

La métaphysique des constitutionnalistes Analyse généalogique du discours doctrinal sur la crise de la loi

David FONSECA

Maître de conférences en droit public

Résumé. – Selon la vulgate des constitutionnalistes, la description de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la loi est décisive. Elle aurait, selon la doctrine même, permis de mettre en place un discours authentiquement scientifique, la doctrine disposant désormais d'un objet à décrire. Les concepts de démocratie, de liberté, de sécurité, etc., ne seraient plus désormais prescriptif, puisqu'ils seraient subsumés sous la jurisprudence du Conseil constitutionnel. À partir de l'analyse du discours professoral sur le contrôle de la loi, notamment sur ses qualités (accessibilité, intelligibilité, normativité, etc.), on peut montrer comment ce discours est repris dans ce qu'il prétend en réalité subvertir : il est surdéterminé par des préoccupations ontologiques. De sorte que la systématité de la métaphysique y est plus puissante que ce qui prétend la détruire ou lui échapper. Pour le dire sommairement, à travers la thématique de la crise des qualités de la loi, le professeur semble énoncer une problématique de la « chute » qui semble bien avoir pour horizon nostalgique une nature de la loi. Or, le thème de la crise de la loi, l'idée de la dégradation de la loi, est en effet une idée naturaliste par excellence. S'il y a dégradation dans le discours doctrinal, c'est qu'il y a véritablement « quelque chose » qui se dégrade, et ce « quelque chose », quel que soit son mode de désignation, quelle que soit la volonté de la doctrine de s'en prémunir en le rejetant, est, nécessairement nature puisqu'une relation de dégradation relie alors directement la loi à ce qui est son état actuel, c'est-à-dire la nature de la loi corrompue. Que ce « quelque chose » relève de postulations philosophiques, il reste qu'il constitue l'un des noyaux durs, incontournable, de toute approche de la loi dans la doctrine constitutionnaliste. À moins de la réduire à un recueil d'opinions, à des échelles d'attitudes, l'objet de cette étude, du fait même de son objet totalement surdéterminé par cette ontologie, ne peut pas ne pas se questionner sur les présupposés métajuridiques, disons le mot : proprement ontologiques du discours doctrinal sur la loi, qui finissent par ruiner les prétentions à la scientificité de la doctrine.

Mots-clés : doctrine constitutionnaliste - discours scientifique - crise de la loi - rhétorique - métaphysique.

« Qu'advierait-il si, un jour, la science, le sens du beau et celui du bien se fondaient en un concert harmonieux ? Qu'arriverait-il si cette synthèse devenait un merveilleux instrument de travail, une nouvelle algèbre, une chimie spirituelle qui permettrait de combiner, par exemple, des lois astronomiques avec une phrase de Bach et un verset de la Bible, pour en déduire de nouvelles notions qui serviraient à leur tour de tremplin à d'autres opérations de l'esprit ? »

H. Hesse, *Le Jeu des perles de verre*

À la fin de sa vie, Husserl invitait la philosophie à faire *vœu de pauvreté*, à se dépouiller de son savoir sur les choses, et à se réduire à la compréhension *originnaire* qu'a toute conscience de son rapport avec le monde. Identifiable à l'expérience de la subjectivité, ce monde primordial n'a rien de semblable au système d'opérations et de représentations qu'en construisent les sciences. Parce qu'il est au contraire donné d'emblée à la conscience, la compréhension qu'elle en a spontanément précède et fonde celle de toute autre réalité¹. Aussi est-ce à ce *vécu primitif* que toutes les expériences ultérieures se rapportent comme à leur fondement. Il est ce *savoir implicite* à partir duquel tout autre savoir se déploie. Parce que toute autre connaissance le présuppose et qu'il est donc toujours là sans que l'on y pense en tout ce que l'on pense, il est la *banalité* même. Parce que chacun s'y réfère comme à un socle de notions primitives commun à toutes les consciences, si élémentaire en est la *banalité* que même ceux qui ne prétendent à aucun savoir ne pensent pas en être plus ignorants que personne. La phénoménologie husserlienne s'impose dès lors, en tant que méthode d'investigation et d'explicitation de cette *banalité*², comme point de départ légitime d'une pensée rigoureuse. Précisément, la première rigueur qui s'impose à toute pensée, même si elle n'est pas philosophique, est celle qui est donnée par la surface de la *banalité*. L'*évidence*³, qui est le résultat immédiat de cette *banalité*, devient ainsi le point de départ le plus sûr de toute investigation.

C'est à une tâche semblable d'élucidation que l'on veut s'atteler. S'il est vrai que « toute science [...] est constituée à partir de certains axiomes, principes, notions fondamentales, [qu']elle-même ne les « thématise » pas, ce qui signi-

1 Pour Husserl, tout ce qui est donné est présupposé existant pour le sujet. Au donné correspond dans l'esprit une faculté de recevoir.

2 Sur la phénoménologie et la théorie du droit, cf. P. Amselek, *Méthode phénoménologique et droit*, LGDJ « Bibliothèque de philosophie du droit », Paris, 1964, 464 p. et S. Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, thèse lettres, Paris, 1970, 476 p., publié in Klincksieck, Paris, 1972, 340 p. ; cf. aussi D. E. Herrendorf, *Autopsie de la science du droit. Pour une phénoménologie de la science du droit*, PUAM « Laboratoire de théorie juridique », vol. 8, Aix-Marseille, 1996, 213 p. D'un point de vue philosophique, A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard « Tel », Paris, 2007, 588 p.

3 Selon J. Derrida l'évidence est la chose la mieux cachée, car l'excès d'évidence aveugle, in *La carte postale de Socrate à Freud*, Flammarion, « La philosophie en effet », Paris, 1980, p. 439-524. À cet égard, P. Bourdieu rappelle que « le ton de l'évidence » est le propre du discours savant, in *Langage et pouvoir symbolique*, Seuil « Points essais », Paris, 2001, p. 390.

fié n'en fait pas son objet d'étude, [qu']elle est conditionnée par eux, leur doit sa propre consistance, sa cohérence et sa rigueur, [qu']elle les accepte comme des données [...]»⁴, on souhaite, en ce sens, s'interroger sur une certaine forme d'évidence⁵ du discours constitutionnaliste, lorsque celui-ci porte sur la loi. En effet, ce discours semble circonscrit précisément par un certain type de structure, une nécessité et des *a priori*⁶ constitutifs qui définissent notamment aujourd'hui les « qualités requises de la loi » : insuffisamment « normative⁷ », « inaccessible », « inintelligible », et quoique de manière « ambiguë », trop peu « claire », la loi serait en crise. Elle participerait en ce sens de l'« inflation » du droit, de la « poussée de fièvre normative [...] sous l'effet de bouffées délirantes », partant, de sa « complexité ».

Cette crise de la loi serait par ailleurs tellement évidente selon la doctrine qu'« il ne [serait] guère besoin de s'attarder [aujourd'hui] sur la logorrhée législative, l'instabilité des textes et le caractère éphémère, voire jetable, de la règle médiocre qui fut jadis la norme suprême de l'édifice juridique, et qui génère [rait] désormais une insécurité juridique croissante⁸ ». Il n'y aurait

4 M. Villey, *Philosophie du droit*, I, *Définitions et fins du droit*, Dalloz « Précis », 4e éd., Paris, 1986, p. 12. Ce que V. Villa appelle « la connaissance juridique commune », in « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amssek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF « Léviathan », Paris, 1994, p. 281-291, p. 284.

5 À propos de l'évidence en droit, H. Kelsen indique que la constitution de l'objet de la science du droit ne peut se réaliser qu'en rupture avec la perception immédiate, in *Théorie pure du droit*, tr. fr. Ch. Eisenmann, Dalloz « Philosophie du droit », Paris, 1962, p. 3, avec l'idéologie, *ibid.*, mais aussi in « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, Paris, 1934, p. 191, et, dans une certaine mesure, avec la signification « subjective » que les acteurs de la vie juridique donnent à leurs propres actes, in *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 3 et 4.

6 Au sens kantien du terme. De ce point de vue, dans une perspective juridique, cf. G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, tr. fr. J. Alexis d'Aynac, Dalloz « Bibliothèque Dalloz », Paris, 2004, p. 255.

7 On doit signaler que si la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne porte pas à proprement parler sur la « loi », mais sur la « norme » juridique, la plupart du temps la doctrine se réfère à cette jurisprudence pour viser essentiellement la crise de la loi ordinaire. On continuera donc de lire le discours doctrinal sur cette jurisprudence en rabattant la notion de norme sur celle de loi, le Conseil lui-même visant la plupart du temps dans sa jurisprudence telle ou telle loi. Par ailleurs, les services juridiques du Sénat ont mis en ligne leur travail, non sur la qualité de la norme, mais sur la qualité de la loi, <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html>.

