181, 183, 189, 199, 356, 469
Bonheur, 31, 68, 93, 94, 95, 126, 128, 220, 399, 544

C

Capacité individuelle
d'agir, 223, 224, 250, 285, 485
de vouloir, 225, 243, 250
Capital
culturel, 322
économique, 417
procédural, 322, 323, 512
Capitalisme, 46, 58, 139, 415, 523, 533
Carence de l'Administration, 325, 443, 444, 445, 446, 447, 492, 535
Causalité, 31, 102, 103, 105, 108, 116, 156, 163, 355, 442, 443
Cavalier constitutionnel, 189
Centre de rétention administrative, 437
Césarisme démocratique, 351, 367
Charte de l'environnement, 28, 83, 106, 167, 168, 172, 180, 181, 199, 269, 314, 356, 469, 503, 509, 547, 548, 549, 551
Circonstances contra-factuelles, 142
Citoyenneté européenne, 169, 497
Classification
par degré, 123, 124
par rang, 123
Clause de sauvegarde de la Constitution, 164
Code
commun, 120
de conduite, 223, 238, 537
de déontologie, 224
de Nuremberg, 224, 539
électoral, 174
juridique, 211
Cognitivism, 87, 139, 293, 344, 390, 465, 494, 539

Coïncidence
maximale, 79
optimale, 78
Collectivités territoriales, 71, 176, 315, 435, 437, 439, 470, 504, 549
Colonisation du monde vécu, 357
Comité
Balladur, 346, 347, 350
consultatif constitutionnel, 28, 299, 303, 318, 327, 338, 367, 402, 518
Commandement
d'optimisation, 389
moral, 209, 212, 214, 215, 216, 220, 223, 224, 226, 227, 231, 235, 238, 239, 240, 243, 245, 246, 248, 251, 255, 485
Commission
consultative de l'environnement, 469
Coppens, 314, 469, 503, 551
de rédaction de la Constitution, 165
des affaires sociales, 437, 548
des finances, 548
des lois, 74, 106, 387, 439, 456, 548, 549
du développement durable, 548
nationale du débat public, 468
spéciale, 548
Communauté européenne, 75, 201, 557
Communautés indigènes, 27, 91, 108, 124, 148, 202, 203, 204, 361, 400, 426, 427, 459, 460
Compréhension herméneutique, 136, 137, 138, 180
Compromis, 26, 190, 191, 228, 230, 234, 247, 298, 316, 342, 360, 365, 537
Conatus, 129
Conditions de félicité, 18, 21
Conduite de vie, 31, 53, 87, 88, 89, 90, 93, 94, 117, 135, 152, 483
Congrès américain, 24, 153, 168, 176, 177, 178, 191, 202, 256, 257, 278, 294, 302, 308, 343, 352, 364, 365, 366, 367, 446
Conseil
constitutionnel, 28, 75, 83, 151, 155, 174, 175, 176, 181, 192, 194, 195, 303, 304, 318, 338, 358, 363, 376, 392, 393, 396, 400, 401, 402, 403, 405, 406, 418, 428, 492, 495, 496, 499, 500, 501, 503, 505, 507, 509, 512, 544, 556
d'État, 200, 297, 299, 300, 306, 318, 325, 334, 335, 336, 346, 347, 348, 364,

367, 375, 376, 392, 393, 396, 427, 440, 443, 491, 501, 503, 505, 510, 511, 513, 518, 550, 557
 des ministres, 348
 supérieur de la Magistrature, 157, 158, 183, 184, 384
 Conseils de la prudence, 68, 69, 86
 Consentement administratif, 314
 Constitution Grévy, 364
 Constitutionnalisme dialogique, 448
 Consultation populaire, 159, 256, 278, 345
 Continuité de la tradition juridique, 141, 144, 145, 147, 156, 160, 180, 284, 484
 Contractualisme moral, 267
 Contre-vérité, 231
 Contrôle de constitutionnalité, 146, 176, 298, 337, 355, 394, 396, 397, 403, 405, 496
 Convention(s)
 constituante, 22, 26, 28, 73, 79, 88, 91, 119, 131, 142, 143, 144, 159, 164, 165, 184, 185, 189, 190, 202, 249, 257, 269, 270, 302, 309, 319, 324, 362, 363, 365, 366, 380, 384, 431, 447, 461, 474
 interaméricaine des droits de l'Homme, 249, 250, 266, 269, 270, 271
 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination, 250
 Corruption, 165, 166, 312, 323, 344, 352, 472, 474, 475, 478, 480, 488, 508
 Cosmologie, 118
 Couplage structurel, 354
 Cour
 de justice des communautés européennes, 328
 des Comptes, 334
 européenne des droits de l'Homme, 168
 interaméricaine des droits de l'Homme, 202
 pénale internationale, 194, 499, 547, 551
 suprême, 97, 158, 165, 178, 184, 185, 191, 266, 268, 274, 302, 310, 394, 406, 473, 474, 551, 556, 557
 Coutume, 44, 68, 76, 104, 239, 241, 242
 Covid-19, 222, 223, 224, 229, 231, 234, 444, 446, 494, 501, 503, 507, 534, 543
 Crise
 économique, 352, 414

épistémologique, 137, 138, 171, 172, 178, 179, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 195, 196, 198, 200, 204, 207, 284, 484
 politique, 166, 182, 352, 363, 472
 sanitaire, 222, 229, 231, 234

D

Débat public, 58, 72, 79, 168, 233, 237, 292, 344, 450, 452, 454, 456, 459, 460, 461, 462, 465, 466, 468, 469, 497, 506, 511, 535, 541, 545
 Déchéance de nationalité, 308, 508, 514
 Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, 400
 Décret de nécessité et d'urgence, 301, 360
deep ecology, 420
 Défenseur
 des droits, 253, 254, 323, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 448, 479, 498, 510, 549, 550, 551, 590, 591
 du Peuple, 27, 323, 379, 434, 439, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 476, 479, 551
 Délégation de service public, 306, 438
 Démocratie
 délibérative, 140, 142, 344, 453, 462, 497, 514, 528
 délégative, 340
 épistémique, 292
 Déontologie médicale, 224
 Désenchantement du monde, 46
 Désinformation, 231
 Désirs
 naturels, 93, 94, 126, 127, 128
 vains, 3, 94, 95, 96, 127, 128
 Désobéissance civile, 240, 242
 Despotisme, 340
 Dévotion, 89
 Dialectique, 136, 357, 461, 467, 526
 Dialogue(s)
 social, 129
 inter-systémiques, 412
 Dignité humaine, 180, 248, 307
 Dilemme de la légitimation, 362
 Discrimination, 79, 147, 153, 165, 166, 185, 202, 218, 221, 222, 232, 250, 265,

273, 275, 382, 416, 436, 437, 441, 506, 507, 542

Discussion

- d'application, 25, 245, 247, 249, 250, 253, 254, 256, 260, 261, 273, 278, 279, 281, 371, 372
- de fondation, 25, 245, 249, 250, 253, 255, 257, 258, 261, 262, 263, 264, 268, 270, 271, 272, 275, 277, 279, 281, 371, 409

Division des pouvoirs, 449

Division du travail

- moral, 227, 229
- social, 232

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 97, 474, 551

Doctrines environnementales

- anthropocentrisme, 269, 541
- éco-centrique, 269

Domage environnemental, 143, 269

Douleur

- morale, 217
- physique, 93, 217

Droit

- fluide, 375
- post-régulatoire, 354
- responsif, 360, 361

Droit(s)

- à l'éducation, 203
- à l'information et à la participation, 273, 497
- à l'instruction, 278
- à l'intégrité corporelle, 432
- à la santé, 277, 491
- à la vie, 24, 79, 110, 248, 249, 270, 271, 421, 432, 459, 473
- à un environnement sain, 122, 142, 143, 199
- civils et politiques, 148, 326, 455
- civique, 258
- coutumier, 139
- créance, 229, 277, 278, 491
- d'asile, 200, 251, 546
- d'autogestion, 413
- d'intéressement, 259
- de grève, 154, 272, 273, 274, 430, 431, 432, 440, 464, 497
- de l'Homme, 73, 79, 110, 126, 147, 166, 167, 168, 189, 190, 202, 229, 247, 249, 250, 252, 266, 269, 270, 327,

358, 400, 414, 420, 432, 435, 442, 445, 454, 455, 512

- de la famille, 94, 178, 259
- de la nature, 268
- de participation, 256, 261, 274
- de propriété, 356, 358, 426, 427, 428, 431, 464
- de réponse, 250, 266, 270, 455
- de vote, 169
- des consommateurs, 424
- des enfants, 436
- des femmes, 179, 444
- économiques et sociaux, 27, 169, 357, 414, 415
- écrit, 139
- fondamental, XIII, 26, 73, 76, 79, 98, 147, 155, 161, 168, 185, 189, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 272, 273, 278, 279, 280, 281, 285, 309, 343, 425, 427, 428, 429, 432, 433, 434, 436, 437, 485, 487, 520, 545
- politiques, 143, 144, 163, 247, 252, 255, 258, 431
- subjectif, 247, 248, 277, 296, 528

E

Effets d'intimidation, 84, 113, 225

Égalité

- devant la loi, 124, 165, 166, 173, 174, 175, 178, 266
- du suffrage, 192, 193
- réelle, 103, 144, 165, 174, 179, 260, 274, 400

Égoïsme rationnel, 43

Élections

- municipales, 169
- présidentielle, 155, 160, 191, 237, 334, 363, 400, 467, 495

Élitisme démocratique, 476

Émeute, 463, 524

Émotions

- homéostatiques, 96, 97, 98, 129, 130
- cognitivo-conatives, 98, 99, 130, 131

Empathie, 97, 98, 128, 129, 130, 132

Empirisme, 15, 19, 22, 28, 44, 45, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 59, 60, 62, 102, 104, 105, 106, 130, 132, 149, 152, 230, 234, 243, 245, 264, 265, 270, 288, 292, 322, 392, 462, 483, 488, 502, 524

Énoncé
constatif, 16, 102, 105, 107, 108, 111, 116, 123, 126, 130, 283, 484
expressif, 128, 484
impératif, 109, 484
régulatif, 117, 121, 124, 132, 484

Épistémologie, 17, 29, 36, 39, 44, 46, 48, 50, 52, 58, 60, 62, 107, 137, 138, 171, 172, 178, 179, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 198, 200, 204, 207, 262, 284, 288, 351, 484, 488, 508

Équilibre réfléchi, 42, 43

Équivalent impartial, 78, 79, 80, 109, 110, 111

Espace
moral, 434
public, XIII, 29, 57, 58, 60, 63, 101, 133, 148, 152, 179, 181, 190, 217, 221, 223, 240, 242, 287, 288, 289, 290, 292, 293, 294, 295, 311, 312, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 338, 341, 342, 353, 354, 356, 357, 359, 360, 362, 363, 365, 369, 370, 371, 373, 386, 388, 391, 395, 399, 402, 407, 409, 410, 411, 412, 413, 422, 435, 436, 441, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 460, 461, 462, 463, 466, 467, 468, 469, 471, 472, 473, 477, 480, 481, 486, 487, 494, 495, 497, 502, 523, 540, 541, 544
ritualisé, 465

Essentialisme, 179, 254, 449

Esthétique, 68, 91, 92, 94, 123, 124, 387

Estlund, D., 143, 503, 520

Établissement public, 435, 438, 439, 440, 441

État
bourgeois, 57, 84, 413, 417, 449, 454, 461, 523
de droit, 65, 152, 253, 256, 287, 303, 309, 325, 330, 331, 332, 341, 383, 405, 411, 432, 459, 478, 482, 498, 499, 509, 536
interventionniste, 413, 415, 417, 434
providence, 246, 259, 278, 354

état(s)
d'urgence, 308, 508
de choses, 16, 25, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 41, 59, 62, 106, 107, 108, 109, 116, 130, 132, 283, 295, 505

Éthique
de la précaution, 224
de la responsabilité, 101, 224, 276, 514

Eudémonisme, 93

Expérience vécue, 47, 73, 103, 116, 124

F

Factualisme sémantique de second niveau, 35

Factualité et validité (rapport)
externe, 104, 105, 108, 287
interne, 287, 289

Fair-play, 238, 239

Faits moraux, 143

Fake news, 230, 231, 507

Finalité
Intercompréhension, XIII, 69, 85, 86, 92, 94, 96, 99, 131, 133, 138, 140, 211, 212, 213, 255, 271, 283, 289, 332, 387, 484
Succès, 17, 18, 42, 45, 59, 69, 71, 77, 78, 83, 84, 85, 88, 99, 101, 112, 114, 115, 125, 131, 133, 213, 227, 228, 235, 258, 276, 279, 281, 283, 334, 352, 467, 471, 484, 486, 495

Flux communicationnel, 152, 293, 330, 341, 370, 412

Fonction
langagière *sui-référentielle*, 16
publique, 165, 429, 431
sociale, 232, 329, 330, 331, 415, 510

For intérieur, 32, 43, 262, 429, 540

Force contraignante, 251, 253, 257, 294

Forteresse assiégée, 311

Fraude électorale, 237, 527

fresh judgment, 372

G

Gardien de la Constitution, 404, 405, 525, 540
Gilets jaunes, 463, 464
Grandeur d'une cause, 86, 87, 88, 117
Groupes
 fournisseurs, 450, 457, 466, 472
 utilisateurs, 450, 471
Guerre, 159, 162, 225, 231, 278, 303, 375, 460, 464, 515, 528, 536

H

Habeas corpus, 185, 380, 381
Habeas data, 185, 186, 319, 380, 381, 502
Harcèlement, 218, 219, 464
Hédonisme, 93
Hercule, 372, 373, 397
Herméneutique diatopique, 180
Hermès, 120, 241, 373, 505, 507
Hiérarchie
 de crédibilité, 356
 normative, 23, 396
Homère, 21
Humiliation, 218

I

Identité collective, 136, 138, 164
Idéologie, 55, 119, 210, 314, 377, 520, 523
Image phonique, 34
Immanence, 60, 87
Immunités politiques, 194
Impératif
 catégorique, 31, 43, 67, 209, 210, 213, 214, 234, 243, 244, 247, 255, 272, 276, 279, 281, 504
 hypothétique, 54, 67, 233, 245, 404
Implications des propositions morales
 Conséquences probables, 80, 81, 249, 272, 273, 274, 275, 276, 279, 446, 479

Effets secondaires, 224, 244, 262, 271, 272, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 301, 442, 485