8 L.-V. Fernandez-Maublanc, « Accessibilité et intelligibilité de la loi ou la réhabilitation de la loi par le Conseil constitutionnel », in *Mélanges Dmitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Dalloz-Sirey « Études Mélanges », Paris, 2005, p. 161. Par ailleurs, ce mouvement de « restauration » est antérieure à la jurisprudence du Conseil constitutionnel puisque selon la doctrine, « En 1958, la définition d'une matière législative permet, non sans paradoxe, à la fois d'en finir avec la souveraineté du Parlement, et de redonner à la loi tout l'éclat dont l'idéal révolutionnaire l'a revêtue », in G. Glénard, « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA*, 2005, n° 5, p. 926. On souligne.

donc « pas lieu de revenir ici sur [ce] constat [...] déjà dressé et commenté⁹ », puisque « tout a été dit¹⁰ ». C'est ainsi que « le Conseil [en est venu notamment] à censurer les dispositions sans portée normative, [...] rappelant cette évidence que "[...] la loi a pour vocation d'énoncer des règles et [doit] par suite être revêtue d'une portée normative"¹¹ ». « En définitive, qui ne souscrirait [aux] décision [s] du Conseil constitutionnel ?¹² » Conclusion, « sur le déclin de l'autorité de la loi, [...] il est inutile de s'attarder.¹³ » C'est que « le principe du rôle primordial de la loi [...] ne garde plus à l'évidence aujourd'hui son exclusivité. L'interrogation sur la place de la loi [...] est désormais devenue un sujet banal de réflexion.¹⁴ », « L'idée du déclin de la loi, [elle-même] est devenue d'une grande banalité.¹⁵ »

La loi ordinaire, à lire les constitutionnalistes, est donc atteinte d'une « maladie » de « langueur¹⁶ » : elle n'en finit pas de finir¹⁷. Et au catalogue des lieux communs, sa « crise » occupe aujourd'hui une place très en vue : vidée de son contenu, vouée à l'impuissance, tombée en déshérence, elle n'oriente plus les conduites, elle ne cristallise plus les espoirs, elle ne propose plus d'idéaux. D'où la kyrielle des termes, et l'on en oublie, qui qualifient le rapport que le professeur entretient avec elle : déception, désintérêt, désenchantement, méfiance, discrédit¹⁸... La doléance est-elle si neuve ? Non. Il y a bien longtemps, Tacite¹⁹ déjà, mais aussi Platon, dans *La République*²⁰, se

9 G. Carcassonne, « Société du droit contre État de droit », in *Mélanges Guy Braibant, L'Etat de droit*, Dalloz, Paris, 1996, p. 38. L'auteur vise la prolifération législative.

10 J. Rivero, « État de droit, état du droit », in *Mélanges Guy Braibant, op. cit.*, p. 610. L'auteur parle de la prolifération législative.

11 G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF « Thémis », 2e éd. Paris, 2006, 2e éd., p. 290.

12 P. Dubois, « L'intelligibilité de la loi », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2006, p. 139.

13 J. Rivero, « Les limites de la liberté », in *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 190.

14 J.-C. Bécane, « La loi revisitée. Réflexions sur les rapports entre la loi et l'État de droit », in *Mélanges Pierre Avril, La République*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 107.

15 B. Mathieu, *La Loi*, Dalloz-Sirey « Connaissances du droit », 2e éd., Paris, 2004, p. 75.

16 A l'instar du droit selon P. de Fontbressin : « Dans nos démocraties occidentales, le droit se meurt. Son agonie est lente, comme celle du roi de Ionesco. Il est frappé d'un mal sournois, d'une maladie de langueur, sous l'effet de la lassitude », in « Une propédeutique juridique au secours de la démocratie », *Mélanges Philippe Jestaz, op. cit.*, p. 145-155, p. 146.

17 Par ex., B. Mathieu et M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, PUF « Droit fondamental, Classiques », Paris, 2004, 874 p., p. 798 et s.

18 Par ex., D. Barella indique que « [...] la conception magique que les citoyens entretiennent à l'égard de la loi conduit trop souvent ces derniers à attendre des miracles. [...] Cette croyance quasi mystique dans les pouvoirs de la loi amènent ainsi le législateur à faire dire parfois tout et n'importe quoi à celle-ci. », in « La loi contestée », *Vive la loi !, Actes du colloque organisé à l'initiative du Sénat, Les colloques du Sénat, Les actes*, Paris, 2004, p. 20.

19 *Dialogue des orateurs*, Belles Lettres, Paris, 1964, p. 56. Cf. M. Ducos, *Les Romains et la loi*, thèse lettres, Paris IV, 1983, 687 p. J.-P. Camby reprend par exemple Tacite, in « Le désordre normatif », in *Mélanges J. Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, p. 227-239, spéc. p. 227.

plaignait du nombre sans cesse croissant des lois de la Cité, antienne que reprennent bien plus tard J.-J. Rousseau en écho²¹ et Montesquieu²². La crise de la loi serait-elle dès lors consubstantielle à sa naissance ? Aurait-elle partie liée avec les modalités de fonctionnement de la loi ?

Il vient alors à l'esprit – et presque intuitivement – un soupçon : cette crise n'a probablement pas l'évidence qu'on lui prête et elle n'est sans doute pas l'indépassable horizon du temps, comme en atteste le travail qu'effectue la doctrine sur la loi ordinaire. La problématique de ce travail, qui en oriente la recherche, est donc le suivant : si *lieu commun* il y a, au sens de la « pré-compréhension²³ » wittgensteinienne, c'est d'abord sa *généalogie* qui demande à être interrogée. Et sa provenance fait qu'elle doit l'être doublement : comme *discours des origines de la crise* mais aussi comme *discours des remèdes*. Proprement, le lieu commun s'ancre d'une part aux attentes de la cité, à son imaginaire et à l'ensemble de ses représentations collectives auxquelles répondent en écho²⁴, et en partie, ceux de la doctrine²⁵, mais il tient aussi – ce qui

20 Tr. fr. G. Leroux, GF, Paris, 2002, Livre IV. Cf. également O. Fressard, « Penser la loi avec et contre Platon », *Droits*, 2000, n° 31, p. 119-126 et dans le même numéro, V. Descombes, « L'illusion nomocratique », p. 89-100. Comp. A. Teissier-Ensminger, *L'enchantement du droit. Légistique platonicienne*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », Paris, 2002, 331 p. De manière générale, J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque : des origines à Aristote*, Les Belles Lettres, Paris, 2002, 525 p.

21 « Si l'on me demandait quel est le plus vicieux de tous les peuples, je répondrais sans hésiter que c'est celui qui a le plus de lois », *Contrat social, Œuvres complètes*, III, Gallimard « Pléiade », Paris, 1954, 7, p. 493 (les références aux textes de J.-J. Rousseau renvoient aux volumes de cette édition, 1959-1995, en abrégé O.C., cité par référence à la numérotation des livres et des chapitres). On doit signaler, cependant, que selon la doctrine, le thème de l'inflation législative ne concerne pas tant le nombre de lois que la taille des lois.

22 « La plupart des législateurs ont été des hommes bornés, que le hasard a mis à la tête des autres, et qui n'ont presque consulté que leurs préjugés et leurs fantaisies. Ils se sont jetés dans des détails inutiles, ils ont donné dans les cas particuliers. Comment peut-on observer les lois, si elles ne sont pas connues ? », in *Lettres persanes*, Biblio, Poche, Paris, 2006, 444 p., lettre n° 129.

23 Selon Wittgenstein, pour comprendre une chose on dispose déjà d'une « pré-compréhension », c'est-à-dire d'une idée reçue qui marque et oriente le jugement.

24 O. Ihl rappelle ainsi que, « Le rêve de la politique, fait d'aspirations collectives, parfois irrationnelles, saisit des hommes à la fin du XVIII^e siècle [...] et leur fait prononcer des attentes insoupçonnées. [...] ». Cet imaginaire, selon l'auteur, ne se traduit pas dans « l'adoption de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen » ou « la belle figure de l'abbé Sieyès et son fameux texte *Qu'est-ce que le tiers-état ?* [...] », mais « En juillet 1790, [lorsque] les constituants imaginent un projet consistant à promulguer la loi par le biais de l'érection d'une colonne triangulaire dans chaque chef-lieu de département, de district et de canton, colonne qui devait traduire la majesté de cette notion. Le terme de majesté, qui dérive de *majestas*, définissait, en droit romain, l'éclat spécifique qui assure la prééminence d'un pouvoir aux yeux de tous. », in « La loi comme passion et symbole de l'exception française », *Vive la loi !, op. cit.*, p. 33. L'auteur conclut : « On voit par la place qui est donnée à la loi qu'elle occupe déjà le sommet de l'État, l'Olympe de la politique », p. 34. « Comme cette cérémonie le montre, la loi a d'abord été pensée comme un culte public. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à un autre témoignage de l'époque. *La Feuille villageoise*, journal très lu dans les campagnes, reçoit le 21 juillet 1792

[p. 309-372]

D. FONSECA

Arch. phil. droit 54 (2011)

peut paraître tout à fait incongru – au poids d’une tradition, notamment philosophique, travaillée par une certaine idée de la loi.

Cette couche phénoménale *évidente*²⁶ du discours doctrinal sur *la crise de la loi* devient, dès lors, précisément l’interface qui peut s’ouvrir à l’analyse en guidant méthodologiquement, car cette ouverture qui peut être frayée par un travail d’interrogation et de description amende par conséquent toute décollation et tout survol superficiel. Comme le rappelle M. Foucault, si la science elle-même pense souvent par poncifs, par généralités, son propre discours lui est dès lors le plus souvent « inconscient²⁷ ». Il lui « demeure invisible ». Il est « l’inconscient, non du sujet parlant, mais de la chose dite », « un inconscient positif du savoir, un niveau qui échappe à la conscience » des agents, qu’ils utilisent « sans qu’ils en aient conscience²⁸ ». Le mot d’inconscient n’est évidemment ici qu’une métonymie, qu’il faut lire comme « implicite ». Le discours, cette sorte d’« inconscient », est donc ce qui n’est pas dit et qui reste implicite. Il faut alors un travail de *généalogie* pour mettre au jour ce discours²⁹. Or, chaque fois qu’est atteinte la « *differentia ultima* » du phénomène qu’est le discours, en son évidence même, on découvre immanquablement qu’il est alors « *étrange* », « *singulier*³⁰ ». Il faut donc

un texte du futur conventionnel Romme, s’exclamant : « La loi est la religion de l’État. Il ne faut pas seulement l’observer, il faut l’adorer ». La loi devient ainsi en France un véritable culte, voire même une religion civile. », *ibid.*

25 J. Foyer et c. Puigelier écrivent ainsi : « [...] il reste que la loi [...] doit être conforme à la constitution, la Déclaration des droits de l’homme de 1789, aux traités internationaux, au droit communautaire européen, etc.. Au vrai, elle doit être conforme à tout, sauf peut-être à ce que l’on attend d’elle. », in *La loi, Bilan et perspectives*, Economica « Études juridiques », Paris, 2005, p. 402.

26 On peut lire encore cette évidence dans le commentaire fait par D. Maus de la décision du 16 juillet 1971 (« Liberté d’associatio » n, n° 71-44 DC, *Rec.* p. 29, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 10e éd., p. 252 et s. ; *AJDA* 1971, p. 537 et s., note Rivero), instituant de fait le contrôle de constitutionnalité des lois en France, lorsqu’il se demande si cette décision est « révolutionnaire » ou ne l’est pas, in « La naissance du contrôle de constitutionnalité des lois en France », *Mélanges P. Pactet, L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, p. 714. J. Robert recourt également à l’évidence pour essayer dans un premier temps les critiques adressées au Conseil constitutionnel, avant de s’y affaïrer : « Périodiquement, la controverse rebondit... Le Conseil constitutionnel ne s’en étonne plus. Il en a pris depuis longtemps l’habitude ! Mêmes éternelles critiques. Mêmes constants procès. Il n’est point de pire sourd que celui qui ne veut pas entendre... ou comprendre. », in « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », *Mélanges P. Pactet, ibid.*, p. 861.

27 P. Brun, après avoir rappelé que le juriste devait se défier des « idées reçues », « en droit plus qu’en toute autre matière », précise que : « le conformisme est assurément un travers dans lequel la doctrine juridique peut tomber sans même s’en apercevoir. », in « Sources sulfureuses : remarques cursives sur l’office de la doctrine », in *Mélanges en l’honneur de Philippe Jestaz, op. cit.*, p. 68.

28 M. Foucault, *Dits et écrits*, 4 vol., II, Gallimard, Defert et Ewald, Paris, 1994, p. 9-10.

29 In P. Veyne, *Foucault, sa pensée, sa personne*, Albin Michel, Paris, 2008, p. 23. Cf. aussi A. Guigot, *M. Foucault : le philosophe archéologue*, Milan « Les essentiels », Paris, 2006, 63 p.

30 P. Veyne, *Foucault, sa pensée, sa personne, op. cit.*, p. 12.

éviter d'associer au discours constitutionnaliste sur la loi lui-même un vocabulaire laissant entendre qu'on sait d'avance sur quoi il porte, car cela même ne va pas de soi. Rien ne s'avère plus difficile que d'évaluer une conception de *ce sur quoi* porte le discours doctrinal sur la loi, si cette conception est déjà inextricablement mêlée au discours que le professeur associe à son formalisme. Dans le cas contraire, toute investigation critique sur l'objet du discours doctrinal, la loi, se trouverait ainsi édulcorée, diluée, en raison de la prégnance des présupposés que véhiculent la langue employée par le professeur à propos de la loi et les circonstances familières de son emploi³¹. À la manière de Wittgenstein, la devise de l'analyse semble alors : plutôt laisser déborder la rivière des faits qu'accepter un glissement de son lit de « précompréhension³² » ; plutôt voir surgir des paradoxes de la confrontation d'énoncés exprimés par le constitutionnaliste, que remettre en cause leur cadre de référence, modelé en sous-main par l'usage des substantifs et des prédicats.

Certes, le discours sur la crise de la loi³³, de même que celui portant sur les qualités de la loi³⁴, ne concerne pas le seul constitutionnaliste³⁵. Mais la

31 Sur ce point particulier, cf. A. Belvedere, M. Jori, et L. Lantarella, *Definizione giuridiche e ideologie*, Giuffrè editore, Milan, 1979, 535 p.

32 L'interprétation des événements se situe forcément à l'intérieur d'un horizon déterminé par l'appartenance à une tradition, avec ses présupposés scientifiques et inexpliqués au départ. Pour Wittgenstein, imaginer l'esprit comme une *tabula rasa* exempte de conditionnements ou de certitudes préétablies tient de l'illusion. On comprend une chose parce qu'on dispose déjà d'une « précompréhension », c'est-à-dire d'une idée reçue qui marque et oriente, jusqu'au moment du moins où, cette notion étant devenue problématique et insuffisante, on est poussé à chercher plus loin et à approfondir, in *De la certitude*, tr. fr. D. Moyal-Sharrock, Gallimard « Tel », Paris, 1969, § 97, p. 99.

33 Pour une analyse critique de la loi « parlementaire », cf. les critiques de civilistes ciblant leur propos sur les lois d'« origines bureaucratiques » dont l'« esprit est tout différent de la législation civile », in J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1979, 298 p., mais aussi *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion « Champs », Paris, 2006, 276 p. F. Terré, « La crise de la loi », *Arch. phil. droit*, 1980, T. XXV, p. 16 et s., mais aussi « Avant-propos », in Molfessis N (dir.), *Les mots de la loi*, Economica « Études juridiques », Paris, 1999, p. V-VII. P. Mbongo « De "l'inflation législative" comme discours doctrinal », *D., Chron.*, 2005, n° 20, p. 1300-1301. Dans une perspective philosophique, G. Renard, *La valeur de la loi. Critiques philosophiques de la notion de loi. Pourquoi et comment il faut obéir à la loi*, Recueil Sirey, Paris, 1928, 286 p.

34 Pour prendre un seul exemple, on pouvait écouter à un colloque assez récent, *Autour de la qualité des normes*, dont les actes n'ont pas encore été publiés, l'« Approche civiliste et commercialiste » de P. Stoffel-Munck, « administrativiste », de F. Lichère, toutes deux sur « La qualité de la norme contractuelle », « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », de R. Mehdi, les 24 et 25 octobre 2008, organisé par le GERJC-Institut Louis Favoreu, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, mais aussi C. Thibierge (dir.), *La force normative*, LGDJ, Bruylant, Paris, 912 p., avec des interventions en droit européen et international, droit pénal et droit pénal international, droit constitutionnel, droit administratif, droit des assurances, etc.

35 Cf. à cet égard un ouvrage de vulgarisation qui témoigne de cette préoccupation, D. Lansoy, P. Sassier, *Ubu loi, trop de lois tue la loi !*, Fayard, Paris, 2008, 286 p.

singularité du discours constitutionnaliste à cet égard oblige à en éprouver la teneur. En effet, le constitutionnaliste souhaite désormais constituer son discours comme un corps de doctrine authentiquement scientifique. Avec l'introduction en France du contrôle de constitutionnalité des lois, il possède en effet désormais un objet propre qu'il peut décrire dans des conditions scientifiques rigoureuses : la norme juridique. Proprement, le discours constitutionnaliste a dorénavant des prétentions à la scientificité, qu'il inscrit dans le cadre du positivisme juridique de type kelsenien³⁶. Cette question de la

36 Selon les réquisits mêmes du constitutionnaliste, il semble que le discours doctrinal s'organise, en outre, scientifiquement à partir de l'un des éléments classiques retenus par H. Kelsen pour qualifier le positivisme juridique : le discours descriptif. C'est la raison pour laquelle, dans les pages qui suivront, on dira que le discours doctrinal, au sens restreint, est à vocation scientifique. Quand bien même il est difficile de s'entendre sur le concept de « science » une fois qu'on l'applique au discours doctrinal, des attitudes « scientifiques » diamétralement opposées comme celle de M. Troper ou M. Villey revendiquant l'expression, quand bien même d'autres préfèrent qualifier le discours des professeurs d'« art » (sur le mode de la défiance, cf. par ex. M. Villey, *in Philosophie du droit*, I, *op. cit.*, p. 6, et « Le droit est-il science ? », *in Philosophie du droit*, II, *Les moyens du droit*, Dalloz « Précis », 2e éd., Paris, 1984, p. 38), on présupposera que toutes ces tendances se rejoignent au moins en un point essentiel, celui de considérer l'activité discursive du professeur comme une activité essentiellement descriptive, c'est-à-dire encore scientifique. En ce sens pourra-t-on dire que la doctrine est majoritairement d'inspiration positiviste. Cf. M. Troper *in* « Le positivisme juridique », *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF « Léviathan », Paris, 2004, p. 30 et *Philosophie du droit*, PUF « Que sais-je ? », 2e éd., Paris, 2005, p. 59-60. Sur ces problèmes de revendication du terme de science, lire V. Villa, « Legal science between natural and human sciences », *Legal Studies*, nov. 1984, vol. 4, n° 3, p. 243-270 et « Legal science and hermeneutic point of view », *in* A. Peczenik *et al.* (eds.), *in Theory of legal science*, D. Reidel, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1984, p. 509-520 et « Les théories de la science juridique et le concept de "théorie scientifique" », *in La science du droit*, LGDJ « La pensée juridique moderne », Paris, 1990, p. 164-173. Ces éléments de définition rejoignent ceux de H. Battifol, à propos du positivisme juridique, qui considère que « Selon le positivisme le juriste a pour seule mission la connaissance du droit en vigueur ; [...] Par où on entend essentiellement exclure les spéculations sur les problèmes de fondement, de valeur et de fin, en assignant au droit un objet susceptible d'une étude relevant d'une méthode scientifique. », *in Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, p. 26. Sur cette question de la constitution d'une science du droit, cf. A. Aarnio, R. Alexy et A. Peczenik, « The foundation of legal reasoning », *in Rechtstheorie*, Duncker et Humblot, Berlin, 1981, p. 423-448 ; ou encore, A. Aarnio, « Paradigms in legal dogmatics », *in Theory of legal science, op. cit.*, p. 25-38. Notons que Peczenik et Aarnio identifient science du droit et dogmatique juridique ; J. W. Harris, *Law and legal science, an inquiry into the concept legal rule and legal system*, Clarendon Press, Oxford, OUP, New York, 1979, 174 p. ; E. Pattaro, « Vers une définition de la science juridique », *Revue de synthèse. Philosophie et épistémologie juridiques*, avril-sept. 1985, n° 118-119, p. 245-267 ; enfin, E. Zuleta Puceiro, « Legal dogmatics as a scientific paradigm », *in Theory of legal science, op. cit.*, p. 13-24. N. Bobbio, *in Essais de théorie du droit*, tr. fr. M. Guéret et C. Agostini, LGDJ « La pensée juridique moderne », Paris, 1998, *nota*. « Être et devoir être... », p. 189-190. Lire également cet article sur la distinction faite par l'auteur entre « [...] les deux phases principales [par lesquels un juriste approche les normes d'un système qui sont] le relevé des normes nécessaires et leur révision dans le but d'en proposer de nouvelles. », *ibid.*, p. 194-195. Sur la conception de la science juridique chez N. Bobbio, lire V. Villa, « Science juridique et conception physicienne de la