Incapacité volitionnelle, 225
Indépendance de la Justice, 158, 184, 191
Individualisme méthodologique, 377
Infrastructure communicationnelle, 357, 412
Ingénierie sociale, 359
Initiative législative populaire, 345, 351, 352
Input, XIII, 450, 451, 462, 466, 470, 477, 482, 487
Intégration normative
 ascendante, 198, 199
 descendante, 198, 199
Intégration sociale, 46, 47, 148, 149, 150, 151, 160, 163, 165, 166, 177, 183, 185, 191, 192, 193, 195, 289, 353, 362, 365, 370, 378, 382, 449, 487
Interaction sociale, 63, 97, 235, 236, 239, 243, 268, 330, 342, 481, 483
Intérêt(s)
 général, 305, 306, 378, 380, 421, 428, 430, 431, 440, 468, 541
 pré-politiques, 459
 privé, 399, 428, 449, 458, 459, 462, 591
 public, 58, 305, 377, 399, 458, 460, 461, 462
Interruption volontaire de grossesse, 79, 97, 98, 110, 153, 241, 270, 421, 473, 500, 545
Intimidation, 84, 113, 162, 225

J

Journal officiel, 27, 28, 471, 472, 502, 552, 553, 554, 555, 556
Juge-administrateur, 317, 319
Jupiter, 373

L

Laïcité, 153, 242, 278, 429, 430, 493, 507, 534

Lanceur d'alerte, 240, 436, 450, 479
 Légicentrisme, 367
 Liaisons
 de coexistence, 70
 de succession, 70
 Liberté
 d'action, 24, 154, 219, 223, 226, 243, 248, 250, 251, 253, 261, 280, 433, 485
 d'entreprendre, 426, 427
 d'expression, 152, 153, 154, 231, 250, 266, 319, 455, 456, 457, 464, 501
 d'opinion, 453, 454, 455, 457
 de choix, 214, 218, 219, 226, 243, 248, 250, 251, 281, 285, 415, 424, 485
 de conscience, 416, 429, 430, 432, 540
 de la concurrence, 427, 428, 503
 de la presse, 154, 250, 265, 266, 453, 454, 455, 457
 de penser, 153
 du commerce et de l'industrie, 426, 427
 du travail, 273
 économique, 147, 426, 427, 428, 431
 individuelle, 98, 213, 254, 255, 272, 320, 414, 420, 429, 451, 479
 professionnelle, 221, 429, 431
 publique, 229, 380, 425, 499, 512, 517
 Libre arbitre, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 225, 226, 248, 285, 485
 Libre-échange, 424
 Lieu(x)
 vide du pouvoir, 127
 de sociabilité, 222
 Limites de l'acte constituant
 absolues, 153, 154
 autonomes, 137, 138, 139, 140
 hétéronomes, 137, 139, 140, 590
 relatives, 153, 452
 Lobbying, 290, 450, 452, 458, 459, 477, 479, 487, 492
 Localisme occidental globalisé, 180, 184
 Loi
 Barnier, 168, 181, 199, 356, 468
 constitutionnelle, 71, 74, 75, 80, 83, 95, 97, 98, 106, 130, 145, 146, 150, 151, 160, 161, 162, 168, 173, 174, 175, 180, 181, 189, 192, 194, 195, 199, 200, 252, 253, 264, 265, 304, 308, 314, 315, 336, 338, 339, 347, 349, 356, 367, 376, 385, 387, 393, 397,

401, 405, 436, 437, 439, 441, 456, 457, 469, 470, 472, 495, 496, 499, 518, 541, 545, 546, 547, 548, 549, 550
 d'amnistie, 194
 de finance, 336, 437, 438, 548, 550
 de programmation, 299, 304, 307, 311, 336, 338, 345, 352, 354, 355, 356, 362, 373, 375, 409, 419, 421, 447, 448, 451, 460, 466, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 477, 478, 480, 481, 482, 486, 487
 morale, 31, 498
 organique, 74, 175, 253, 298, 299, 300, 304, 397, 400, 437, 438, 439, 441, 542, 548, 549, 550, 551
 Lutte
 d'objectivation, 233
 de pouvoir, 127, 149, 381, 459, 461, 481

M

Marbury v. Madison, 399, 557
 Marqueur somatique, 96
Mass media, 128, 225, 353, 449, 450, 452, 453, 454, 455, 457, 458, 466, 477, 479, 482, 487, 494, 517, 525
 Médiateur de la République, 334
 Mélancolie, 217
 Menace, 77, 78, 80, 81, 83, 84, 89, 102, 106, 109, 112, 113, 114, 149, 162, 226, 283, 303, 324, 404, 418, 476, 484
Ménines, 15
 Méta-norme, 23, 24
Métaphore du regard, 24
 Micro-compromis, 228, 230
 Mimétisme, 125, 126, 127, 128, 132, 184, 191, 203, 514
 Mode de vie, 136, 138
 Modèle
 de covariation, 361
 processuel de formation de la volonté, 66, 199
 Mœurs, 66, 67, 68, 153, 209, 210, 220, 222, 237, 241, 242, 250, 252, 336, 525
 Monde

objectif, 58, 59, 100, 101, 109, 116,
117, 132, 137, 139, 356
social, 100, 101, 116, 117, 118, 123,
124, 132, 133
subjectif, 101, 116, 124, 128, 132, 133
vécu, 46, 47, 53, 59, 62, 138, 139, 140,
144, 147, 148, 150, 151, 152, 155,
156, 157, 163, 166, 167, 170, 172,
173, 176, 179, 180, 181, 182, 183,
186, 187, 188, 189, 190, 192, 196,
197, 198, 201, 204, 207, 264, 284,
289, 353, 357, 378
Monde vécu (composantes du)
intégration sociale, 46, 47, 148, 149,
150, 151, 160, 163, 165, 166, 177,
183, 185, 191, 192, 193, 195, 289,
353, 362, 365, 370, 378, 382, 449,
487
reproduction culturelle, 141, 148, 156,
157, 163, 183
socialisation des participants, 148, 152,
195, 378
Mythe d'Antigone, 240

N

Nature-projet, 420
Nihilisme interprétatif, 383
Nomocratie, 335
Nomos, 102
Normes
abstraites, 393, 394
concrètes, 405
courantes, 106
d'action, 53, 86, 92, 101, 116, 117, 118,
132, 244
d'habilitation, 24, 493
familières, 104
Noyau de compromis élémentaires, 190,
191, 298, 316, 365

O

Obligations de service public, 305, 306,
323, 428, 429, 431, 435, 493
Office du juge, 317, 382, 385, 491, 492,
543
Opinion
dissidente, 268
publique, 84, 97, 158, 231, 240, 308,
334, 381, 384, 385, 449, 450, 451, 452,
453, 454, 456, 457, 461, 465, 466, 470,
494, 510
Ordre
juridique, 20, 24, 25, 38, 41, 131, 144,
145, 161, 184, 194, 199, 211, 306, 309,
326, 327, 331, 374, 399, 475, 484, 485,
499
légitime, 44
néocolonial, 414
Organisation
décentralisée de la République, 28, 71,
315, 376, 401, 470, 472, 547, 549
des Nations Unies, XII, 421, 518
Orientation axiologique usuelle, 200
Output, XIII, 450, 466, 467, 468, 471, 473,
477, 478, 482, 487

P

Pacte d'Olivos, 115, 190, 298, 341, 359,
360
Palladium de la liberté, 312
Paradigme procédural du droit, 320, 328
Parlementarisme, 177, 335, 364, 367, 402
Participation civique moyenne, 154
Paternalisme systémique, 331, 411
Peine de mort, 120, 160, 161
Performativité, 16, 17, 18, 19, 35, 84, 109,
114, 115, 137, 154, 297, 337, 368, 369,
396, 463, 471, 481, 492, 494, 505, 517
Périphérie (de l'espace public)
externe, XIII, 290, 413, 438, 449, 457,
466, 477, 479, 482, 487
interne, XIII, 290, 413, 420, 432, 435,
436, 438, 440, 441, 447, 448, 449,
479, 482, 487

Péronisme, 94, 158, 165, 178, 179, 422
 Personnification
 procédurale, 269
 substantielle, 269
 Phénoménologie, 96, 307, 493
Philautia, 31
 Phobie, 225
Planned Parenthood v. Cassey, 473, 558
 Plébiscite, 256
 Point de vue
 causal, 103
 moral, 56, 60, 211, 244, 276, 295, 390, 442, 485, 526
 Politicien, 359, 450, 452, 456, 457, 458, 466, 477, 479, 482, 487
 Politique publique, XIII, 234, 278, 314, 316, 354, 420, 450, 452, 467, 470, 477, 482, 487
 Polyarchie, 291
 Port du voile, 242
 Position originelle, 42, 43
 Pouvoir central, 413, 441, 452, 458, 460, 462, 463, 469, 472, 476, 477, 479, 481, 482
 Pouvoir constituant
 dérivé, 22, 161, 368, 499
 originaire, 22, 368
 Pouvoir de veto, 191, 278, 340, 496
 Pouvoir social
 autonome, 342, 343, 344, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 355, 367, 370, 404, 406, 407
 institutionnalisé, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 349, 350, 351, 352, 355, 364, 366, 367, 370, 400, 402, 403, 404, 405, 407, 456
 Pouvoirs régaliens, 306, 417, 433, 435, 464
pouvoir-savoir, 384
 Pragmatisme, XIII, 16, 18, 22, 36, 37, 43, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 60, 62, 63, 66, 67, 68, 71, 72, 85, 86, 90, 91, 94, 96, 99, 100, 104, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 133, 135, 138, 144, 153, 170, 199, 207, 220, 227, 228, 263, 276, 283, 284, 287, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 304, 305, 310, 311, 323, 326, 329, 350, 356, 409, 417, 451, 481, 483, 484, 486, 488, 493, 497, 512, 516, 524, 530, 533, 536, 537
 Préconditions du système juridique
 procédurales, 143
 substantielles, 142, 143, 144, 583
 Préférence
 faible, 135
 forte, 135
 Présidentialisme, 141, 150, 177, 184, 191, 360, 402, 536, 544
 Présupposition
 communicationnelle, 65, 212, 289
 d'argumentation, 263
 de rationalité, 388
 idéalisante, 263, 267
 Prétention de validité
 authenticité, 130, 131
 convenance, 117, 121, 122, 123, 124, 132
 crédibilité, 78, 80, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 352, 356, 401
 efficacité, 73, 80, 102, 109, 110, 111, 112, 113, 116, 132, 133, 138, 150, 184, 188, 192, 193, 194, 195, 196, 205, 231, 258, 283, 295, 309, 321, 322, 336, 337, 353, 355, 370, 423, 424, 477, 478, 484, 535
 justesse, 31, 59, 66, 78, 89, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 124, 132, 133, 209, 211, 223, 238, 245, 251, 262, 264, 279, 283, 389, 433, 443, 484
 réciprocité, 126, 127, 128, 129, 139, 142, 169, 228, 247, 260, 267, 272, 324, 327, 331, 354
 véracité, 78, 116, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 218, 283, 484
 vérité, 32, 33, 36, 37, 48, 49, 50, 53, 58, 59, 60, 62, 72, 78, 102, 103, 105, 108, 111, 116, 118, 119, 121, 123, 126, 132, 133, 136, 137, 143, 187, 196, 262, 263, 265, 283, 386, 390, 459, 483, 484, 485, 503, 504, 529
 Principe(s)
 d'autonomie de la personne, 359, 414
 d'inviolabilité de la personne, 414
 d'universalisation, 50, 211, 262, 264, 271
 de dignité de la personne, 415
 de l'amour de soi, 31

de neutralité du service public, 416
démocratique, 244, 245, 246, 281
moral, 244, 250
particulièrement nécessaires à notre
temps, 259, 277
Private bills, 342
Procédure juridictionnelle
accusatoire, 380, 381
inquisitoriale, 378, 379, 380, 381
Procès d'entente axiologique, 46, 85, 90,
92, 95, 99, 117
Procès de Nuremberg, 224
Processus
d'objectivation, 119
de désincorporation, 127
Programme
conditionnel, 294, 329, 331, 332, 373,
391, 392
finalisé, 294, 329
Projet cosmopolitique, 180, 184
Promesse, 77, 78, 81, 82, 83, 84, 102, 109,
112, 114, 115, 160, 167, 212, 227, 228,
229, 230, 231, 243, 277, 484, 494, 502
Pronostic, 102, 103, 105, 106, 108, 116,
262
Propagande, 225
Propédeutique, 22, 288
Proposition d'action
affectuelle, 68, 85, 92, 96, 99, 133, 283,
484
axiologique, XIII, 23, 40, 43, 52, 68, 85,
86, 87, 90, 92, 117, 121, 122, 133,
135, 198, 200, 203, 235, 283, 294,
295, 305, 310, 311, 313, 314, 315,
316, 317, 319, 320, 322, 325, 328,
329, 345, 356, 357, 360, 382, 409,
412, 417, 443, 450, 481, 484, 486,
535
instrumentale, 50, 51, 62, 69, 85, 87, 99,
132, 133, 283, 295, 310, 311, 351,
411, 420, 484
stratégique, 69, 77, 78, 79, 80, 81, 83,
85, 95, 99, 102, 109, 110, 111, 112,
113, 115, 117, 125, 132, 133, 234,
283, 354, 363, 367, 417, 422, 423,
424, 432, 459, 462, 484, 500
Protection
juridique compensatoire, 258
sociale, 229, 259, 419, 420, 436, 439,
491, 510, 528

Pseudo-argument, 78
Pseudo-sciences, 107
Publicité, 57, 215, 233, 324, 449, 452,
453, 466, 471, 472, 477, 507, 511, 523
Puissance publique, 27, 293, 306, 392,
411, 440, 443, 471, 502, 514
Puissance suprême de domination, 323

Q

Questions
clinique, 86
de confiance, 74, 336
éthico-existentielles, 135
éthico-politiques, 135, 138, 168
éthiques, 133, 136, 224
morales, 66, 136, 207, 245, 254, 355,
361, 390, 483, 532
pragmatiques, 483

R

Raison
normative, 289, 292, 294, 311, 372,
391, 395, 403, 404, 405, 406, 407,
482
objectivante, 74
pratique, 30, 31, 485, 525
pure, 31
Rapport externe de rationalité, 104, 105
Rationalité
cognitive, 87
communicationnelle, 137, 246, 247, 263
en valeur, 86, 506
instrumentale, 87
Réciprocité principielle, 267
Recours en manquement, 232, 294, 307,
328, 440, 550
Recours juridictionnel
holiste, 378, 379, 380, 381
individualiste, 378, 379, 381
Rédemption, 88, 89, 90
Référé liberté, 380
Référendum, 74, 84, 89, 105, 113, 175,
182, 183, 256, 257, 278, 298, 314, 315,