scientificité sature le discours des professeurs soucieux de contribuer à la rénovation du constitutionnalisme. La science du constitutionnaliste se veut en ce sens positiviste. Essentiellement, cette science consiste en une position épistémologique qui pose la radicale distinction du sujet de la connaissance et de l'objet de la connaissance. L'effet doit être immédiat, puisque cette stricte séparation a pour objectif d'empêcher au possible le sujet de la connaissance de projeter ses propres représentations et valorisations sur son objet. La scientificité du discours doctrinal réside donc dans la pureté de sa théorie. Il s'agit de l'expurger de toutes les considérations morales, philosophiques, métaphysiques... qui permettent sitôt une neutralité de la part du sujet de la connaissance.

Dans cette perspective, cette analyse du discours doctrinal se présente comme un travail à double entrée ou à partie double. Il souhaite mettre en évidence la *singularité* du discours doctrinal sur la crise de la loi mais en vue de la confronter aux questions génériques de la doctrine, à ses propres interrogations sur ses prétentions à la scientificité. Or, paradoxalement et problématiquement, ce discours qui est tout entier construit sur ces prétentions, repose sur une *philosophie* singulière, orientée par une *généalogie* et des valeurs, dont l'oubli et la méconnaissance la dévoient avant de la dénaturer. La généalogie des idées serait donc à entendre en un double sens. Comme moyen, ou méthode d'investigation, elle devrait permettre d'organiser la recherche. Comme fin, ou problématique, elle devrait l'orienter vers la découverte des prérequis philosophiques du discours doctrinal sur la loi et sur la manière dont ils infléchissent ou non ses outils conceptuels, et plus fondamentalement ses prétentions à la scientificité. Mais peut-être ignore-t-on encore tout de la manière dont des idées peuvent agir sur des idées³⁷. Les matériaux livrés par les historiens de la philosophie ne permettent jamais de se représenter clairement une *généalogie* des idées philosophiques, lorsqu'il s'agit précisément, comme ici, du devenir de l'idée généalogique. On dit que Berkeley et Hume ont influencé Kant, que sans Hegel il n'y aurait pas eu de dialectique marxiste³⁸. Mais l'on ne peut dire comment les idées des uns ont agi sur les idées des

science, "Received view on theories" : les thèses de N. Bobbio et L. Ferrajoli », in *La science du droit*, LGDJ « La pensée juridique moderne », Paris, 1990, p. 92-101. On notera enfin que la théorie générale du droit revendique le statut de « science », ce que H.-L. A. Hart considère, in *Le concept de droit*, tr. fr. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Travaux et recherches, Bruxelles, 1976, p. 366-367. *Contra*, J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit*, 2001, n° 45, p. 303-334 et sur « L'illusion positiviste », cf. S. Goyard-Fabre, in *Mélanges Paul Amselek, op. cit.*, p. 357-374. Cette illusion confinerait, selon l'auteur, au « mythe », p. 358 et 361. Et F. Ost et M. van de Kerchove, in *Jalons pour une théorie critique du droit, op. cit.*, p. 47 : ils entendent se défaire de la tutelle du positivisme, p. 10-11 et 13.

37 M. Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard « Tel », Paris, 1976, p. 14.

38 A. R. Stoichit, « Le rapport entre la dialectique hégélienne et la dialectique marxiste. Réflexions critiques à propos de l'hégélianisme », *Revue roumaine des sciences sociales*, 1976, vol. 20, n° 2, p. 103-110.

autres. Tout du moins peut-on dire qu'entre certains penseurs il existe des éléments communs dont on peut constater l'apparition, à une époque donnée. Mais la rigueur invite le plus souvent à substituer à d'ambitieux rapports d'influence de simples constats chronologiques.

Par *généalogique* il faut entendre ici la perspective nietzschéenne³⁹ qui vise à établir des rapports entre deux termes d'un même phénomène, sans aucune préoccupation historique ou dialectique⁴⁰ : l'acte de naissance généalogique n'étant pas dans un temps antérieur, mais dans une origine sous-jacente qui ne diffère de son expression actuelle que par sa faculté à ne pas s'exprimer – différence selon le langage, non selon le temps. Ce que la généalogie distingue, par exemple entre une certaine métaphysique et certaines motivations affectives, n'est pas une filiation chronologique, mais un engendrement plus fondamental, qui relie une manifestation quelconque à une volonté non déclarée ou une intention non affichée qui parvient à réaliser ses desseins au prix d'une série de transformations qu'il appartient à la généalogie de déchiffrer. Elle se distingue, dès lors, de la méthode d'investigation génétique⁴¹. Ainsi peut s'instaurer une critique systématique du discours doctrinal, toute pensée exprimable devenant justiciable d'une interprétation généalogique décidée à ne pas s'en tenir à l'expression en cause, et à rechercher une origine en deçà de la parole manifestée.

Il faut préciser que la démarche généalogique au cours de ce travail n'implique pas l'inscription de ce qui arrive dans l'antériorité de normes immémoriales. L'analyse des provenances du discours doctrinal sur la loi n'est pas destinée à abolir les ruptures et à retrouver, sous l'apparence de l'accidentel, les grandes permanences qui rassurent. Le discours sur la crise de la loi peut donc bien relever d'une généalogie – au double sens d'une généalogie du *sens commun* et d'une généalogie plus strictement conceptuelle ou philosophique – cela ne signifie pas qu'il puisse se dissoudre dans des causalités antécédentes. La démarche généalogique ne se propose pas de remonter le temps pour dessiner les chemins linéaires d'un passé où se lit la « précompréhension⁴² » de l'avenir et elle n'exclut pas le repérage des fractures, des accidents, encore moins celui des commencements. Mais elle résiste aussi à un certain *pathos* de la nouveauté qui interdit non seulement d'appréhender les filiations mais aussi, et ce n'est pas le moindre paradoxe, le surgissement de formes inédites. Or, il apparaît qu'un certain nombre de ces *vieux-nouveaux* discours sur la crise de la loi oscillent entre ces deux pôles : la banalisation leur sert à masquer l'inédit, la radicalisation leur permet de conforter les vieilles

39 Reprise par M. Foucault lui-même.

40 Sur ce point, lire F. Kaplan, « L'idée d'une généalogie », in *La philosophie allemande*, D. Folscheid (dir.), PUF « 1er cycle », Paris, 1993, p. 239-242.

41 G. del Vecchio rappelle que la méthode génétique, qui est inductive, « étudie les origines » en servant « [...] à acquérir une connaissance intégrale de l'évolution du droit, en remontant, autant que possible, jusqu'à ses commencements », in *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 31.

42 Toujours au sens où l'entend L. Wittgenstein.

certitudes. Précisément, il se peut aussi, ce qu'invite à penser la formule de R. Char, qu'à certains moments de l'histoire on dispose d'un héritage qui « n'est précédé d'aucun testament⁴³ ».

La proposition d'un énoncé comme celui de « la crise de la loi⁴⁴ » comporte à cet égard une présupposition. Elle implique – en droit – la légitimité d'un *topos*. Que faut-il entendre ici par *topos*⁴⁵? C'est d'une part quelque chose dont on peut et doit pouvoir parler. La crise de la loi est un sujet de discours ou de réflexion, c'est pour le professeur un lieu commun d'analyse, de délibération, d'élaboration théorique, mais aussi de pratique juridique. Mais c'est aussi, d'autre part, la crise de la loi, quelque chose qui *a lieu*, dont l'événement et l'emplacement sont assignables (c'est du moins ce que présume en droit le titre). On pourrait nommer la crise, la reconnaître en son site (historique, juridique, politique, etc.), en son site essentiel, bien sûr ; et la situant, on pourrait, en principe, savoir ou pré-comprendre ce à quoi l'on se réfère quand on dit la crise de la loi, usant de ces articles définis pour marquer à la fois la généralité et la précision déterminée de la chose. Or, précisément, lorsque la doctrine parle de la crise de la loi, tout un réseau de traits contextuels permet au professeur d'abord de dire « nous », « nous » en tant que « communauté de constitutionnalistes » et de s'entendre pour entendre cet énoncé (*La crise de la loi*) qui à vrai dire n'est pas un énoncé puisqu'il ne dit rien au sujet de ladite crise. Il a seulement la structure d'un titre qui présume seulement qu'il y a du sens à parler de *cela*, ladite crise, et quoi qu'on en dise. Et ces traits contextuels seraient suffisants pour que l'on rapporte ce titre non pas à la crise en général de la loi *en général* mais à un phénomène singulier, situé, qui a lieu et son lieu dans une aire historique qui est, au moins jusqu'à un certain point, commune à la doctrine constitutionnaliste. En somme, en disant « crise » la doctrine délimite son domaine de compétence, bref, s'annonce en légitimant son rôle. D'où la généralité relative du titre, mais on serait déçu et convaincu d'avoir manqué l'objet de notre travail si l'on ne rapportait pas notre propre discours, aussi étroitement que possible, à ce qui a lieu *ici même*, aujourd'hui, lorsque la doctrine constitutionnaliste parle de la crise de la loi. Les articles définis (*la* crise de *la* loi) opèrent dans ce contexte qui est supposé commun à la doctrine, à tous les auteurs qui, en vertu d'une

43 *Feuillets d'Hypnos*, Gallimard « Folio plus », Paris, 2007, p. 18.

44 Que l'on retrouve encore chez les juristes du début du XXe siècle : J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, op. cit. ; ou encore D. Bellet, *Le mépris des lois et ses conséquences sociales*, Flammarion « Bibliothèque de philosophie scientifique », Paris, 1918, 283 p. ; G. Renard, *La valeur de la loi. Critique philosophique de la notion de loi. Pourquoi et comment il faut obéir à la loi*, op. cit. ; S. Trentin, *La crise du droit et de l'État*, préface de F. Gény, L'Églantine, Bruxelles, 1935, 498 p.

45 On emprunte bien évidemment le terme de *topos* à Aristote, qui signifie « lieu », mais non pas dans un sens déterminé. Le *topos*, chez Aristote, c'est le lieu propre de chaque être dans l'espace. Selon lui, chaque être a son *topos*, dans le tout, un *topos* exclusif qui lui appartient de plein droit. V. sur ce point M. Canto-Sperber, « La substance selon Aristote », in *La philosophie grecque*, PUF « 1er cycle », Paris, 1997, p. 325-336.

position institutionnelle, en tant que constitutionnaliste, ou d'un consensus lui-même supposé ou produit par la *convention* (on entend ce mot en anglais) sont autorisés à *dire* la crise et à *y répondre*.

On ne multiplie pas ces remarques sur la structure de la référence, la valeur de contextualité ou l'article défini dans un titre, etc., pour égaler dans des généralités linguistiques ou logico-grammaticales ou pour détourner dans des protocoles une certaine urgence de quelque façon qu'on la détermine : juridiquement, historiquement, politiquement, philosophiquement. Au contraire, on procède ainsi pour tenter de déterminer cette urgence et pour soumettre à la discussion une hypothèse sur la nature de cette urgence. Pour reconnaître, plus strictement, en sa singularité, l'urgence qui provoque la doctrine (trouver des réponses à la crise de la loi), il faut d'abord dénoncer ce qui pourrait servir d'alibi. Celui-ci aurait la forme d'une généralité, ce qui n'est pas un mal en soi, mais d'une généralité vide et destinée à éviter l'ici-maintenant de la crise de la loi, c'est-à-dire sa véritable signification pour la doctrine.

La loi, dit-elle au fond, n'est pas seulement le produit de la généralité, de l'impersonnalité, de l'universalité, ou, de manière plus modeste aujourd'hui, limitée ou non aux matières de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Elle n'est pas non plus, seulement, insuffisamment « normative », « accessible », « claire », etc., dans son discours. C'est aussi un projet structuré en permanence par *sa propre crise*. La loi a toujours été l'expérience même d'une crise, la doctrine a toujours vécu de s'interroger sur cette propre ressource, sur cette propre possibilité, dans l'instance critique où il s'agit pour elle de juger ou de décider (*krinein*⁴⁶) de la propre signification de cette crise, comme de sa survie, et de l'évaluer, de se poser la question de ses titres et de sa légitimité. Dès lors, le mouvement autocritique, le discours *de* la crise, et non plus seulement le discours *sur* la crise, si on peut dire, en retour, appartient fondamentalement au plus propre du constitutionnaliste en tant que tel. Le discours doctrinal, en « disant » la crise, se répète finalement ainsi et reproduit sa propre tradition comme enseignement de la crise de la loi et comme *paideia*⁴⁷ de l'autocritique en général.

Ce schéma, sans le disqualifier comme tel, pourrait cependant servir d'alibi à la doctrine. Pourquoi un alibi ? Parce que le discours doctrinal, selon ses propres réquisits, s'il ne savait plus identifier cette crise, en sachant en extraire toutes les potentialités, cesserait d'habiter simplement le lieu où elle est destinée à se reproduire. Elle ne le quitterait pas simplement – et c'est pourquoi le schéma de cette répétition n'a pas tout d'un coup cessé de la requérir – mais elle le *déborderait* en quelque sorte, ou plutôt serait-elle débordée en tant qu'elle aurait cessé d'identifier ce lieu de la crise. Précisément, ce que l'on

46 *Krinein*, signifie, dans le langage de la *Krisis*, discerner, jauger, interpréter, in P. Chatraine, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Klincksieck, Bruxelles, 2000, V° « Krinein ».

47 On entend par *paideia* l'idée d'une culture critique propre au constitutionnaliste. Sur le sens du mot, cf. W. Jaeger, *Paideia, la formation de l'homme grec*, Gallimard « Tel », Paris, 1988, 616 p.

appelle aujourd'hui, « crise de la loi », participe déjà d'une tout autre nécessité historique : où ce qui vient en « crise », ce serait cette perpétuation même du discours doctrinal comme liberté autocritique *et (c'est le même)* comme projet lié à l'*universitas*, comme répétition de soi à travers le langage du *krinein*, à travers la possibilité de la décision, selon une logique du décidable entre les possibles. En cessant d'identifier le lieu véritable de la crise et les ressources qui le mobilisent, le discours doctrinal cesserait, partant, de jouer pleinement son rôle de « critique ». En effet, la crise dans laquelle se trouve plongée la loi n'est pas un *fatum*⁴⁸. Elle est au contraire, aussi bien pour la loi que pour la doctrine, le moment de vérité de l'une et de l'autre. La crise de la loi est révélatrice de l'étoffe doctrinale, de sa structure et de ses pratiques, notamment par le miroir que constituent les descriptions qui sont faites et les décisions prises ou non à l'occasion de celle-ci par la doctrine. Précisément, si la crise est traversée, elle peut être fondatrice d'un nouvel ordre, *ktisis* mot suivant immédiatement *krisis* dans l'ordre alphabétique grec, signifiant « fondations » d'une cité nouvelle⁴⁹.

Il y a donc une insatisfaction qui pas à pas accompagne la lecture que l'on peut faire du thème de la crise de la loi dans la doctrine constitutionnaliste. Cette insatisfaction a sa source dans le sentiment d'une insuffisante pensée de la *positivité* de la crise de la loi dans et pour le discours doctrinal, trop vite ramenée à ce que Hegel ne manquerait pas ici de désigner comme le bien-connu : sa seule *négativité*. *Positivité* de la crise qui excède la pensée ou qui confronte à ce qu'un Grec avait subodoré : qu'il est « certaines pensées plus fortes que nous⁵⁰ ». *Positivité* qui, si elle n'était pas suffisamment « creusée », interrogée en tout cas, écarterait radicalement de la notion véritable de « crise » qui n'est ni bonne ni mauvaise en soi, mais qui, étymologiquement, comporte un versant « menace » et un versant « opportunité »⁵¹. *Positivité* à saisir – ou à pâtir – dans l'ineffectivité qu'elle induit, dans ce qu'un Blanchot appellerait sa neutralité, qu'il appartient à l'analyse du discours doctrinal de mettre en place. Or, les développements sur la crise de la loi attestent eux-mêmes dans le même temps une formidable mobilisation discursive pour en inverser le cours. *Positivité* de la crise, quoi qu'il en soit, que la doctrine n'évite finalement pas, devant laquelle elle ne se détourne pas mais dont l'étude du discours doctrinal doit alors se demander *si seulement le négatif lui suffit*.

À ce titre, une caractéristique semble se dégager de ce discours dont la composition des divers éléments a été préparée depuis quelques années par les

48 Dans le sens latin de « fatalité », in *Dictionnaire latin-français, Le Grand Gaffiot*, Hachette, Paris, 2000, V° Fatalité.

49 In *Dictionnaire étymologique de la langue grecque, op. cit.*

50 L'expression est de Philaloas. Philaloas était un présocratique. Voir *Les Présocratiques*, Gallimard « Pléiade », Paris, 1988, p. 509.