335, 337, 344, 350, 351, 364, 367, 393,
400, 401, 403, 463, 464, 470, 471, 494,
507, 508, 518
Réfutabilité, 106, 107
Régie directe, 438
Règle(s)
d'or, 200, 201, 272
de conduite, XIII, 31, 43, 46, 92, 116,
211, 213, 215, 220, 222, 223, 224, 226,
227, 231, 234, 235, 244, 250, 264, 267,
270, 271, 279, 281, 283, 483
de fiction, 76
de l'expérience, VII, 36, 37, 56, 72, 91,
105, 116, 139, 172, 198, 224, 283,
348, 485, 498
du calcul, 69, 73, 76, 102, 105, 106,
107, 108, 116, 178, 390, 581
du jeu, 18, 149, 151, 227, 236, 238, 239,
241, 496
morale, 43, 45, 88, 209, 210, 211, 212,
213, 216, 220, 223, 226, 227, 228, 235,
239, 240, 243, 246, 248, 262, 268, 281,
284, 285, 485
Réification, 51, 119, 120, 121, 124, 155,
331, 414, 461, 533
Religion, 21, 30, 46, 47, 68, 79, 86, 87, 88,
89, 117, 118, 119, 121, 220, 242, 262,
270, 290, 308, 326, 333, 416, 430, 458,
499, 516, 521, 523, 544
Répression, 55, 99, 266, 307, 331, 377
Réseaux sociaux, 231, 465, 478
Réserve de loi, 273, 493
Révolution, 26, 141, 155, 171, 177, 225,
240, 344, 358, 363, 413, 426, 449, 463,
472, 516, 520
Rhétorique, 56, 70, 71, 74, 95, 131
Roe v. Wade, 473, 557

S

Savoir
juridique, 41, 144, 147, 163, 173, 175,
176, 180, 183, 185, 192, 195, 196, 207,
284, 484
systémique, 412
Scepticisme épistémologique, 52, 262
Sécurité

juridique, 38, 40, 41, 76, 331, 356, 393,
395, 499
sociale, 27, 259, 335, 336, 385, 419,
420, 422, 423, 445, 528
Sédimentation juridique, 141
Ségrégation, 240, 274, 427, 460, 461
Sein, 18, 19, 20, 21, 61, 62
Sémantique, 24, 28, 32, 33, 35, 36, 37, 49,
52, 63, 74, 83, 100, 103, 104, 107, 110,
111, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 120,
122, 249, 287, 288, 332, 510
Sémiotique, 100, 102, 129, 140, 534
Sensibilité morale, 356
Service public, 253, 295, 305, 306, 307,
310, 311, 321, 323, 329, 350, 358, 413,
414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421,
422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429,
430, 431, 432, 433, 434, 435, 437, 438,
439, 440, 441, 443, 444, 445, 446, 447,
448, 479, 482, 490, 491, 492, 493, 498,
500, 510, 515, 518, 523
Signe linguistique, 33, 37
Situation idéale de parole, 37, 54, 55, 56,
263
Skêptron, 21
Socialisation, 148, 152, 155, 159, 160,
163, 165, 166, 167, 168, 169, 173, 178,
179, 183, 185, 192, 195, 207, 212, 354,
355, 357, 358, 359, 378, 412, 426, 451,
454
Sociétaire juridique, 37, 38, 62, 244, 248,
251, 252, 253, 255, 257, 258, 259, 260,
261, 262, 267, 268, 269, 271, 272, 273,
277, 278, 279, 485
Société civile, 58, 152, 348, 353, 412, 413,
444, 452, 458, 460, 461, 462, 464, 466,
477, 482, 498
Sollen, 18, 19, 20, 21, 40, 61, 62, 579
Sous-système fonctionnel, 458, 459, 462,
466, 477, 482, 487
Souveraineté
nationale, 75, 194, 252
populaire, 58, 144, 152, 159, 288, 290,
294, 295, 309, 311, 334, 338, 373,
391, 399, 502
Sphères de pouvoir, 154, 155, 207, 211,
212, 232, 272, 278, 289, 290, 292, 311,
312, 313, 328, 329, 330, 341, 353, 354,
356, 357, 358, 359, 360, 362, 363, 364,
369, 370, 371, 386, 388, 395, 399, 402,

407, 410, 411, 412, 413, 422, 423, 436, 440, 441, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 460, 461, 462, 466, 467, 468, 469, 471, 472, 473, 477, 479, 481, 482, 486, 487, 502

Sport, 238, 239, 420, 440, 531

Stade de développement moral
 conventionnel, 390
 post-conventionnel, 390
 pré-conventionnel, 390

Standard de valeur, 117, 121, 123, 124, 132, 582

Statut juridique
 objet de droit, 269
 sujet de droit, 247, 268, 269, 503

Stratégie de choc moral, 465

Structure
 structurante, 355
 subliminale du langage, 34

Subsidiarité juridictionnelle, 328, 499

Suffrage universel, 28, 71, 89, 105, 144, 148, 154, 155, 316, 350, 367, 376, 401, 437, 441, 469, 470, 472, 549

Sur-légalisation de la société, 354, 355, 357, 358

Sur-socialisation du droit, 354, 355, 358, 359

Syntaxe logique, 33, 35, 62, 511, 579

Système (juridique)
 d'action, 245, 330
 symbolique, 141, 245

Système
 JP, 129, 495
 politique, 291, 311, 332, 333, 340, 353, 359, 361, 362, 396, 412, 413, 417, 436, 438, 447, 448, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 465, 466, 467, 468, 469, 471, 472, 473, 475, 476, 477, 478, 479, 481, 482, 486, 491, 539
 social, 292, 329, 330, 333, 428, 509
 socio-culturel, 139

T

Tâche régulatrice, 311

Tangibilité, 44, 72, 73, 233, 237, 262, 297, 471

Téléocratie, 335

Temps parlementaire, 335, 492, 509

Terrorisme, 80, 99, 130, 131, 225, 226, 231, 308, 332, 505, 516

Test d'universalisation, 246, 263, 268, 271, 272, 279, 285

Théorie(s)
 critique, 38, 39, 44, 342, 537
 de l'agir communicationnel, 25, 29, 36, 37, 38, 47, 49, 55, 287, 357
 de la justice, 38, 41, 42, 43, 62, 210, 530
 de la signification, 34, 36, 50
 des jeux, 71, 355
 des systèmes, 288, 330, 333, 411, 412
 du contrat social, 45, 412
 du désir mimétique, 119, 125
 du droit, 38, 39, 40, 42, 43, 65
 du langage, 19, 21, 23, 29, 30, 32, 33, 35, 57, 62
 du positivisme juridique, 20, 35, 38, 39, 40, 41, 43, 62, 145, 236, 372, 444, 453, 509, 517, 518, 527
 du voile d'ignorance, 201, 210
 économique de la démocratie, 277
 empiristes, 277
 herméneutique, XIII, 25, 39, 40, 51, 62, 86, 136, 137, 138, 160, 180, 235, 245, 264, 271, 372, 383, 505, 521, 522, 529
 jusnaturaliste, 38, 62
 normativiste, 39, 40, 41, 62, 236, 330
 réaliste de l'interprétation, 39, 40, 62, 107, 372, 501, 529
 substantielle des droits, 371

Tradition
 originelle, 137, 172, 179, 180, 183, 187, 188, 189, 192, 196, 197, 198, 199, 204, 205, 207, 284, 484
 rivale, 179, 187, 196, 197, 198, 201, 204, 205, 207

Traité de paix et d'amitié, 256

Traitement des raisons normatives
 constructif, 404, 406
 reconstructif, 405, 407

Transaction sociale, 227, 228, 537

Transfert
 contraint, 232, 233, 234, 235
 non-contraint, 232, 233, 234, 235

U

Union européenne, 75, 161, 168, 169, 199,
351, 427, 428, 557
Univers de discours, 197, 585
Universalité sémantique, 32, 35
Univocité, 106, 210
Utilitarisme, XII, 31, 68, 267, 433, 442

V

Validité causale, 103, 104

Variables infra-sociétales, 467
Violence, 58, 89, 119, 126, 149, 216, 225,
232, 233, 239, 252, 309, 332, 363, 383,
461, 465, 516, 548
Volition d'ordre supérieur, 200, 201
Volontarisme, 137, 254, 306, 396, 404
Volonté
générale, 196, 344, 400, 403, 490
politique, 56, 65, 66, 138, 148, 179,
182, 196, 199, 207, 247, 254, 287,
290

INDEX NOMINUM

(Les chiffres et les nombres renvoient aux numéros de pages)

A

Aarnio, A., 24, 25, 514
Abel, R., 322, 343, 500, 529
Abendroth, W., 57
Abrial, S., 494
Alberdi, J.-B., 393, 394, 454, 514
Aldao, M., 534
Alexy, R., 388, 389, 390, 404, 495, 514, 530
Alviar, H., 534
Ambroise, B., 84, 494
Ameller, M., 151, 490
Amieva, H., 223, 494
Amselek, P., 20, 514
Apel, K.-O., 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 62, 276, 493, 514, 526
Aragoneses, A., 297, 535
Aral, S., 106, 513
Aranjo (de), C., 149, 494
Arato, A., 240, 518
Arendt, H., 215, 293, 311, 449, 515, 535, 540
Arias Maldonado, M., 465, 494
Aristote, 60
Arnaud, C., X, 150, 193, 222, 223, 435, 465, 490, 509, 535
Aron, R., 225, 515
Assier-Andrieu, L., 241, 515
Astruc, P., 160, 515
Atias, C., 141, 515
Atienza, M., 172, 389, 495, 514, 515
Aubenque, P., 67, 495
Aubert, I., IX, 56, 288, 289, 495, 502, 541
Auby, J.-M., 347, 495

Audouy, L., 336, 495
Austin, J., 16, 17, 18, 21, 84, 114, 322, 500, 505, 515
Avril, P., 332, 340, 489, 495, 515
Ayala, J., 301, 368, 380, 535
Azoulai, L., 534

B

Bachrach, P., 476, 515
Bachschmidt, P., 495
Bacon, F., 15, 44, 515
Balladur, E., 200, 336, 346, 347, 350, 457, 546
Bantigny, L., 495
Baratz, M., 476, 515
Barbier, A., 435, 490
Barletti, A., 190, 490
Barquín Cendejas, A., 495
Barrena, G., 515
Bart, J., 130, 131, 225, 241, 513, 515, 526
Barthélémy, J., 145, 495
Barthes, R., 515
Bastid, P., 146, 334, 374, 495, 515, 540
Bastid-Burdeau, G., 334, 515
Bastien, F., 350, 521, 546
Baubérot, J., 153, 535
Bauby, P., 428, 515
Bauer, A., 225, 516
Bazán, V., 185, 186, 202, 495
Beaud, O., 140, 144, 145, 146, 339, 364, 404, 411, 492, 495, 514, 516, 535, 540
Beavin, J., 125, 533
Bécane, J.-C., 334, 516

Béchillon (de), D., 328, 495, 536
Becker, J.-J., 28, 418, 537
Becker, W., 28, 149, 418, 516, 537
Bédarrides, E., 171, 490
Beetham, D., 314, 516
Beiner, R., 135, 516
Belloubet, N., 318, 496
Ben Younes, S., 151, 490
Benedict, R., 76, 516
Benhabib, S., 449, 535
Benillouche, M., 194
Benjamin, W., 233, 313, 314, 315, 317,
319, 454, 456, 491, 516, 518, 528
Benson, R., 449, 496
Bentham, J., 267, 516, 524
Bentley, A., 227, 536
Benveniste, É., 21, 516
Bergalli, R., 157, 158, 496
Bergé, A., 97, 98, 545
Bergson, H., 217, 516
Berloquin, P., 236, 496
Bernardi, B., 313, 516
Bernaud, V., 272, 490, 506
Berrendonner, A., 18, 516
Berry, J., 516
Berstein, S., 516
Bertrand, D., 16, 161, 167, 273, 298, 301,
313, 335, 363, 385, 393, 435, 465, 490,
491, 493, 494, 506, 541, 542, 543, 545
Bessy, C., 72, 516
Bianchi, S., 179, 496
Bidart Campos, G., 27, 165, 422, 459, 475,
489, 496
Bidegaray, C., 340, 496
Billier, J.-C., 267, 516
Binet, E., 548
Birnbaum, J., 237, 516, 542
Bismuth, R., 534
Blachère, P., 401, 403, 490, 496
Blanc, D., 189, 496, 519
Blatrix, C., 168, 468, 535, 541, 545
Blondel, E., 214, 516
Bobbio, N., 39, 40, 288, 517
Böckel, J.-J., 551
Boltanski, L., 128, 517
Bonnard, R., 171, 517
Bonnet, J., 402, 517
Boré, L., 496
Borella, F., 182, 183, 496
Borgetto, M., 438, 496

Bouchereau, T., 422, 423, 490
Boudon, R., 19, 87, 517, 535
Bougrab, J., 357, 491
Bourdieu, P., 18, 21, 55, 56, 227, 264, 355,
471, 496, 511, 517
Bouretz, P., 386, 496
Bourg, D., 420, 535
Bouru, M., 385, 491
Bouveresse, J., 35, 36, 517
Bouvier, L.-A., 348, 491
Bouzat, G., 250, 496
Boyer-Capelle, C., 415, 425, 426, 429,
430, 491
Branchet, B., 517
Braud, P., 127, 355, 496, 517
Braudel, F., 230, 496
Briand, L., 520
Brimo, S., 443, 535
Briones, C., 496
Brooks Higginbotham, E., 517
Bruce, E., 146, 496
Brüggemann, M., 542
Brun, F., 167, 499
Brunet, P., 395, 396, 535, 536
Bühler, K., 33, 34, 35, 36, 37, 62, 494,
517, 599
Bui-Xuan, O., 496
Burdeau, G., 191, 229, 334, 515, 517, 536
Burke, K., 72, 465, 517
Butler, J., 463, 517
Buzyn, A., 547
Byk, C., 277, 497

C

Caillosse, J., 314, 517
Calhoun, C., 535, 537
Caminotti, M., 497
Capitant, R., 364, 416, 535, 536, 542
Carbonnier, J., 331, 334, 489, 517
Carcassonne, G., 300, 318, 489
Cárdenas, A., 340, 360, 491, 497
Carnap, R., 33, 34, 35, 36, 37, 51, 62, 511,
517, 518, 599
Carpentier, M., 1, 491
Carrasco, M., 202, 517
Carrizo, C., 190, 497
Cassagne, J.-C., 147, 324, 406, 497, 536

Cassin, R., 162, 396, 497
Castan, A., 428, 503
Castor, C., 193, 497
Catala, M., 169, 497
Catherine, A., 43, 86, 101, 193, 242, 252,
253, 268, 269, 273, 390, 435, 495, 497,
498, 504, 505, 512, 530, 532, 539, 545,
548
Cefai, D., 197, 198, 356, 497
Cetrángolo, O., 518
Chabrier, L., 368, 491
Challe, É., 246, 497
Chambers, S., 497
Chamoux, M.-N., 497
Champaud, C., 536
Champeil-Desplats, V., 40, 522, 536, 544
Chapeau-Sellier, V., 419, 491
Chapus, R., 296, 305, 518, 544
Chateauraynaud, F., 72, 497, 516
Chatriot, A., 348, 498, 518
Chennoufi, R., 200, 536
Chevallier, J., 141, 253, 306, 310, 311,
321, 323, 325, 326, 414, 417, 420, 435,
438, 498, 518, 536, 540
Cheynet de Beaupré, A., 216, 498
Chirac, J., 83, 167, 174, 175, 180, 194,
195, 315, 356, 392, 405, 498, 546, 547
Chomsky, N., 51
Christiano, T., 462, 536
Clergeau, M.-F., 548
Clérico, L., 534
Cluzel-Métayer, L., 253, 498
Cochet, Y., 351, 550
Coffa, A., 35, 518
Cohen, J., 240, 498, 518, 537, 545
Cohendet, M.-A., 167, 498
Cohen-Halimi, M., 498
Colliard, J.-C., 175, 333, 493, 536
Colliot-Thélène, C., 86, 101, 252, 495, 498
Comadira, J.-P., 165, 508
Cometti, J.-P., 536
Comte, A., 223, 453, 510, 518
Comte-Sponville, A., 223, 518
Conac, G., 191, 536, 540
Conche, M., 93, 94, 95, 498
Condorcet, N., 260, 518
Constant, B., 454, 518
Coppens, Y., 181, 314, 469, 503, 551
Cornu, G., 347, 445, 489
Corre Chantecaille (le), M., 276, 493

Costa, O., 151, 519
Coste, C., 222, 274, 349, 507, 523
Couderc, M., 334, 516
Craig, B., 97, 449, 498, 513, 535, 537
Cronin, C., 536
Cronin, T., 344, 519
Curcio, J., 518
Cusset, Y., 245, 332, 498, 519

D

D'Aquin, T., 136
Dahl, R., 291, 519
Dalla Corte, G., 498
Dalla Via, A., 498
Damásio, A., 96, 97, 98, 519
Dati, R., 75, 150, 151, 192, 253, 304, 347,
349, 376, 393, 436, 437, 457, 546
De Galembert, C., 536
De Gaulle, C., 84, 89, 104, 105, 113, 114,
316, 338, 350, 351, 367, 396, 519
De Rugy, F., 351, 547, 550
Decencièrre-Ferrandière, A., 374, 499
Defoort, B., 313, 314, 315, 317, 319, 491
Degoffe, M., 499
Deléage, J.-P., 167, 499
Delion, A., 499
Dellaux, J., 499
Delmas-Marty, M., 147, 194, 198, 519,
534, 535, 541
Déloye, Y., 237, 524
Delrio, W., 496
Delvolvé, P., 303, 305, 307, 309, 425, 426,
427, 489, 490, 499, 536
Demeulenaere, P., 118, 519
Denquin, J.-M., 84, 367, 519
Derrida, J., 20, 21, 372, 499, 519
Descartes, R., 96, 98, 137, 452, 492, 519
Deutsch, K., 412, 499
Devaux, E., 430, 491
Devillers, C., 218, 499
Dewey, J., 227, 458, 460, 519, 533, 536
Diémert, S., 175, 176, 499
Dilmaç, J., 219, 499
Dima Ehongo, P., 198, 199, 541
Dobelle, J.-F., 194, 499
Dolbeau-Bandin, C., 503
Dord, O., 328, 499

Dorlencourt-Detrégiache, D., 445, 491
Downs, A., 519
Droin, N., 161, 499
Dubreuil, B., 275, 519, 541, 545
Ducharme, T., 398, 491
Duff, A., 292, 499
Duggan, T., 214, 225, 501
Duguit, L., 298, 305, 377, 519
Duhamel, A., 84, 141, 499, 537, 544
Dulong, D., 499
Dumont, G., 439, 440, 489
Dumont, L., 377, 520
Dupic, E., 520
Dupont-Lassalle, J., 328, 499
Duranton, J.-P., 229, 499
Durkheim, É., 104, 377, 509, 520
Durupty, M., 499
Dutheillet de Lamothe, O., 357, 500
Dworkin, R., 43, 122, 372, 373, 387, 414, 444, 493, 500, 520, 527, 537

E

Eco, U., 61, 520
Edelman, M., 355, 520
Eley, G., 537
Elster, J., X, 77, 78, 79, 80, 83, 110, 111, 113, 142, 268, 276, 362, 363, 366, 474, 475, 500, 519, 520, 539, 541
Ely, J.-H., 381, 382, 520
Emeri, G., 340, 496
Engel, P., 294, 500
Engisch, K., 24, 520
Épicure, 93, 94, 498, 520
Erstein, L., 325, 520
Estlund, D., 143, 503, 520
Etchichury, H., 424, 520

F

Fabra, P., 100, 520
Faccendini, A., 474, 537
Fanon, F., 461, 520
Fariás-Maffet, G., 203, 361, 537
Farjat, G., 238, 537

Fassin, D., 220, 537
Fassin, E., 473, 500
Faye, A., 375, 376, 491
Fedi, L., 90, 121, 500
Felstiner, W., 322, 500
Ferrand, M., 232
Ferrarese, E., 537
Ferry, J.-M., 33, 262, 521, 523
Fezas, J., 369, 537
Fiat, C., 546
Fillon, F., 75, 150, 151, 192, 253, 304, 347, 349, 376, 393, 437, 457, 546, 547
Fischer, G., 182, 500
Fiss, O., 384, 537
Fleury, M., 167, 498
Foot, P., 442, 500
Forray, V., 534
Foucart, J., 228, 537
Foucault, M., 15, 16, 21, 141, 220, 384, 419, 493, 500, 521, 537, 544
Foulquier, N., 418, 500
Fournier, J., 335, 337, 339, 521, 536
Fox, C., 311, 521
Frankfurt, H., 200, 521
Fraser, N., 55, 57, 58, 274, 449, 460, 461, 500, 521, 537
Frege, G., 33, 36, 521
Fridenson, P., 525
Fried, C., 212, 213, 214, 219, 226, 227, 521
Friedmann, W., 415, 417, 521
Frioux, D., 500
Fromentin, T., 500
Frydman, B., 500, 521
Fuchs-Cessot, A., 189, 491
Fuente (de)(la), D., 177

G

Gadamer, H.-G., 25, 39, 136, 137, 521
Gadhoun, P.-Y., 402
Gaillard, G., 263, 522, 543
Gakh, M., 501
Gallegos Fedriani, P., 406, 501
Ganascia, J.-G., 224, 225, 501
Garapon, A., 522
García Belaunde, D., 380, 501
García Lema, A., 202, 365, 537

García, J., 202, 257, 365, 380, 501, 533, 537
Gargarella, R., 1, X, 26, 153, 157, 158, 159, 166, 184, 249, 266, 363, 414, 427, 448, 473, 501, 522, 538, 541
Garrau, M., 501
Garreau, O., 277, 491
Garrec, R., 470, 549
Gaté, J., 242, 538
Gay, L., 229, 273, 491, 506, 545
Gélard, P., 175, 194, 441, 469, 541, 549
Gerbet, P., 168, 522
Gert, B., 212, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 235, 236, 239, 240, 243, 248, 281, 284, 485, 501, 522, 538
Ghéradi, É., 160, 515
Gicquel, J., 303, 332, 340, 489, 501, 538, 539
Gicquel, J.-E., 332, 340, 401, 457, 489
Gil Lavedra, R., 184, 185, 501
Gillet, J.-L., 213, 489
Gillet, J.-L., 222, 501
Girard, C., 152, 153, 154
Girard, R., 125, 126, 152, 153, 154, 501, 514, 527
Giraud, J., 548
Girer, M., 277, 501
Girod, A., 449, 494
Glazer, N., 154, 542
Glover, J., 442, 522
Goblot, E., 121, 522
Godart, J., 522
Goffman, E., 125, 221, 222, 434, 522
Gohin, O., 176, 538
Göhler, G., 501
Goldfarb, M., 538
Gómez I. Mestres, S., 498
Gomiz, M., 202, 531
Gonod, P., 346, 501
Gonthier, F., 104, 501
González Hernández, E., 502
González, F., 501, 502
Gordillo Triana, J., 502
Gougeon, P., 471, 502
Goyard-Fabre, S., 307, 493
Gregor Barié, C., 502
Griffin, J., 295, 538
Grimm, D., 140, 320, 522

Grondin, J., 235, 521, 522
Grosley, P.-J., 241, 522
Grosman, L.-S., 165, 166, 538
Guastini, R., 23, 24, 172, 502, 522
Guglielmi, G., 306, 523, 540, 542
Guigou, E., 174, 175, 194, 252, 387, 437, 547
Guillaume, M., IX, 23, 24, 141, 174, 229, 234, 299, 300, 303, 318, 489, 493, 502, 534, 543, 544, 545, 550
Guinaudeau, I., 502
Günther, K., 23, 24, 25, 245, 262, 267, 268, 271, 275, 279, 281, 371, 502, 523, 538, 541

H

Habermas, J., 25, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 74, 77, 78, 85, 86, 87, 88, 92, 100, 101, 102, 104, 105, 109, 117, 118, 121, 123, 124, 125, 132, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 148, 149, 150, 152, 154, 156, 157, 158, 159, 163, 166, 167, 170, 171, 172, 173, 176, 177, 178, 179, 187, 192, 193, 194, 197, 198, 199, 200, 201, 209, 210, 211, 212, 219, 220, 226, 227, 229, 235, 243, 244, 245, 246, 247, 251, 252, 253, 254, 255, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 267, 268, 271, 279, 280, 281, 283, 285, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 311, 312, 313, 320, 321, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 338, 341, 342, 344, 353, 357, 359, 362, 367, 369, 371, 372, 373, 377, 378, 382, 389, 390, 391, 397, 399, 404, 405, 409, 411, 412, 413, 414, 415, 417, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 456, 458, 460, 461, 462, 465, 467, 471, 477, 479, 481, 482, 483, 485, 486, 488, 496, 497, 498, 502, 504, 506, 509, 511, 515, 519, 520, 522, 523, 527, 530, 532, 535, 536, 537, 538, 540, 541, 543
Halioua, B., 224, 539
Hamann, J. G., 51
Hamon, F., 21, 489, 540
Haro, R., 503

Hart, H., 40, 236, 373, 381, 383, 442, 444,
520, 524, 527, 529
Hauriou, M., 489
Hébraud, P., 386, 539
Hédon, C., 439
Hegel, G.-W.-F., 228, 524
Heidegger, M., 51
Hen, C., 169, 524
Henderson, H., 189, 503
Henrion de Pansey, P., 317, 524
Hérin, J.-L., 334, 516
Hermitte, M.-A., 269, 503
Hernández Valle, R., 177, 503
Hernández, A., 177, 502, 503, 524
Herrera, C.-M., 1, 27, 171, 178, 364, 419,
420, 423, 431, 503, 524, 535, 539
Hess, G., 267
Hesse, K., 246, 524
Hevia de la Jara, F., 345, 352, 503
Ho Dinh, A.-M., 374, 503
Hobbes, T., 45, 209, 229, 240, 281, 524,
538
Hoepffner, H., 347, 503
Höffe, O., 77, 78
Hölderlin, F., 51
Holmes, S., 142, 539
Honneth, A., 274, 521
Honoré, A., 442, 524
Horkheimer, M., 136, 524
Horwitz, M., 399, 503
Houillon, G., 492
Hubert, P., 359, 421, 428, 503, 510, 530
Hudon, R., 539
Huët, R., 524
Hume, D., 19, 524
Hummel, J., 171, 539
Huten, N., 168, 469, 512
Hutier, S., 150, 539
Huyghe, F.-B., 225, 516
Hyst, J.-J., 437, 456, 549, 550

I

Ihl, O., 237, 524
Invernizzi Acceti, C., 143, 503
Isambert, F.-A., 503
Israël, L., 464, 524

J

Jackson, D., 97, 125, 474, 533, 551
Jacobs, L., 453, 524
Jakobson, R., 34, 120, 524, 539
James, W., 47, 48, 62, 203, 295, 421, 465,
503, 521, 524, 526, 537, 538
Jan, P., 164, 336, 338, 492, 539, 543
Janet, P., 90, 125, 524, 533
Jasper, J., 465, 503
Jaubert, E., 503
Jaume, L., 229, 524
Javillier, J.-C., 272, 532
Jégouzo, Y., 181, 314, 503
Jensel-Monge, P., 174, 457, 503
Jeudy, H.-P., 225, 226, 504, 525
Jezieniecki, M., 203, 539
Jiménez, E., 359, 504
Jobard, F., 233, 525
Johnston Conover, P., 504
Jonas, H., 224, 525
Jorda, J., 176, 504
Jospin, L., 174, 175, 194, 252, 547
Jozefowicz, H., 402, 504
Junter, A., 221, 222, 504

K

Kahn, P., 140, 141, 399, 504, 525
Kant, E., 30, 31, 36, 37, 43, 50, 67, 68, 86,
136, 153, 209, 210, 212, 220, 244, 252,
262, 483, 495, 498, 518, 525, 534, 539,
544
Kelsen, H., 19, 20, 39, 41, 171, 236, 373,
374, 404, 405, 525, 529, 540
Kerrouche, É., 151, 519, 546
Kervégan, J.-F., IX, 213, 449, 504, 524,
541
Key, V., 467, 525, 545
Kleinen-Von Königslöw, K., 542
Kocadal, O., 219, 499
Kohlberg, L., 55, 344, 390, 513, 525, 539
Kosciusko-Morizet, N., 106, 356, 548
Koubi, G., 153, 174, 260, 278, 306, 523,
540, 542
Kreps, D., 504