51 In P. Chatraine, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque, op. cit.*, V° Krisis.

[p. 309-372]

D. FONSECA

Arch. phil. droit 54 (2011)

travaux de la légistique⁵², signalant « la crise de la technique législative⁵³ ». Si le travail doctrinal consiste essentiellement en une description du droit positif⁵⁴, notamment d'une analyse conséquente de la jurisprudence du

52 Selon C. A. Morand, J.-D. Delley et A. Flückiger dans le cadre du CEFOLEG, les liens entre droit et légistique ne sont pas évidents. Ils obéissent à des « rationalités différentes », ont ensuite des modes de contrôle différents, http://webdroit.unige.ch/cefoleg/index.php/plan/en_general/legistique_droit/comparaison/controle. Enfin, droit et légistique, opèrent selon « deux modèles de fonctionnement différent », *ibid.*, section « fonctionnement ». On peut toutefois, notamment, parler de liens étroits noués entre la légistique et le droit dans le cadre de la « juridicisation de la légistique ». Dans l'optique de la légistique matérielle (c'est-à-dire les principes et connaissances qui servent à renforcer l'efficacité de la législation), plusieurs « règles méthodologiques en usage dans les sciences de l'homme [...] servant à l'optimisation de l'action des pouvoirs publics » peuvent être dégagées : « rationalisation de la production normative par la méthode de la planification », « analyse préalable objective du problème », « étude d'impact de la loi », « analyse coût/bénéfice » de la loi, etc. Dans le cadre de la légistique formelle (c'est-à-dire les règles qui tendent à améliorer la communication législative), il s'agit notamment de « l'obligation de rédiger clairement, de manière compréhensible et précise », mais aussi du « recours à une densité normative adéquate ». Or, « Ces règles se situent à l'origine hors du droit ». Mais « celui-ci a une faculté à peu près illimitée de s'approprier des règles venues d'ailleurs, de phagocytter des normes venant d'un autre système, si bien que peu à peu, certaines d'entre elles acquièrent une dimension juridique ». C'est ce que la doctrine nomme la « juridicisation de la légistique », http://webdroit.unige.ch/cefoleg/index.php/plan/en_general/legistique_droit/juridicisation. Sur « La controverse au sujet du caractère juridique ou non de la légistique », qui « est vaine », *ibid.*, http://webdroit.unige.ch/cefoleg/index.php/plan/en_general/fondements_juridiques. Sur la juridicisation de la légistique, lire P. de Montalivet, « La "juridicisation" de la légistique... », À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *La confection de la loi*, PUF « Cahiers des sciences morales », Paris, 2005, p. 99 et s. *Contra* B. Mathieu, selon lequel la « légistique », cette « science de la législation n'a pas progressé », in *La loi, op. cit.*, p. 83. De sorte que la « qualité de la loi c'est avant tout la qualité du travail parlementaire », *ibid.*, p. 134.

53 A. Viandier, « Crises dans le droit », *Droits*, 1986, n° 4, p. 75-80.

54 Voir, par ex., B. Mathieu et M. Verpeaux, « Pathologies et thérapies de la loi », *Droit constitutionnel*, p. 798 et s. Pour un exemple jurisprudentiel, cf. Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 sur la *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *Recueil*, p. 72, publiée au *JO* du 24 avril 2005, p. 7173. Sur cette décision, voir les commentaires de A.-L. Valembois, « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, 13 juin 2006, n° 117, p. 9-11 ; W. Sabete, « L'exigence de "portée normative" de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la notion de loi de programme. Éléments pour une théorie de la normativité de l'acte législatif à la lumière des décisions n° 2005-512 et n° 516 », *RRJ*, 2005, n° 4, p. 2237-2255 ; J. Pini, « Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école », *RFDC*, 2006, n° 65, p. 152-164 ; G. Glénard, « La conception matérielle de la loi : la loi ordinaire », art. cit. ; P. Deumier, « Qu'est-ce qu'une loi ? Ce n'est ni un programme politique, ni un règlement », *RTDC*, 2005, n° 3, p. 564-569 ; J.-P. Camby, « La loi et la norme (à propos de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005) », *RDP*, 2005, n° 4, p. 849-867 ; M. Verpeaux, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.*, 2005, n° 28, p. 1886-1890 ; B. Mathieu, « Le Conseil constitutionnel censure les lois trop « verbeuses » », *JCP, Sem. jur.*, 2005, n° 20, p. 879-880.

Conseil constitutionnel⁵⁵ qui précise elle-même que la loi doit être « normative⁵⁶ », « accessible », « intelligible »⁵⁷, « claire⁵⁸ » dans un « contentieux objectif des normes⁵⁹ », la doctrine souscrit dans le même temps à cette analyse jurisprudentielle⁶⁰, qualifiée le plus souvent de « salutaire⁶¹ », qui recherche avant tout à lutter contre le « désordre normatif⁶² », à pérenniser l'« efficacité de la loi⁶³ », la « logique de la loi⁶⁴ »,

55 On doit encore le préciser : faire l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce n'est pas, pour une partie des constitutionnalistes, en faire son objet principal. Ainsi, par exemple, selon l'école aixoise de droit constitutionnel constituée autour du Doyen Favoreu, « La jurisprudence constitutionnelle n'est pas [son] objet d'étude [...], elle est l'élément premier retenu dans l'interprétation de l'objet d'étude constitué par les normes juridiques constitutionnelles. », in X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », art. cit., p. 243. On doit ajouter que pour D. Rousseau, par exemple, si le droit constitutionnel est « aujourd'hui jurisprudentiel [...] il sera demain européen », in « Le nouvel horizon du droit constitutionnel », art. cit., p. 893. Cf. H. Gaudin et D. Rousseau, « Le droit constitutionnel européen en débat », *RDP*, 2008, n° 1, p. 721-730.

56 Sur cette question on peut renvoyer au dossier établi par les services juridiques du Conseil constitutionnel, *Absence de normativité ou normativité incertaine*, sur le site du Conseil constitutionnel, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004500/doc1.pdf. On consultera notamment les p. 10 et s. sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et les p. 30 et s. sur « Les dispositions à normativité incertaine » pour d'autres références jurisprudentielles.

57 Sur l'intelligibilité de la loi, cf. A. Paris, « A propos du Conseil constitutionnel, décision n° 2006539, 20 juil. 2006, Loi relative à l'immigration et à l'intégration », *RA*, 2007, n° 358, p. 354-362. Sur le problème de l'accessibilité, J.-M. Larralde, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », art. cit.

58 Si le Conseil constitutionnel, une fois encore, « semble avoir abandonné la référence à la clarté de la loi [...] il n'en reste pas moins, selon B. Mathieu, que le caractère compréhensible et accessible de la loi renvoie à une exigence de clarté », in « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », art. cit., p. 361. Selon P. de Montalivet, clarté et intelligibilité doivent être distinguées. La clarté « est directement liée à la sanction de l'incompétence négative du législateur », in « La "juridicisation" de la légistique... », art. cit., p. 127. Cf. G. Schmitter, « L'incompétence du législateur et des autorités administratives », *AJJC*, 1989 vol. V, p. 137-155.

59 S. Schmitt, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, n° 72, p. 719 et s.

60 Comme le relève L.-V. Fernandez-Maublanc, à propos des objectifs de valeur constitutionnelle (accessibilité et intelligibilité de la loi), cette jurisprudence « est unanimement reconnu, par ses partisans comme par ses détracteurs [...] », in « Accessibilité et intelligibilité de la loi ou la réhabilitation de la loi par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 162 ; idem pour J.-P. Maublanc, « Les nouveaux mythes constitutionnels de la rationalité de la loi », *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, op. cit., p. 246 et p. 248 : « Elle [la jurisprudence du Conseil sur les « qualités » de la loi] a suscité un engouement indéniable en doctrine. » J.-P. Camby fait le même constat, même si pour lui « personne ne s'entend sur les remèdes à y apporter [au désordre normatif] », in « Le désordre normatif », art. cit., spéc. p. 229.

61 Par B. Mathieu, par ex., in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La réforme du travail législatif*, op. cit., p. 4, à propos des « neutrons législatifs ».

62 G. Drago, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *RDP, Dossier spécial, Désordre normatif*, 2006, n° 1, p. 45-64. Cf. dans le [p. 309-372] D. FONSECA *Arch. phil. droit* 54 (2011)

sa « valeur⁶⁵ », sa « simplification⁶⁶ », c'est-à-dire encore qui a le souci de sa « qualité⁶⁷ », de sa « quantité⁶⁸ » aussi, composantes de la « sécurité

même numéro les « Propos introductifs », d'Y. Gaudemet, et du même auteur « La loi administrative », art. cit., et sur le plan européen, H. Oberdorff, « Ordre et désordre normatifs dans l'Union européenne », p. 113-128 et L. Gauthier-Lescop, « Une résolution du Parlement pour lutter contre l'inflation normative », *RDP*, 2007, n° 1, p. 111-130. J.-P. Camby, « Le désordre normatif », art. cit.

63 E. Blankenburg, « La recherche de l'efficacité de la loi ». Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (le concept d'implémentation), *Droit et société*, 1986, n° 2, p. 59-75 et F. Rouvillois, *L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'innovation politique, Paris, 2005, 63 p. L'auteur considère qu'il faut redonner aux normes juridiques l'efficacité qui leur fait défaut, notamment les rendre intelligibles, claires, accessibles...

64 M.-J. Borel, P. Moor, *De la logique des lois*, Droz, Genève, 1996, 255 p.

65 J.-P. Camby, « La valeur de la loi ? (Au sujet de la décision du Conseil d'État *Rouquette* du 5 mars 1999) », *RDP*, 1999, n° 4, 1223-1229.