Kuhn, S., 171, 504, 525

L

La Fontaine (de), J., 276, 525
Lacharrière (de), R., 182, 504
Lachaud, B., 546
Ladrière, P., 540
Laferrrière, E., 377, 489
Lafon, N., 321, 325, 492
Lafont, C., 55, 58, 59, 451, 456, 462, 504, 525, 537, 540, 541
Lagarde, C., 547
Lamare, K., 468, 541
Lamaze (de), É., 392, 393, 529
Landenne, Q., 276, 526
Landes, J., 460, 526
Langlois, L., 59, 210, 504
Lapeyre, M.-P., 387, 492
Laporta, F., 363, 504
Larrère, C., 268, 269, 504, 532
Larroque, F., 17, 18, 19, 492
Lascombes, P., 540
Lassègue, J., 522
Lasserre, B., 414, 504
Laugier, S., 16, 505
Laupies, F., 222, 526
Lavau, G., 374, 540
Le Bart, C., 130, 131, 225, 513, 526
Le Bot, O., 489
Le Breton, D., 216, 526
Le Bris, C., 242, 505
Le Cour Grandmaison, O., 218, 526
Le Divellec, A., 540
Le Goff, A., 501, 505
Le Goff, J.-P., 260, 501, 505
Leben, C., 383, 505
Lecanuet, J., 195, 405, 546
Lechaux, B., 129, 540
Ledrut, R., 526
Lefort, C., 126, 127, 514, 526, 532
Légicentrisme, 356
Lemieux, V., 120, 505
Lenoble, J., 332, 526
Léonard, J., 169, 524
Lépinard, E., 264, 265, 526
Lepoutre, J., 308, 505
Lévinas, E., 215, 526

Lhoëst, B., 298, 505
Lindblom, C., 280, 507
Lindblom, C., 291, 519
Linz, J., 337, 540
Lissidini, A., 159, 256, 526, 543
Lochak, D., 21, 153, 240, 252, 278, 321, 322, 323, 324, 374, 375, 429, 492, 505, 526, 540
Lombart, M., 439, 440, 489
López Alfonsín, M., 505
Louis, A., 41, 71, 155, 167, 222, 229, 240, 241, 272, 273, 276, 334, 377, 383, 416, 467, 472, 476, 490, 491, 493, 496, 501, 515, 516, 520, 523, 524, 536, 538, 543, 548, 549
Lovelock, J., 421, 526
Luckmann, T., 139, 531
Luhmann, N., 288, 294, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 354, 359, 369, 411, 412, 509, 510, 526, 540
Lukacs, G., 357, 526

M

MacCormick, N., 24, 389, 526
MacIntyre, A., 136, 137, 139, 140, 142, 155, 156, 170, 171, 172, 173, 179, 187, 188, 192, 196, 197, 201, 207, 284, 484, 526
Mackie, J., 443, 527
Maesschalck, M., 332, 526
Maillard (de), J., 233, 525
Malamud, A., 459, 505
Maligner, B., 237, 400, 505, 527
Malinvaud, P., 527
Mamère, N., 351, 550
Mandler, J., 505
Manili, P., 302, 505
Manin, B., 195, 292, 411, 505, 544
Mannes, A., 429, 430, 492
Mansbridge, J., 288, 463, 505, 536
Maraniello, P., 185, 505
Marbouty, F., 416, 492
Marcant, O., 468, 541
Marguin, J., 506
Marmasse, G., 156, 506
Marmilloud, L., 223, 506
Maronneau, L., 430, 493

Marsaud, S., 548
 Mashaw, J., 294, 527
 Mason, R., 274, 527
 Mastor, W., 506
 Mathieu, B., 1, 141, 161, 167, 273, 298,
 317, 363, 389, 491, 506, 542, 543, 544
 Maturana, H., 354, 527
 Mauguin Helgeson, M., 332, 342, 343,
 349, 492
 Mauss, M., 377, 527
 Mazeaud, A., 314, 335
 McCarty, T., 244, 527
 Mead, G.-H., 16, 197, 198, 227, 262, 506,
 512, 527
 Mecle Armiñana, E., 164, 179, 343, 541
 Medina, M., 538
 Méhaignerie, P., 200, 546
 Meili, S., 506
 Melleray, F., 377, 378, 379, 380, 381, 492
 Mény, Y., 160, 527
 Merleau-Ponty, M., 72, 527
 Mesure, S., 87, 200, 535, 536
 Meyer, M., 361, 527
 Mialot, C., 198, 199, 541
 Michel, J.-P., 15, 16, 20, 21, 24, 40, 45,
 71, 83, 106, 141, 151, 167, 168, 169,
 181, 198, 217, 218, 220, 222, 223, 241,
 242, 269, 298, 299, 334, 336, 339, 356,
 363, 384, 400, 405, 418, 430, 438, 468,
 469, 489, 490, 492, 493, 496, 497, 499,
 500, 507, 509, 511, 513, 516, 517, 518,
 521, 525, 527, 528, 529, 532, 533, 535,
 536, 537, 539, 541, 542, 543, 544, 545,
 549
 Michelman, F., 77, 151, 246, 372, 373,
 399, 400, 403, 406, 459, 506
 Mien, E., 86, 506
 Míguez, M., 159, 256, 507
 Mill, J.-S., 153, 154, 527
 Miller, S., 475, 541
 Mills, C., 476, 527
 Miné, M., 222, 507
 Mira, M., 446, 541
 Moderne, F., 22, 368, 527
 Mommsen, T., 307, 527
 Monnier, F., 392
 Montaigne (de), M., 20, 527
 Montané de la Roque, P., 445, 492
 Monte, M., 534, 541

Montesquieu, C., 241, 291, 340, 377, 470,
 486, 492, 494, 527
 Moore, G.-E., 214, 527
 Morán Faúndes, J., 270, 541
 Morand-Deviller, J., 181, 507
 Moreau de Bellaing, C., 233, 507
 Morel, L., 470, 507, 520
 Moreno Cruz, R., 142, 143, 507
 Morinière, L., 1, 269, 541
 Morio, C., 463, 507
 Morris, C., 100, 154, 507
 Mossuz-Lavau, J., 507
 Motulsky, H., 296, 528
 Moutouh, H., 429, 490
 Muhlman, G., 278
 Muir Watt, H., 534
 Müller, D., 137, 246, 395, 396, 524, 528
 Müller, F., 395, 528
 Musiani, F., 241, 507

N

Nabert, J., 214, 215, 528
 Nacci, M., 218, 219, 512
 Nadeau, C., 275, 519
 Nagel, T., 433, 528
 Nahoum-Grappe, V., 465, 507
 Nanz, P., 451, 541
 Nardon, L., 507
 Natale, A., 27, 115, 122, 142, 143, 164,
 185, 190, 302, 340, 379, 507
 Née, É., 225, 513
 Negretto, G., 158, 191, 341, 363, 384, 507,
 508, 541
 Nielsen, F., 165, 508
 Nietzsche, F., 214
 Nino, C., X, 66, 140, 141, 142, 143, 151,
 344, 345, 414, 415, 432, 433, 442, 443,
 444, 445, 446, 448, 507, 508, 528
 Noël, J., 351, 508, 550
 Nonet, P., 360, 528
 Norton, P., 150, 508
 Nouët, C., 541
 Nozick, R., 433, 434, 528
 Nye, J., 474, 541

O

Obadia, C., 234, 508
Olbrechts-Tyteca, L., 70, 72, 73, 74, 75,
76, 387, 489
Oppetit, B., 238, 528
Oren, D., 79, 528
Ost, F., 373, 420, 508, 528

P

Pactet, P., 175, 541
Page, B., XII, 456, 528
Paixão, E., 365, 537
Palier, B., 528
Paoletti, M., 470, 508
Parinet, P., 443, 445, 492
Parsons, T., 342, 528
Pascal, B., 20, 27, 120, 122, 203, 294, 336,
338, 346, 471, 492, 493, 500, 501, 502,
528, 537, 539, 546
Passeron, J.-C., 106, 528
Patzig, G., 267, 268, 541
Paul-Boncour, J., 162, 528
Pech, M., 223, 469, 494, 500
Pecheny, M., 270, 529
Pégny, G., 501
Pegoraro, M., 341, 366, 508
Peirce, C., 33, 47, 48, 49, 50, 51, 60, 62,
529, 533, 542, 600
Pelloux, R., 229, 508
Pelluchon, C., 215, 224, 473, 508, 529
Penfold, M., 508
Pénicaud, M., 547
Perben, D., 180, 199, 314, 315, 376, 469,
547
Perelman, C., 70, 72, 73, 74, 75, 76, 174,
383, 387, 489, 500, 505, 508, 534, 542
Pérès-Dourdou, C., 480
Pérez Guilhou, D., 157, 530
Pérès-Dourdou, C., 492
Pérez Guilhou, D., 164, 542
Perrin, A., 295, 296, 307, 492
Perry, M., 136, 529
Persico, S., 494, 502
Persyn-Vialard, S., 34, 494

Peters, B., 288, 289, 290, 292, 293, 294,
311, 328, 330, 332, 369, 370, 373, 407,
409, 411, 412, 413, 436, 447, 448, 458,
467, 477, 479, 481, 482, 486, 487, 495,
529, 542
Petit, B., 385, 529, 538
Petracci, M., 270, 529
Pettit, P., 453, 529
Pfersmann, O., 508
Philippe, A., IX, 71, 127, 160, 229, 230,
238, 239, 277, 334, 355, 360, 385, 401,
403, 465, 470, 490, 491, 494, 495, 496,
499, 509, 515, 517, 527, 528, 531, 547,
549
Philp, M., 509
Piana, R., 424, 509
Picard, D., 125, 416, 493, 509
Picavet, E., 213, 236, 504, 509, 525, 529
Pierce, S., 266, 509
Pierré-Caps, S., 171, 509
Pietarinen, A.-V., 236, 509
Pimont, S., 534
Pinto, C., 510
Piras, M., 104, 509
Pizzorno, A., 237, 542
Plagnol, A., 222, 223, 509
Planiol, M., 339, 490
Platon, 32, 35, 60, 136, 509, 529
Platon, S., 509
Poirmeur, Y., 153, 260, 278, 542
Ponthoreau, M.-C., 25, 529
Popper, K., 100, 101, 106, 107, 116, 529
Porée, J., 217, 529
Portelli, H., 335, 509
Poulsen, J., 465, 503
Pouly, C., 221, 509
Pourtois, H., 330, 509
Premat, C., 494
Preuss, U., 259, 542
Prieur, M., 83, 167, 168, 181, 356, 509,
529, 542
Puccinelli, O.-R., 186, 319, 381, 510
Pujalte, C., 529
Putnam, H., 37, 50, 529

Q

Quijano, A., 426, 529

Quiñónez, Y., 510

R

Rabault, H., 329, 330, 331, 332, 510, 529
Radiguet, R., 420, 421, 492
Raffarin, J.-P., 180, 314, 315, 376, 469, 470, 547
Raptopoulos, T., 339, 492
Rassat, M.-L., 530
Ravignani, E., 177, 530
Rawls, J., 38, 39, 41, 42, 43, 62, 210, 211, 244, 255, 502, 530
Reach, G., 224, 510
Récanati, F., 18, 530
Reeves, H., 421, 530
Refaa, M., 419, 493
Regourd, S., 426, 510
Reinach, A., 16, 114, 505, 530
Renault, E., 537
Restrepo Yepes, O., 502
Rey Caro, E., 326, 510
Rey, S.-A., 166, 326, 510
Reynié, D., 453, 510
Richards, D., 510
Ricœur P., 39, 137, 149, 383, 510, 530
Ridard, B., 335, 492
Riesman, D., 154, 542
Riester, F., 547
Rigaux, F., 296, 386, 387
Rigaux, M.-F., 144, 145, 146, 296, 386, 387, 493, 530, 542
Ríos Benítez, I., 538
Rivero, J., 416, 418, 419, 429, 490, 510, 542, 544
Rixain, M.-P., 97, 545
Robledo, F., 202, 510
Roblot-Troizier, A., 298, 347, 510, 542
Rochlitz, R., 33, 43, 59, 246, 259, 289, 294, 321, 357, 514, 523, 536, 543
Rodríguez Huerta, G., 530
Rolin, F., 418, 500
Roman, D., 34, 120, 416, 493, 524, 539
Romero, J.-E., 455, 510
Ronconi, L., 274, 510
Rorty, R., 42, 263, 514, 522, 543
Rosa Roble, M., 177, 530
Rosanvallon, P., 230, 335, 336, 510, 530

Rose, H., 436, 510
Rosental, P.-A., 229, 543
Roth, L., 158, 184, 510, 531
Rottleuthner, H., 359, 510
Rouban, L., 160, 531
Rouland, N., 279, 531
Rouquan, O., 105, 511
Rousseau, D., 1, X, 23, 38, 317, 363, 383, 396, 397, 402, 403, 470, 490, 491, 517, 544
Rousseau, J.-J., 256, 312, 531
Roussel, V., 511
Roux, A., 193, 240, 511, 538, 543, 546
Roy, D., 513, 525
Ruffin, F., 546
Rugy (de), F., 351, 547, 550
Russel, B., 16, 154, 542
Ryan, M., 461, 531
Ryder, R., 459, 543

S

Saada, J., 534
Sabsay, D., 159, 160, 185, 344, 379, 386, 423, 474, 511, 543
Sagnes, J., 162, 511
Saiz Arnaiz, A., 365, 511
Salgado, J.-M., 202, 531
Sánchez, L., 270, 541
Santiago, A., 66, 140, 141, 142, 143, 151, 344, 345, 394, 414, 415, 421, 433, 442, 443, 444, 446, 507, 508, 518, 528, 543
Sarat, A., 322, 500
Sarremejane, P., 238, 239, 531
Sartre, J.-P., 461, 531
Saussure (de), F., 51
Schluchter, W., 245, 531
Schmitt, C., 404, 405, 531, 540
Schmitter, G., 392, 393, 511
Schnitman, A., 505
Schumpeter, J., 288, 531
Schutz, A., 139, 531
Scot, J.-P., 419, 511
Searing, D., 462, 504
Searle, J., 53, 81, 82, 83, 531
Séglas, J., 217, 531
Seiller, B., 435, 436, 490, 493
Selznick, P., 360, 528

Sen, A., 288, 511
Sénèque, 218, 531
Serenio, N., 178, 179, 511
Serrafero, M., 177, 385
Serres, M., 45, 269, 532
Serrus, C., 511
Seurin, J.-L., 467, 468, 471, 472, 473, 476, 543
Sève, B., 220, 544
Shapiro, R., 453, 456, 524, 528
Shue, H., 227, 511
Sichler-Ghestin, F., 325, 512
Siffert, A., 440, 493
Sifft, S., 542
Simon, O., 230, 325, 426, 494, 502, 520
Simpson, B., 227, 512
Sinay, H., 272, 532
Singer, M.-G., 213, 433, 532
Singer, P., 213, 532
Sintomer, Y., 88, 119, 136, 245, 289, 342, 501, 532, 537
Sirinelli, J., 439, 440, 489
Smola, J., 190, 544
Smulovitz, C., 384, 544
Salignac, P., 122, 493
Sorbara, J.-G., 347, 510
Soto Barrientos, F., 257, 512
Souriau, P., 91, 123, 532
Sousa Santos (de), B., 107, 108, 180, 184, 532
Spanou, C., 316, 512
Spinoza, B., 129, 153, 532
Spire, A., 322, 512
Spitz, J.-F., 232, 512
Stirn, B., 512
Stone, C., 268, 512, 532
Strudel, S., 169, 512
Struillou, J.-F., 168, 469
Struillou, J.-F., 168, 512
Sullivan, K., 266, 372, 506, 509, 557
Sunstein, C., X, 424, 512, 532
Supiot, A., 272, 532
Sureau, F., 240, 241, 512
Susani, N., 192, 512

T

Tabet, X., 219, 512

Tappolet, C., 96, 128, 532
Tasca, C., 548
Taubira, C., 130, 308, 547
Taylor, C., 135, 209
Taylor, P., 123
Teitgen-Colly, C., 512
Terestchenko, M., 217, 218, 513
Terré, D., 136, 254, 354, 361, 532
Teubner, G., 354, 355, 357, 358, 360, 361, 513, 532, 540, 544
Thompson, D., 532
Tiberghien, F., 160, 161, 513
Tiercelin, C., 49, 533
Tipsmark Bouchet, A., 533
Todorova, M., 346, 513
Torres Lépori, A., 147, 513
Toubon, J., 439, 550, 551
Traïni, C., 129, 540
Tremblay, M., 264, 533
Trémeau, J., 493
Tribe, L., 513
Triche, 236
Troper, M., 24, 39, 40, 141, 198, 241, 298, 400, 489, 493, 513, 533, 536, 544
Truc, G., 225, 513
Tsebelis, G., 366, 533
Tugendhat, E., 209, 533
Turpin, F., 182, 513
Tusseau, G., 23, 24, 141, 493, 544

U

Ungar, M., 158, 508

V

Valls, M., 130, 308, 547
Van Cleemput, K., 219, 513
Vandebosch, H., 219, 513
Vandenberghe, F., 51, 139, 140, 155, 357, 533
Vanin, C., 177, 530
Varela, F., 354, 527

Vedel, G., 145, 303, 305, 307, 308, 309,
418, 419, 420, 490, 491, 493, 510, 513,
544
Vélasquez, D., 15
Venezia, J.-C., 296, 297, 301, 304, 544
Viala, A., 1, X, 17, 19, 146, 492, 513
Vigouroux, C., 300, 513
Viktorovitch, C., 292, 544
Vintzel, C., 333, 493
Vita, L., 365, 544
Vogel, M., 97, 98, 545
Voisset, M., 303, 493
Vosoughi, S., 513

W

Waked, D., 534
Waline, J., 305, 350, 490
Warsmann, J.-L., 193, 397, 549
Watier, P., 102, 513
Watzlawick, P., 125, 533
Weber, M., 44, 45, 46, 62, 68, 86, 87, 88,
89, 90, 92, 93, 101, 102, 103, 104, 105,
106, 107, 117, 119, 120, 128, 149, 245,
311, 315, 498, 501, 503, 506, 509, 531,
532, 533, 540
Wei, P., 238, 513
Weidenfeld, K., 322, 512
Weil, E., 383, 534
Weinrib, E., 513

Wellmer, A., 244, 534
Welp, Y., 534, 543
Williams, B., 102, 135, 534
Willke, H., 411, 412, 514, 534
Wilson, B., 107
Wilson, R., 504
Wimmel, S., 542
Winch, P., 107, 545
Wittgenstein, L., 16, 17, 534
Wydra, H., 126, 127
Wydra, H., 126, 514

Y

Young, I.-M., 55, 56, 57, 260, 501, 514,
534

Z

Zaccai-Reyners, N., 140, 534
Zalc, C., 278, 507, 514
Ziani, S., 305, 493
Zonabend, F., 545
Zovatto, D., 256, 514, 543
Zuber, V., 278, 534
Zulcovsky, F., 341, 366, 508

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS _____	IX
LISTE DES ABRÉVIATIONS _____	XI
SOMMAIRE _____	XIII

INTRODUCTION

§ I. OBJET ET LIMITES DE LA RECHERCHE : LES DISCOURS CONSTITUTIONNELS _____	17
A. OBJET DE LA RECHERCHE : LE LANGAGE CONSTITUTIONNEL _____	17
1. Langage et droit _____	17
2. Langage et droit constitutionnel _____	18
3. De l'ontologie du Sollen à l'ontologie du Sein, déplacement de l'objet de l'étude _____	20
B. LIMITES DE LA RECHERCHE : LES DISCOURS CONSTITUTIONNELS FRANÇAIS ET ARGENTIN _____	22
1. Les limites normatives : la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution _____	23
2. Les limites spatio-temporelles : étude comparée des discours constitutionnels français et argentins _____	25
a. <i>Les réformes constitutionnelles argentines de 1949, 1957 et 1994</i> _____	26
b. <i>Les Constitutions françaises de 1946 et 1958 et leurs révisions</i> _____	27
§ II. CADRE THÉORIQUE DE LA RECHERCHE : LA RAISON COMMUNICATIONNELLE _____	29
A. RAISON COMMUNICATIONNELLE ET DISCOURS PRATIQUE _____	30
1. Le rationalisme monologique chez E. Kant _____	30
a. <i>Le rationalisme monologique</i> _____	31
b. <i>Le rationalisme monologique et la théorie du langage</i> _____	32
2. Le rationalisme discursif chez J. Habermas _____	33
a. <i>La théorie du langage de K. Bühler</i> _____	33
b. <i>La syntaxe logique de R. Carnap</i> _____	35

c. Retour au tournant linguistique de G. Frege _____	36
B. RAISON COMMUNICATIONNELLE ET DISCOURS JURIDIQUE _____	37
1. Le rejet des postures positivistes et néo-jusnaturalistes _____	38
a. Le rejet du positivisme : M. Troper, H. Gadamer et H. Kelsen _____	39
b. Le rejet du néo-jusnaturalisme : J. Rawls _____	41
2. La préférence pour une théorie critique de la société _____	44
a. La justification de la règle de droit chez M. Weber _____	44
b. L'agir communicationnel au service de l'entente normative chez J. Habermas _____	46
§ III. MÉTHODE DE LA RECHERCHE : LA PRAGMATIQUE FORMELLE _____	47
A. TROIS APPROCHES DU PRAGMATISME : C. S. PEIRCE, K.-O. APPEL, J. HABERMAS _____	48
1. Le pragmatisme originel : C. S. Peirce _____	49
2. Une lecture contemporaine : K.-O. Apel, J. Habermas _____	50
a. Le pragmatisme transcendantal de K.-O. Apel _____	51
b. Le pragmatisme formel de J. Habermas _____	53
c. La querelle K.-O. Apel/J. Habermas _____	54
B. QUELQUES CRITIQUES DÉONTOLOGIQUES : I. M. YOUNG, N. FRASER, C. LAFONT _____	55
1. La critique du point de vue moral : I. M. Young _____	56
2. La critique de l'espace public : N. Fraser _____	57
3. La critique du monde objectif : C. Lafont _____	58
C. INCIDENCES DE LA MÉTHODOLOGIE PRAGMATICO-FORMELLE ET DE SES CRITIQUES SUR LA PRÉSENTE ÉTUDE _____	60
§ IV. THÈSE GÉNÉRALE DE L'OUVRAGE : DE LA FORME ET DE L'OBJET DU DISCOURS CONSTITUTIONNEL _____	61

PREMIÈRE PARTIE

LES FORMES DU DISCOURS, LA NORME CONSTITUTIONNELLE COMME PRODUIT DES DISCUSSIONS PRATIQUES

CHAPITRE 1.

LES NORMES TECHNIQUES, PRODUIT DES DISCUSSIONS PRAGMATIQUES

SECTION 1. LA FORMULATION DE PROPOSITIONS D'ACTION, UNE JUSTIFICATION DE LA NORME PAR LA FORCE DE L'ARGUMENT _____

68

§ I. PROPOSITIONS INSTRUMENTALES ET STRATÉGIQUES D'UNE TÉLÉOLOGIE DU SUCCÈS _____

69

A. LES PROPOSITIONS INSTRUMENTALES, LE GRAND DÉBAT DE LA TECHNIQUE _____

69

1. Les défis de l'expérience _____

70

a. Les prémisses habituelles, l'expérience de situations communes	70
b. Les prémisses rares, l'expérience de situations exceptionnelles	72
2. Les enjeux du raisonnement	73
a. Les arguments de quasi-logique purs, l'appréhension de la totalité	74
b. Les arguments de quasi-logique relatifs, l'adaptation à la conjoncture	75
B. LES PROPOSITIONS STRATÉGIQUES, DE LA SUBTILITÉ AU DÉSESPOIR	77
1. La stratégie subtile des argumentations impartiales	78
a. La stratégie de la dissimulation, le recours aux équivalents impartiaux	78
b. La stratégie de la dissuasion, les mises en garde par avertissements	80
2. La stratégie désespérée des argumentations extrêmes	81
a. La position de faiblesse, les promesses d'engagement futur	81
b. La position de force, les menaces comme ultime recours	83
§ II. PROPOSITIONS AXIOLOGIQUES ET AFFECTUELLES D'UNE TÉLÉOLOGIE DE L'INTERCOMPRÉHENSION	85
A. LES PROCÈS D'ENTENTE AXIOLOGIQUES, LES CONVICTIIONS PRISES À PARTIE	86
1. Les impératifs comme normes objectives d'action	86
a. Les directives religieuses, formes spéculatives d'interprétation supra-mondaine	87
b. La grandeur d'une cause, orientation ascétique de la conduite de vie	88
2. Les exigences comme critères subjectifs de comportement	90
a. Le devoir, auto-application rigoureuse d'une conduite de vie	90
b. La beauté, considération esthétique des expériences sensibles	91
B. LES PROCÈS D'ENTENTE AFFECTUELS, DÉSIRES ET ÉMOTIONS EN ÉMULATION	92
1. L'émulation des désirs vers la satisfaction des besoins actuels	93
a. Les désirs naturels, besoins raisonnables de tranquillité du corps et de l'esprit	93
b. Les désirs vains, œuvre insensée de l'inimitié philosophique	94
2. L'émulation des émotions vers l'assouvissement des excitations actuelles	96
a. Les émotions homéostatiques, forme somatisée des excitations	96
b. Les émotions cognitivo-conatives, forme socialisée des excitations	98
SECTION 2. L'EXAMEN DES PRÉTENTIONS LANGAGIÈRES, UNE EXIGENCE DE VALIDITÉ GAGE DE RATIONALITÉ	100
§ I. PRÉTENTIONS DE VÉRITÉ ET D'EFFICACITÉ DES ÉNONCÉS OBJECTIFS	101
A. L'APPRÉHENSION DES ÉNONCÉS CONSTATIFS, LA VÉRITÉ EN QUESTION	102
1. Interprétation causale des pronostics de l'expérience	102
a. L'exigence d'adéquation, causes et conséquences unies par le lien de causalité	103
b. L'exigence de validité, causes et conséquences justifiées par un rapport externe de rationalité	104
2. Interprétation significative des pronostics du calcul et du raisonnement	105
a. L'exigence de validité, les normes courantes comme référentiel	106
b. L'exigence d'adéquation significative, la rationalité commune en partage	107

B. LA FORCE DES ÉNONCÉS IMPÉRATIFS, L'EFFICACITÉ EN PERSPECTIVE	109
1. Efficacité performative des impératifs stratégiques impartiaux	109
a. <i>La stratégie d'impartialité, efficacité des équivalences comme alternative d'action</i>	109
b. <i>La stratégie d'anticipation, efficacité des avertissements comme moyen de dissuasion</i>	111
2. Crédibilité interprétative des impératifs stratégiques extrêmes	112
a. <i>La stratégie du dernier recours, crédibilité de la menace comme force d'intimidation</i>	113
b. <i>La stratégie de l'espérance, crédibilité de la promesse comme instrument de négociation</i>	114
§ II. PRÉTENTIONS DE JUSTESSE ET DE VÉRACITÉ DES ÉNONCÉS SOCIAUX ET SUBJECTIFS	116
A. LE MONDE SOCIAL DES ÉNONCÉS RÉGULATIFS, LA JUSTESSE EN ÉVALUATION	117
1. Justesse régulatrice des idéaux de vie	117
a. <i>Le partage des croyances, facteur extramondain de justesse des directives religieuses</i>	118
b. <i>Le partage des convictions, déterminant idéologique de justesse des causes</i>	119
2. Convenance communicative des standards de valeurs	121
a. <i>Le partage des intentions, critère universel de convenance aux standards du devoir</i>	121
b. <i>Le partage des sensibilités, préalable esthétique de convenance aux standards de la beauté</i>	123
B. LE MONDE SUBJECTIF DES ÉNONCÉS EXPRESSIFS, LA VÉRACITÉ EN DISCUSSION	124
1. Véracité mimétique des expressions cyniques	125
a. <i>La dramaturgie réciproque des désirs naturels, marqueur de véracité mimétique des besoins concrets</i>	126
b. <i>La dramaturgie réciproque des désirs vains, témoin de véracité mimétique des besoins abstraits</i>	127
2. Véracité empathique des expressions sincères	128
a. <i>La dramaturgie sincère des émotions homéostatiques, exigence de véracité empathique des affects spontanés</i>	129
b. <i>La dramaturgie sincère des émotions cognitivo-conatives, vecteur de véracité empathique des affects calculés</i>	130
Conclusion du premier chapitre	133

CHAPITRE 2.