66 J. Chahaignes, « La loi du 2 juill. 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit », *Regards sur l'actualité*, 2004, n° 297, p. 51-62. Cf. Décision du Conseil constitutionnel, n° 2003-473 DC (Rec. 2003, p. 382) ; P. Gonod, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA*, 2003, n° 31, p. 1652-1655.

67 Pour une définition, cf. B. Mathieu, in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La réforme du travail législatif*, op. cit., p. 4 : la qualité de la loi c'est « un texte clair, accessible, qui prescrit, interdit, autorise et où le principe et la règle se distinguent de l'accessoire. » Toutefois, in *La loi*, B. Mathieu écrit que la « qualité de la loi c'est avant tout la qualité du travail parlementaire », op. cit., p. 134. Mais J.-L. Héryn se demande « de quelle qualité parle-t-on ? De la qualité technique ou [...] politique ? », *ibid.*, p. 42. Cette qualité de la loi peut aussi s'entendre comme un souci de « transparence » et de « simplification ». Ainsi P. Wachsmann a proposé d'élargir la notion à la « Qualité du droit », in *Mélanges offerts à Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1687-1705. Il faut dès lors noter que le concept de sécurité juridique comprend d'autres éléments que ceux de la « normativité », l'« accessibilité », l'« intelligibilité ». Ils n'épuisent donc pas la notion. La sécurité juridique, en effet, est un concept plus large qui renvoie aussi à la non-rétroactivité de la règle, à la protection des droits acquis, à la confiance légitime, à la stabilité des relations contractuelles, à la limitation des validations législatives, soit à des notions qui relèvent de la prévisibilité de la loi comme exigence de sécurité juridique. P. de Montalivet note que « c'est donc plutôt la qualité de la loi qu'a consacrée le Conseil constitutionnel à travers l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Cet objectif ne correspond qu'à une partie de l'exigence de qualité de la loi, qui n'est elle-même qu'une composante de la sécurité juridique », avec la prévisibilité, in « La "juridicisation" de la légistique... », art. cit., p. 128. Sur la « qualité de la législation », cf. D. Chamussy, « Le Conseil constitutionnel et la qualité de la législation (décisions du CC des 29 juillet et 5 août 2004) », *RDP*, 2004, n° 6, pp. 1739-1760. De manière plus large encore, cf. J.-C. Piris, « Union européenne : comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 États membres », *RDP*, 2005, n° 2, p. 475-492. De manière générale, cf. L. Milano, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, 2006, n° 3, p. 637-672 ; cf. encore M. Heinis, « Le déni de la qualité », *AJDA*, 2007, n° 14, p. 713-715.

68 J.-M. Pontier, « Pourquoi tant de normes ? », *AJDA*, 2007, n° 15, p. 767-769. B. Mathieu, *La loi*, op. cit., p. 77. Comp. C. Courvoisier, « L'idéal de la loi rare », in *Association française des historiens des idées politiques, Pensée politique et loi*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000, p. 83 et s.

juridique⁶⁹ », « consubstantielle à l'État de droit⁷⁰ ». En effet, « la première exigence de l'État de droit est qu'il garantisse la sécurité juridique. [...] Il faut d'abord que la règle de droit, avant d'être opposable, soit publiée et que cette publication soit accessible⁷¹. [...] Il faut ensuite que la règle de droit soit rédigée

69 B. Mathieu, *La loi, op. cit.*, p. 116-119. Cf. J.-P. Camby sur ce point, « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle », *RDP*, 2006, n° 5, p. 1179-1181, mais aussi O. Dutheilhet de Lamotte, membre du Conseil constitutionnel dans son exposé fait à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens rappelle que la notion de « sécurité juridique » est absente tout à la fois du texte constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Les Cahiers du conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 67-69. La sécurité juridique est également définie par le Conseil d'État dans son rapport public 2006 : « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ». Le Conseil d'État, qui rappelle qu'elle « constitue l'un des fondements de l'État de droit », dégage deux approches : l'une formelle, l'autre temporelle, in <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/qualite-normes-securite-juridique/securite-juridique.shtml>. En matière judiciaire, la Cour de cassation prend également en compte les exigences découlant de ce principe, *ibid.* Pour le droit administratif, cf. A. Met-Domestici, « La sécurité juridique : consécration nouvelle d'une exigence ancienne. Précisions sur les enjeux de la reconnaissance par le Conseil d'État du principe de sécurité juridique », *RRJ*, 2007, n° 4, p. 1873-1889. cf. M. Delamarre, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA*, 2004, n° 4, p. 186-194 et L. Tesoka, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *AJDA*, 2006, n° 40, p. 2214-2219. Pour le droit constitutionnel, cf. B. Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, ibid.*, p. 106-111, qui rappelle que ce principe commande, en partie, toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la « normativité », l'« accessibilité », etc. Il définit ainsi « La sécurité juridique comme label de qualité de la norme juridique ». Du même auteur, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 2006, n° 16, p. 841-843 mais aussi « Constitution et sécurité juridique – France », *AJJC*, 1999, vol. XV, p. 155-192, et « Remarques sur un conflit de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique », *RFDA*, 2003, 19, p. 470-476. Cf. encore Ch. Perelman, « Les notions à contenu variable de droit », in *Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990, p. 788 et s. Cf. A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ « Thèses », Paris, 2005, 544 p. Pour une lecture critique, lire P. Brunet, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », *Mélanges Danièle Lochak, op. cit.*, p. 247-250. Un autre phénomène touche la sécurité juridique selon J. de Clausade, « Sécurité juridique et complexité du droit : le développement des lois techniques », art. cit. Comp. J.-P. Camby, « Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle », *RDP*, 2006, n° 6, p. 1505-1512. Comp. A. Maucour-Isabelle, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA*, 2005, n° 6, p. 306-307 et J.-M. Pontier, « La simplification, illusion dangereuse », *AJDA*, 2005, n° 7, p. 345-347.

70 A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, op. cit.*, in résumé de la thèse.

71 Sur ce thème de la connaissance de la loi, cf. P. Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », in *Droit écrit*, mars 2001, n° 1, p. 27-37. L'auteure insiste sur l'idée que l'inflation des normes juridiques est un facteur d'aggravation de leur connaissance, p. 29. Sur ce thème classique, cf. F. Terré, « Le rôle actuel de la maxime "Nul n'est [p. 309-372] »

de façon à pouvoir être comprise de ceux à qui elle sera opposée. [...] il faut enfin que la norme juridique soit suffisamment stable et [...] suffisamment claires⁷² ». En somme, d'après J. Gicquel et J.-E. Gicquel, « l'État de droit, [...] c'est-à-dire l'État soumis au droit » est un État, « au sein duquel les citoyens sont protégés de l'arbitraire par la sécurité juridique⁷³ ». « Il s'agit [donc], selon J. Chevallier, de remédier aux dérives nées de l'inflation normative, en mettant l'accent sur l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité du droit [...]»⁷⁴ ».

Ainsi, pour ce qu'il en est des objectifs de valeur constitutionnelle⁷⁵ d'intelligibilité et d'accessibilité⁷⁶, M.-A. Frison-Roche écrit : « La définition

censé ignorer la loi » », *Études de droit contemporain*, Tome XXX, 1966, p. 91 et s., sp. p. 106 et s. ; R. Guillien, « Nul n'est censé ignorer la loi », *Mélanges P. Roubier*, T. 1, Dalloz et Sirey, Paris, 1961, pp. 253 et s. ; J.-L. Aubert, *Introduction à l'étude du droit et thèmes fondamentaux au droit civil*, Armand Colin, Paris, 1998, 7e éd., n° 97 ; G. Nicolau, « Inaccessible droit ! », *RRJ*, 1998, n° 1, p. 20 et s. ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, Paris, 1992, n° 276.

72 F. Julien-Laferrrière, « État de droit et libertés », in *Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 156-157. Sur l'« hermétisme » de la loi, cf. également J. Rivero, « État de droit, État du droit », art. cit., p. 613. Aussi B. Mathieu, « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », art. cit., nota. p. 361-362, qui rappelle que « La qualité rédactionnelle de la loi » est une « exigence de sécurité juridique ».

73 J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 28e éd., Paris, 2008, p. 9.

74 In *L'État de droit*, Montchrestien « Clefs », Paris, 2003, 4e éd., p. 101. L'auteur traite de cette problématique dans le cadre de la « sécurité juridique », mais aussi p. 102. B. Mathieu, *La loi*, op. cit., p. 82-87.

75 Il semble possible selon la doctrine de relier la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les « qualités » de la loi à la défense de l'État de droit. Il semble difficile par contre d'établir une telle lecture pour au moins ce qui concerne les objectifs de valeur constitutionnelle que sont l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi avec la thématique de la défense des droits et libertés. En effet, comme le rappelle P. de Montalivet, traditionnellement la doctrine considère ces objectifs comme limitant l'exercice des droits et libertés (not. B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, STH, Paris, 1988, § 342 ; B. Faure, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, 1995, n° 21, p. 47 et J.-E. Schoettl, cité par B. Mathieu et M. Verpeaux : « la poursuite d'un objectif de valeur constitutionnelle permet au législateur de limiter la portée d'un droit ou d'une liberté constitutionnelle [...] », in *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 430). « L'objectif de valeur constitutionnelle est donc la justification de certaines limites apportées à l'application d'une règle constitutionnelle ; mais cet objectif ne peut permettre de faire disparaître cette règle ou lui porter une atteinte excessive », écrit F. Luchaire in « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 2005, n° 64, p. 675-684. Toutefois, P. de Montalivet démontre au cours de sa thèse qu'il faut plutôt lire ces objectifs comme permettant de mettre en œuvre les droits et libertés : leur unité réside davantage dans la protection des droits et libertés fondamentaux que dans leur limite, in *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz « Thèses et commentaires, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », Paris, 2006, 680 p., 2e partie de la thèse. Cette analyse est partagée par A. Levade, in « L'objectif de valeur constitutionnelle vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », *Mélanges P. Pactet*, op. cit., p. 687-702, p. 693 et p. 696.