LES NORMES CLINIQUES, PRODUIT DES DISCUSSIONS ÉTHIQUES

SECTION 1. DE LA STABILITÉ À LA CRISE, LES LIMITES HERMÉNEUTIQUES DE L'AUTOCOMPREHENSION _____ **138**

§ I. LA STABILITÉ RELATIVE DES COMPOSANTES DU MONDE VÉCU ____ **139**

A. LES COMPOSANTES STRUCTURELLES, SOCLE JURIDIQUE D'UNE CULTURE CONSTITUTIONNELLE COMMUNE _____	140
1. Les garanties de cohérence du savoir juridique _____	141
a. <i>Les préconditions substantielles, cadre général des valeurs du système juridique</i> _____	142
b. <i>Les préconditions procédurales, structure de fonctionnement du système juridique</i> _____	143
2. Les garanties de continuité de la tradition _____	144
a. <i>Les limites autonomes, mécanisme réflexif d'anticipation des atteintes à la Constitution</i> _____	145
b. <i>Les limites hétéronomes, stratégie extérieure de préservation de la Constitution</i> _____	146
B. LES COMPOSANTES SYSTÉMIQUES, OUTILS DYNAMIQUES DE RECONNAISSANCE DE LA TRADITION _____	148
1. Les garanties de solidarité des groupes sociaux de la communauté _____	148
a. <i>L'organisation des institutions, moyen efficace de domestication des luttes de pouvoir</i> _____	149
b. <i>La coordination des actions, enjeu décisif de stabilisation des groupes politiques</i> _____	150
2. Les garanties de participation des membres de la société _____	152
a. <i>Les libertés d'expression, instrument politique de communication des opinions</i> _____	152
b. <i>Les libertés d'action, outil fondamental de mutation de la volonté</i> _____	154
§ II. L'ÉBRANLEMENT PROGRESSIF DES VÉRITÉS DE LA TRADITION _____	155
A. L'ÉBRANLEMENT DES CROYANCES, UNE ALTÉRATION DU SENS DES VALEURS CONSTITUTIONNELLES _____	156
1. La remise en cause de la cohérence des savoirs juridiques _____	156
a. <i>Le retrait de légitimation, expression du manque de confiance dans le rôle des institutions</i> _____	157
b. <i>La crise des orientations et de l'éducation, manifestation de la défiance envers les pratiques politiques</i> _____	158
2. La remise en cause de la continuité de la tradition _____	160
a. <i>La critique des limites relatives, revendication d'une mutation légale du carcan constitutionnel</i> _____	160
b. <i>La critique des limites absolues, aspiration à une rupture utile de l'ordre juridique</i> _____	161
B. L'ÉBRANLEMENT DE L'INTERACTIVITÉ, UN MANQUE D'EFFECTIVITÉ DES INSTITUTIONS ET DES PRATIQUES _____	163
1. La remise en cause de la solidarité entre les membres du groupe _____	163
a. <i>L'insécurisation des identités collectives, sensation d'un affaiblissement de l'appartenance sociale</i> _____	164
b. <i>L'aliénation des devoirs et des obligations, contestation des opportunités de socialisation</i> _____	165
2. La remise en cause des modalités de participation à la vie de la communauté _____	166
a. <i>La rupture de la tradition, illustration des insuffisances des prestations d'interprétation</i> _____	167
b. <i>Le retrait des motivations, démonstration d'un désengagement vis-à-vis des institutions</i> _____	168

**SECTION 2. LA RECHERCHE DE NOUVEAUX ÉQUILIBRES, LES VERTUS
HERMÉNEUTIQUES DE L'INTERCOMPRÉHENSION _____ 170**

**§ I. LE RENOUVELLEMENT NÉCESSAIRE DES COMPOSANTES DU MONDE
VÉCU _____ 172**

**A. LES PROPOSITIONS DE RÉINTERPRÉTATION, UN RECOURS AUX
INTUITIONS D'ARRIÈRE-PLAN DE LA TRADITION ORIGINELLE _____ 173**

1. La réinterprétation de la structure de valeurs du monde vécu _____ 173

*a. La redécouverte du savoir juridique, une compréhension nouvelle du sens des
valeurs _____ 173*

*b. La redécouverte des garanties de continuité, une redéfinition des limites de la
tradition juridique _____ 175*

2. La réinterprétation de l'interactivité des institutions et des pratiques traditionnelles 176

*a. La réorganisation des institutions, une relecture des mécanismes de l'intégration
sociale _____ 177*

*b. La réorganisation des pratiques, une amélioration des outils de la socialisation des
acteurs _____ 178*

**B. LES PROPOSITIONS D'INNOVATION, UN RECOURS AUX RESSOURCES
INÉDITES DES TRADITIONS RIVALES _____ 179**

1. L'appropriation des composantes structurelles de mondes vécus étrangers _____ 180

*a. L'instauration de nouveaux savoirs, un élargissement des ressources de la tradition
d'origine _____ 180*

*b. L'instauration de nouvelles limites, une mutation des règles de préservation du
monde vécu _____ 182*

2. L'appropriation des institutions et des pratiques de traditions rivales _____ 183

*a. L'invention de nouvelles institutions, une extension des solidarités entre les groupes
de la société _____ 183*

*b. L'invention de nouvelles pratiques, un accroissement de la participation politique
des membres de la communauté _____ 185*

§ II. L'EXAMEN ATTENTIF DES PRÉTENTIONS NOUVELLES _____ 187

**A. L'EXAMEN DE COHÉRENCE, EXIGENCE DE VALIDITÉ INHÉRENTE À
TOUTE FORME DE PROPOSITION _____ 188**

1. L'impérieuse condition de pertinence pour une alternative concrète _____ 188

*a. L'apport d'un remède aux insuffisances du monde vécu, enjeu fondamental des
propositions d'interprétation _____ 189*

*b. Le dépassement des limites de la tradition, exigence primordiale des propositions
d'innovation _____ 190*

2. L'indispensable critère d'efficacité pour une solution complète _____ 192

*a. Le renforcement du savoir juridique, moyen d'évaluation de l'efficacité des
institutions et des pratiques _____ 192*

*b. Le renforcement de l'intégration sociale, moyen d'évaluation de l'efficacité des
valeurs et des pratiques _____ 193*

*c. Le renforcement de la socialisation, moyen d'évaluation de l'efficacité des valeurs et
des institutions _____ 195*

**B. L'EXAMEN DE CONTINUITÉ, EXIGENCE DE VALIDITÉ SPÉCIFIQUE AUX
PROPOSITIONS D'INNOVATION _____ 196**

1. La nécessaire compatibilité des univers de discours pour une compréhension réelle des traditions rivales _____	197
<i>a. La compatibilité de normes, critère d'évaluation des traditions juridiques étrangères</i> _____	198
<i>b. La compatibilité des valeurs, critère d'appréciation des préférences axiologiques rivales</i> _____	200
2. L'exigence de coïncidence d'objet pour une appréhension commune des problèmes éthico-politiques _____	201
<i>a. La coïncidence des problèmes normatifs, l'exigence d'identification d'objets juridiques communs</i> _____	202
<i>b. La coïncidence des problèmes axiologiques, une même préoccupation pour la défense de valeurs communes</i> _____	203
Conclusion du deuxième chapitre _____	207

CHAPITRE 3.

LES NORMES DÉONTOLOGIQUES, PRODUIT DES DISCUSSIONS MORALES

SECTION 1. L'OBSERVATION DES RÈGLES DE CONDUITE, CONTINGENCES MORALES DE LA VIE QUOTIDIENNE _____ 212

§ I. LES COMMANDEMENTS NÉGATIFS ÉLÉMENTAIRES DE PROTECTION DE L'INTÉGRITÉ _____ 213

A. LES PROHIBITIONS DE NÉGATION DE L'ALTÉRITÉ ET D'INFLICTION DE DOULEURS, ENJEU DE PROTECTION DES LIBERTÉS DE CHOIX _____ 214

- | | |
|--|-----|
| 1. La prohibition de privation du libre arbitre _____ | 214 |
| 2. La prohibition d'altération des choix _____ | 216 |
| <i>a. L'altération des choix par infliction de souffrances mentales et physiques</i> _____ | 217 |
| <i>b. L'altération des choix par provocation de sensations déplaisantes</i> _____ | 218 |

B. LES PROHIBITIONS D'EMPÊCHEMENT DE L'ATTEINTE AUX FINS ET D'USAGE DES MOYENS, ENJEU DE PROTECTION DES LIBERTÉS D'ACTION _____ 219

- | | |
|---|-----|
| 1. La prohibition d'entraves dans l'établissement des buts _____ | 220 |
| <i>a. L'entrave des fins par privation des libertés</i> _____ | 220 |
| <i>b. L'entrave des fins par privation des plaisirs</i> _____ | 222 |
| 2. La prohibition d'entraves dans la sélection des moyens _____ | 223 |
| <i>a. L'entrave des moyens par privation des capacités d'agir</i> _____ | 223 |
| <i>b. L'entrave des moyens par privation des capacités de vouloir</i> _____ | 225 |

§ II. LES COMMANDEMENTS POSITIFS COMPLÉMENTAIRES DE PRÉSERVATION DE LA SOCIABILITÉ _____ 226

A. LES INJONCTIONS AU RESPECT DU SUJET ET DE L'OBJET DE L'ENGAGEMENT, CONDITIONS DE PRÉSERVATION DES LIBERTÉS DE TRANSACTION _____ 228

- | | |
|---|-----|
| 1. Les obligations d'action en considération du sujet _____ | 228 |
| <i>a. La considération du sujet par le respect de ses engagements</i> _____ | 228 |

<i>b. La considération du sujet par l'honnêteté de son comportement</i>	230
2. Les obligations d'action en considération de l'objet	231
<i>a. La considération de l'objet par l'accomplissement des transferts contraints</i>	232
<i>b. La considération de l'objet par la réalisation de transferts non-contraints</i>	233
B. LES INJONCTIONS AU RESPECT DES RÈGLES ET DE LA LOI, CONDITIONS DE PRÉSERVATION DES LIBERTÉS D'INTERACTION	235
1. L'obligation d'action en considération des règles du jeu	236
<i>a. La considération des règles par obéissance aux normes juridiques particulières</i>	237
<i>b. La considération des règles par reconnaissance des normes morales</i>	238
2. L'obligation d'action en considération de la loi	239
<i>a. La considération de la loi par obligation légale générale</i>	240
<i>b. La considération de la loi par habitude coutumière</i>	241
SECTION 2. LA TRANSFORMATION DES RÈGLES EN DROITS FONDAMENTAUX, CONTINGENCES JURIDIQUES UNIVERSELLES	244
§ I. LA FONDATION EN RAISON DES DROITS FONDAMENTAUX	246
A. LES DROITS À L'EXERCICE ET À LA PROTECTION DES LIBERTÉS DE CHOIX ET D'ACTION, GARANTIES FONDAMENTALES DE L'AUTONOMIE PRIVÉE	247
1. Les droits fondamentaux à l'exercice des libertés privées	248
<i>a. Les droits fondamentaux garants de la liberté de choix</i>	248
<i>b. Les droits fondamentaux garants de la liberté d'action</i>	250
2. Les droits fondamentaux à la protection des libertés privées	251
<i>a. Les droits fondamentaux à la reconnaissance du statut de sociétaire juridique</i>	251
<i>b. Les droits fondamentaux à une protection juridique effective</i>	253
B. LES DROITS DE PARTICIPATION AUX ACTIVITÉS POLITIQUES ET SOCIALES, GARANTIES FONDAMENTALES DE L'AUTONOMIE PUBLIQUE	254
1. Les droits fondamentaux de la participation politique	255
<i>a. Les droits fondamentaux de participation aux processus de délibération</i>	255
<i>b. Les droits fondamentaux de participation aux processus de décision</i>	257
2. Les droits fondamentaux de la participation sociale	258
<i>a. Les droits fondamentaux à une égale distribution des choses</i>	259
<i>b. Les droits fondamentaux à une égale distribution des opportunités</i>	260
§ II. L'UNIVERSALITÉ DES PROPOSITIONS MORALES EN QUESTION	262
A. LA RÉCIPROCITÉ DU POINT DE VUE MORAL, UNE EXIGENCE DE COMPATIBILITÉ VIS-À-VIS DES PRÉFÉRENCES INDIVIDUELLES	263
1. L'universalité des énoncés à l'épreuve de l'expérience	264
<i>a. Les témoignages directs de compatibilité</i>	264
<i>b. Les témoignages indirects de compatibilité</i>	265
2. L'universalité des énoncés à l'épreuve des valeurs et de la technique	267
<i>a. Les raisons techniques de compatibilité</i>	268
<i>b. Les raisons cliniques de compatibilité</i>	269

B. L'OMNISCIENCE DU POINT DE VUE MORAL, UNE EXIGENCE DE COMPATIBILITÉ VIS-À-VIS DES EFFETS POSSIBLES _____	271
1. L'universalité des énoncés à l'épreuve des conséquences _____	272
a. <i>Les conséquences probables sur les droits négatifs</i> _____	272
b. <i>Les conséquences probables sur les droits positifs</i> _____	274
2. L'universalité des énoncés à l'épreuve des effets secondaires _____	275
a. <i>Les effets secondaires probables d'une évolution de la technique</i> _____	277
b. <i>Les effets secondaires probables d'une évolution de l'éthique</i> _____	278
Conclusion du troisième chapitre _____	281
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE _____	283

SECONDE PARTIE

LES OBJETS DU DISCOURS, LA NORME CONSTITUTIONNELLE COMME REFLET DE L'ESPACE PUBLIC POLITIQUE

CHAPITRE 1.

LA NORME CONSTITUTIONNELLE, REFLET DES ESPACES INSTITUTIONNELS

SECTION 1. L'ADMINISTRATION, POUVOIR D'INFLUENCE PRAGMATIQUE ET AXIOLOGIQUE DE L'IMPLÉMENTATION DES NORMES _____ 293

§ I. L'EXÉCUTION PRAGMATIQUE DES PROGRAMMES LÉGISLATIFS CONDITIONNELS _____ 295

A. L'APPLICATION DE LA LOI, UNE PRÉOCCUPATION RELATIVE AUX CONSÉQUENCES ET AU CADRE DE LA LÉGISLATION _____ 296

1. Les discours sur l'application en conséquence de la loi _____	297
a. <i>L'application conséquentialiste prévue par la loi</i> _____	297
b. <i>L'application conséquentialiste non-anticipée</i> _____	299
2. Les discours sur l'application dans le cadre de la loi _____	300
a. <i>L'encadrement du champ d'application</i> _____	301
b. <i>L'encadrement de la procédure d'implémentation</i> _____	302

B. L'EXÉCUTION DE LA LOI, UNE PRÉOCCUPATION RELATIVE AUX PRÉROGATIVES ADMINISTRATIVES DE SERVICE PUBLIC ET DE COERCITION _____ 304

1. Les discours sur le fonctionnement du service public _____	305
2. Les discours sur la prérogative administrative de coercition _____	307
a. <i>Le rôle de l'Administration dans l'exécution ordinaire de la règle de droit</i> _____	307
b. <i>Le rôle de l'Administration dans l'exécution forcée de la règle de droit</i> _____	309

§ II. L'IMPLÉMENTATION AXIOLOGIQUE DES PROGRAMMES LÉGISLATIFS FINALISÉS _____ 310

A. LA LÉGITIMATION DE L'IMPLÉMENTATION, ENJEU POLITIQUE ET TECHNIQUE DE CONSEIL DE L'ADMINISTRATION _____	312
1. Les discours sur la légitimation politique _____	313
a. <i>La contribution citoyenne au processus d'élaboration des décisions</i> _____	313
b. <i>La contribution citoyenne au processus de rationalisation</i> _____	315
2. Les discours sur la légitimation technique _____	317
a. <i>Le perfectionnement des décisions de l'Administration par l'encadrement de ses activités</i> _____	317
b. <i>Le perfectionnement des décisions de l'Administration par la censure de ses activités</i> _____	319
B. LE CONTRÔLE DE L'IMPLÉMENTATION, ENJEU JURIDICTIONNEL DE VIGILANCE INDIVIDUELLE _____	320
1. Les discours sur la procédure juridictionnelle de nature administrative _____	321
a. <i>La question de l'accessibilité à la justice administrative</i> _____	322
b. <i>La question de l'égalité devant la justice administrative</i> _____	323
2. Les discours sur l'exécution juridictionnelle en matière administrative _____	325
a. <i>L'exécution ordinaire des décisions du juge administratif</i> _____	326
b. <i>L'exécution extraordinaire des décisions du juge administratif</i> _____	327
 SECTION 2. LE LÉGISLATEUR, POUVOIR DE SATISFACTION DES ATTENTES NORMATIVES DE L'ADMINISTRATION ET DU POUVOIR SOCIAL	 329
 § I. LA SATISFACTION LÉGISLATIVE DES ATTENTES NORMATIVES SIMPLES	 331
A. LA PROCÉDURE LÉGISLATIVE, OUTIL DE STABILISATION DES ATTENTES NORMATIVES DE L'ADMINISTRATION _____	332
1. Les discours sur l'influence administrative dans l'élaboration de la législation _____	333
a. <i>L'influence de l'Administration dans l'impulsion de la loi</i> _____	334
b. <i>L'influence de l'Administration dans la préparation de la loi</i> _____	335
2. Les discours sur l'influence administrative dans la sanction de la législation _____	337
a. <i>L'influence de l'Administration dans la sanction de la loi</i> _____	338
b. <i>L'influence de l'Administration dans la promulgation de la loi</i> _____	339
B. LA PROCÉDURE LÉGISLATIVE, OUTIL DE STABILISATION DES ATTENTES NORMATIVES DU POUVOIR SOCIAL _____	341
1. Les discours sur l'influence du pouvoir social dans l'initiative de la loi _____	342
a. <i>L'influence de l'initiative de la loi par le pouvoir social institutionnalisé</i> _____	343
b. <i>L'influence de l'initiative de la loi par le pouvoir social autonome</i> _____	344
2. Les discours sur l'influence du pouvoir social dans la discussion sur la loi _____	346
a. <i>L'influence des discussions législatives par le pouvoir social institutionnalisé</i> _____	346
b. <i>L'influence des discussions législatives par le pouvoir social autonome</i> _____	348
3. Les discours sur l'influence du pouvoir social dans l'adoption de la loi _____	349
a. <i>L'influence sur l'adoption de la loi par le pouvoir social institutionnalisé</i> _____	350
b. <i>L'influence sur l'adoption de la loi par le pouvoir social autonome</i> _____	351
 § II. LA SATISFACTION CONSTITUTIONNELLE DES ATTENTES NORMATIVES COMPLEXES	 353

A. LA PROCÉDURE CONSTITUTIONNELLE, MOYEN DE RÉOLUTION DES PROBLÈMES DE RÉGULATION _____	354
1. Les discours relatifs aux problèmes d'implémentation du droit _____	355
a. <i>Les problèmes inhérents à l'ineffectivité des programmes</i> _____	355
b. <i>Les problèmes inhérents à la destruction des équilibres sociaux</i> _____	357
2. Les discours relatifs aux problèmes de détournement du droit _____	358
a. <i>Le détournement de la loi à des fins politiques</i> _____	359
b. <i>L'abandon de la loi au profit d'autres sous-systèmes</i> _____	360
B. LA PROCÉDURE CONSTITUTIONNELLE, MOYEN DE RÉOLUTION DES PROBLÈMES D'INTÉGRATION _____	362
1. Les discours relatifs aux contraintes préalables au processus constituant _____	363
a. <i>L'influence directe du pouvoir législatif sur le processus de révision</i> _____	364
b. <i>L'influence indirecte du pouvoir législatif sur le processus de révision</i> _____	365
2. Les discours relatifs aux contraintes postérieures au processus constituant _____	366
a. <i>La ratification dans le cas d'une influence directe du pouvoir législatif sur le processus constituant</i> _____	367
b. <i>La ratification dans le cas d'une influence indirecte du pouvoir législatif sur le processus constituant</i> _____	368
SECTION 3. LE JUGE, POUVOIR DE RÉOLUTION DES PROBLÈMES D'APPLICATION ET DE FONDATION DE LA NORME _____	370
§ I. LE TRAITEMENT ORDINAIRE DES PROBLÈMES D'APPLICATION _____	371
A. LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES, AUTORITÉS DE PRÉVENTION DES TENTATIVES ORDINAIRES D'ÉMANCIPATION DE L'ADMINISTRATION _____	373
1. Les discours relatifs au contrôle de l'exécution de la loi _____	374
a. <i>Le rôle du juge administratif dans l'élaboration de la norme</i> _____	374
b. <i>Le rôle du juge administratif dans l'application de la norme</i> _____	375
2. Les discours relatifs au contrôle du respect des compétences normatives _____	377
a. <i>Les formes holistes de contrôle juridictionnel de l'Administration</i> _____	378
b. <i>Les formes individualistes de contrôle juridictionnel de l'Administration</i> _____	379
B. LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES, AUTORITÉS DE PRÉVENTION DES TENTATIVES ORDINAIRES D'ÉMANCIPATION DU POUVOIR SOCIAL _____	381
1. Les discours sur l'office juridictionnel du juge judiciaire _____	383
a. <i>L'enjeu d'indépendance de la justice</i> _____	383
b. <i>L'enjeu de spécialisation des juridictions</i> _____	385
2. Les discours sur l'office jurisprudentiel du juge judiciaire _____	386
§ II. LE TRAITEMENT EXTRAORDINAIRE DES PROBLÈMES DE FONDATION _____	388
A. LE JUGE CONSTITUTIONNEL, RESPONSABLE FACE AU RISQUE DE DÉTOURNEMENT DES RAISONS NORMATIVES PAR L'ADMINISTRATION _____	391
1. Les discours relatifs à l'instrumentalisation administrative des raisons normatives _____	391
a. <i>L'encadrement constitutionnel des activités administratives</i> _____	392
b. <i>Le contrôle de l'exercice des activités administratives</i> _____	393
2. Les discours relatifs à la légitimation administrative des raisons normatives _____	395

a. <i>L'établissement du contrôle de conformité des projets de loi</i> _____	395
b. <i>L'encadrement de l'activité législative a posteriori</i> _____	397
B. LE JUGE CONSTITUTIONNEL, RESPONSABLE FACE AU RISQUE DE DÉTOURNEMENT DES RAISONS NORMATIVES PAR LE POUVOIR SOCIAL	
_____	398
1. Les discours sur l'optimisation de la procédure du point de vue du paradigme républicain _____	399
a. <i>Le contentieux des élections</i> _____	400
b. <i>Le contrôle des règlements des assemblées</i> _____	402
2. Les discours sur l'optimisation de la norme du point de vue du paradigme libéral _____	403
a. <i>Le traitement constructif des raisons normatives</i> _____	404
b. <i>Le traitement reconstitutif des raisons normatives</i> _____	405
Conclusion du premier chapitre _____	409

CHAPITRE 2.

LA NORME CONSTITUTIONNELLE, REFLET DES ESPACES AUTONOMES

SECTION 1. LA PÉRIPHÉRIE INTERNE, ESPACE DE GESTION ET DE CONTRÔLE DES ACTIVITÉS DE L'ÉTAT _____	413
§ I. LES INSTITUTIONS DE GESTION DE SERVICES DE L'ÉTAT _____	415
A. LA RECONNAISSANCE DES DROITS ET LIBERTÉS, MOYEN DE RENFORCEMENT DU SERVICE PUBLIC _____	416
1. Les discours axiologiques de légitimation du service public _____	417
a. <i>Les services publics économiques</i> _____	417
b. <i>Les services publics sociaux</i> _____	419
c. <i>Les services publics socio-culturels</i> _____	420
2. Les discours techniques d'organisation du service public _____	422
a. <i>La direction stratégique du service public</i> _____	422
b. <i>La gestion opérationnelle et matérielle du service public</i> _____	423
B. LA RECONNAISSANCE DES DROITS ET LIBERTÉS, SOURCE D'INSTABILITÉ DU SERVICE PUBLIC _____	425
1. Les discours sur la limitation du service public du fait des libertés des usagers _____	425
a. <i>Le service public face au droit de propriété</i> _____	426
b. <i>Le service public face aux libertés économiques</i> _____	427
2. Les discours sur la limitation du service public du fait des libertés des agents _____	429
a. <i>Le service public face à la liberté de conscience</i> _____	429
b. <i>Le service public face aux libertés politiques</i> _____	430
§ II. LES INSTITUTIONS DE CONTRÔLE DU SERVICE DE L'ÉTAT _____	432
A. LE CONTRÔLE DE L'ATTEINTE AUX LIBERTÉS EN RAISON DES ACTIONS DE L'ÉTAT : L'EXEMPLE FRANÇAIS DU DÉFENSEUR DES DROITS _____	434
1. Les discours sur l'intervention du Défenseur des droits du fait des activités administratives _____	435
a. <i>L'encadrement de l'Administration centrale</i> _____	435

b. <i>L'encadrement de l'Administration territoriale</i> _____	437
2. Les discours sur l'intervention du Défenseur des droits du fait des activités de service public _____	438
a. <i>L'encadrement des établissements publics</i> _____	439
b. <i>L'encadrement des autres organismes investis d'une mission de service public</i> _____	440
B. LE CONTRÔLE DE L'ATTEINTE AUX LIBERTÉS DU FAIT DES INACTIONS DE L'ÉTAT : L'EXEMPLE ARGENTIN DU DÉFENSEUR DES PEUPLES _____	442
1. Les discours sur l'intervention du Défenseur du Peuple du fait des omissions encadrées par la morale _____	443
2. Les discours sur l'intervention du Défenseur du Peuple du fait des omissions encadrées par le droit _____	444
3. Les discours sur l'intervention du Défenseur du Peuple du fait des conséquences probables de certaines omissions _____	446
SECTION 2. LA PÉRIPHÉRIE EXTERNE, ESPACE D'INFLUENCE DE L'INPUT ET DE L'OUTPUT DES POLITIQUES PUBLIQUES _____	448
§ I. L'INFLUENCE DE L'INPUT DES POLITIQUES PUBLIQUES _____	451
A. LES MÉDIAS ET LES POLITICIENS, SOURCE D'INFLUENCE SYSTÉMATIQUE DU SYSTÈME POLITIQUE _____	451
1. Les discours sur la diffusion de l'opinion publique par les institutions médiatiques _____	452
a. <i>La protection de la diversité médiatique par la liberté d'opinion</i> _____	453
b. <i>La protection de l'indépendance médiatique par la liberté de la presse</i> _____	454
2. Les discours sur l'instrumentalisation des préoccupations du public par la figure du politicien _____	456
B. LES SOUS-SYSTÈMES FONCTIONNELS ET LA SOCIÉTÉ CIVILE, SOURCE D'INFLUENCE PONCTUELLE DU SYSTÈME POLITIQUE _____	458
1. Les discours sur la promotion des intérêts privés et collectifs par les sources d'influence organisées _____	458
a. <i>La promotion des intérêts privés par les sous-systèmes fonctionnels</i> _____	459
b. <i>La promotion de l'intérêt public par la société civile organisée</i> _____	460
2. Les discours sur l'expression de l'opinion et de la volonté par les sources d'influence spontanées _____	462
a. <i>L'expression matérielle de l'opinion et de la volonté du public</i> _____	463
b. <i>L'expression immatérielle de l'opinion et de la volonté du public</i> _____	464
§ II. L'INFLUENCE DE L'OUTPUT DES POLITIQUES PUBLIQUES _____	467
A. LE SOUTIEN DES ÉCHANGES FONCTIONNELS, GAGE DE STABILITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE _____	468
1. Les discours inhérents au soutien de l'exécution des programmes normatifs _____	468
2. Les discours inhérents au soutien du respect des normes _____	469
3. Les discours inhérents au soutien du respect des décisions _____	471
B. LA PRÉVENTION DES ÉCHANGES DYSFONCTIONNELS, GARANTIE DE PÉRENNITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE _____	472
1. Les discours relatifs à la prévention du détournement des programmes normatifs _____	473

2. Les discours relatifs à la prévention de la corruption _____	474
3. Les discours relatifs à la prévention de l'inaction de l'Administration _____	476
Conclusion du second chapitre _____	479
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE _____	481
CONCLUSION GÉNÉRALE _____	483
BIBLIOGRAPHIE _____	489
TRAITÉS, MANUELS ET DICTIONNAIRES _____	489
THÈSES _____	490
Thèses de droit _____	490
Thèses de philosophie _____	493
Thèses de sciences politiques, de sciences de l'information et de la communication et de linguistique _____	494
ARTICLES DE DOCTRINE _____	494
OUVRAGES ET CHAPITRES D'OUVRAGE _____	514
Ouvrages _____	514
Chapitres d'ouvrages _____	534
DOCUMENTS ET RAPPORTS _____	545
Projets et propositions de lois _____	545
Amendements du Sénat et de l'Assemblée nationale _____	550
Autres documents et rapports _____	551
EXTRAITS DE JOURNAUX OFFICIELS _____	552
En France _____	552
En Argentine _____	555
JURISPRUDENCE _____	556
Juridictions nationales _____	556
Juridictions internationales _____	558
INDEX RERUM _____	559
INDEX NOMINUM _____	573

LE LANGAGE DE LA CONSTITUTION, FORME ET OBJET D'UN DISCOURS SINGULIER

Ce travail de recherche soutient la thèse selon laquelle la Constitution peut être appréhendée comme le résultat de discussions pratiques visant à organiser les conduites de la vie sociale. Les outils méthodologiques de la pragmatique formelle développée par J. Habermas et les illustrations apportées par l'étude comparée des discours constitutionnels contemporains menés en France et en Argentine servent alors à mieux saisir la forme et l'objet des interactions communicationnelles produites dans cette intention.

Ainsi, l'étude de la forme des discours constitutionnels vise à démontrer que l'échange de propositions langagières émises au cours du processus d'élaboration ou de révision d'une Constitution varie en fonction de la finalité pragmatique, éthique ou morale poursuivie lors de la discussion. Par ailleurs, l'examen de l'objet de ces discours entend mettre en exergue la volonté du constituant d'œuvrer à une régulation des rapports de pouvoir entre les différentes sphères institutionnelles et autonomes de l'espace public politique.

À travers ce double champ d'analyse, la thèse espère donc contribuer à un renouvellement de l'étude critique du droit, en faisant de la théorie habermassienne de la discussion un pertinent moyen de compréhension du langage de la Constitution.