76 Cf. un point de vue doctrinal qui approuve ce mouvement jurisprudentiel, A. Akam Akam, « Libres propos sur l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *RRJ*, 2007, n° 1, p. 31-55.

d'une loi intelligible⁷⁷ est préalable à la compréhension du principe. D'une façon générale, une chose est intelligible si son sens peut-être perçu par l'activité intellectuelle humaine. [...] Certes, le sens d'une loi, pas plus que le sens d'un quelconque texte ou d'une quelconque chose, ne se donne à voir spontanément et entièrement. Il y a toujours obstacle à comprendre le sens d'une chose et il n'y a jamais révélation neutre, fidèle et complète de ce sens. Cela n'exclut pourtant pas le critère de l'intelligibilité ; comme le juste peut s'appréhender non comme un point de parfaite justice mais comme ce qui n'est pas injuste et se définir ainsi comme une gradation de situations à partir de l'injustice, de la même façon la loi est intelligible non parce qu'elle serait parfaitement claire mais tant qu'elle n'est pas manifestement incompréhensible. Les systèmes juridiques qui ont donné une portée technique à l'intelligibilité de la loi, notamment les droits américain et canadien, ont défini la loi inacceptable comme celle qui est tellement imprécise et obscure qu'elle permet l'arbitraire de ceux qui l'appliquent. La seconde ambiguïté tient au fait que le sens d'un texte traduit une relation entre celui qui l'émet et celui qui le reçoit. [...] Mais ce n'est pas la loi incomprise d'une façon générale qui est sanctionnée, c'est la loi incompréhensible : c'est le défaut substantiel de la loi qui est sanctionné et non le comportement de l'assujetti. Certes, il faut reconnaître que l'incompréhensibilité d'un texte se mesure à la capacité de son auteur. C'est pourquoi il sera nécessaire de faire référence à un citoyen moyen, ou bien, en affinant le standard de référence, à un type moyen du destinataire concerné (le consommateur pour le droit de la consommation, le banquier pour le droit financier, etc.). C'est l'état du droit positif à la fois américain et canadien puisque, pour apprécier le caractère compréhensible de la loi, les juges se réfèrent à un destinataire d'"intelligence moyenne".⁷⁸ »

Il faut en outre, en ce qui concerne cette fois-ci la normativité⁷⁹, que « la loi ne [soit] pas [...] un rite incantatoire⁸⁰ », un « slogan⁸¹ », « un droit sans

Pour un point de vue en droit communautaire, cf. M. Petit, A. Caeiros et L. Cimaglia, « L'accessibilité du droit, la méthode communautaire », *AJDA*, 2004, n° 34, p. 1862-1866.

77 Cf. sur ce point, P. Malaurie, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 131-138.

78 « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D. chron.*, 2000, p. 363-364. V. Lasserre-Kiesow estime pour sa part que la question de l'incompréhensibilité des lois est l'indice d'une discussion plus large sur la crise du droit et que toutes les manifestations de la crise contemporaine du droit se regroupent autour de trois signes fondamentaux de dépression, lesquels sont intrinsèquement liés à la question de la loi compréhensible. Ces trois signes sont l'inflation législative, l'inflation jurisprudentielle et la confiscation du droit par les juristes, *in* « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D. 2002, chron.*, p. 1159-1160 not..

79 B. Mathieu, *La loi, op. cit.*, p. 97, mais aussi p. 104-105. La doctrine approuve globalement cette jurisprudence du Conseil. On peut en voir, par exemple, la manifestation lors du commentaire fait de la décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 portant sur la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, où le Conseil [p. 309-372]

provision⁸² » car selon B. Mathieu et M. Verpeaux, « De telles lois n'édicte plus de règle de droit. La recommandation se substitue au commandement, l'incantation à la prescription, l'incitation à la sanction⁸³ ». Il faut en ce sens prémunir la législation « des éléments purement descriptifs, explicatifs et analytiques [...] Le rôle premier du législateur est de commander, de prescrire et non d'expliquer ou de justifier.⁸⁴ » Selon L. Favoreu *et alii*, « Seules les lois posant des normes peuvent être considérées comme sources normatives primaires du droit⁸⁵ », car, d'après J.-P. Camby, c'est ce qui « constitue la substance même [du droit]⁸⁶ ». Ainsi, « Dans un sursaut bienvenu, le Conseil constitutionnel *commence enfin* à lutter contre la dérive verbeuse de la législation [...]»⁸⁷, selon G. Drago. P. Ardant considère, en effet, qu'« [...] une réaction se développe [...] aujourd'hui [...] pour faire cesser un certain laxisme et revenir à une conception plus rigoureuse de la législation. » Il ajoute que « ces prises de positions [de la part du personnel politique comme du Conseil constitutionnel] doivent être approuvées. Il faut souhaiter qu'elles se confirment et mettent fin au laisser-aller⁸⁸ » qui ne peut conduire qu'à un « contexte de dégénérescence qui incline au pessimisme⁸⁹ » selon L.-V.

constitutionnel a censuré pour la première fois une disposition législative dont la portée normative est incertaine, in *La qualité de la loi*, *op. cit.*, <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html#toc68>. On relèvera que « la doctrine semble avoir approuvé cette évolution jurisprudentielle qui « semble pouvoir [...] restaurer [la sécurité juridique] à deux égards : elle peut jouer un rôle préventif en incitant le législateur à s'abstenir d'utiliser ce type de dispositions ; elle permet surtout d'empêcher leur entrée en vigueur, qui rendait l'environnement juridique plus complexe, le droit plus incertain et nuisait à l'autorité de la loi » », in A.-L. Valembois, *LPA*, 12 déc. 2005, n° 246, cité par les Services juridiques du Sénat, *ibid.* Mais aussi *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n° 19, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc19/jurisp512.htm>, in *La qualité de la loi*, *ibid.* et B. Mathieu, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », art. cit.

80 P. Mazeaud, *Semaine juridique (adm. & coll. Terr.)*, 2005, n° 3, p. 265-268.

81 B. Faure, « Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi », *RDP*, 2003, n° 1, p. 119-122.

82 G. Carcassonne, « Société de droit contre État de droit », art. cit., p. 40.

83 B. Mathieu et M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 799. Toutefois, les auteurs ajoutent que « Ce constat [...] n'incline ni à l'optimisme ni au pessimisme », car « Le droit incarné dans le positivisme de la loi n'est pas le stade indépassable de la civilisation juridique », *ibid.*, p. 803. Notamment, « à la loi d'airain », inscrite dans un « système jugé trop autoritaire, rigide, fixe et unitaire » se substitue « d'autres formes de régulation sociale », *ibid.*, p. 804.

84 C. A. Morand, J.-D. Delley et A. Fluckiger, in *CEFOLEG (certificat de formation continue en légistique)*, *op. cit.*, [http://webdroit.unige.ch/cours/formel/conception.htm#densite % E9 % 20normative](http://webdroit.unige.ch/cours/formel/conception.htm#densite%20normative).

85 *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 184.

86 « Le désordre normatif », art. cit., spéc. p. 236. Mais l'auteur se demande alors : « Mais où commence l'impérativité ? », *ibid.*

87 *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 291. On souligne.

88 *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 569.

89 « Accessibilité et intelligibilité de la loi ou la réhabilitation de la loi par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 161.

Fernandez-Maublanc. La « réaction » est donc « salutaire⁹⁰ », concluent J. Gicquel et J.-E. Gicquel. Elle permet notamment selon S. Mouton une « renaissance de la loi⁹¹ », une « revalorisation⁹² », d'après B. Mathieu et M. Verpeaux. Il y a donc « entre la loi tellement complexe qu'elle devint incompréhensible et la loi si générale qu'elle est inapplicable, [...] place pour un champ législatif de qualité, effectif et intelligible⁹³ », précise P. Brun.

L'enjeu est décisif, car, au fond, résume B. Mathieu : « La contestation de cette analyse, comme l'adhésion à celle-ci, renvoient en fait à des enjeux fondamentaux s'agissant de la logique qui guide le fonctionnement démocratique de notre système juridique ». C'est pourquoi, « Non seulement la loi doit énoncer un impératif, mais encore cet impératif doit avoir une prise claire sur la réalité. Non seulement, la loi doit relever de la contrainte et non de l'invitation, mais ce degré de contrainte ne doit pas être laissé dans l'indétermination. C'est l'existence d'une telle charge normative qui conditionne la constitutionnalité de la loi. » Cette jurisprudence, sur la normativité de la loi notamment, constitue dès lors « une exigence démocratique⁹⁴ ». Sans doute est-ce la raison pour laquelle, selon J. Gicquel et D. Turpin, « [...] le juge a explicité les devoirs de la puissance publique : [notamment] l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi (99-241 DC) » et « s'enhardit, en adressant un sévère avertissement au législateur, à propos de la dénaturation de la loi (2004-500 DC), voire une injonction (2000-431 DC) ». Cette jurisprudence révèle la « [...] fidélité à l'État de droit, [...] ambition à laquelle le Conseil s'est voué.⁹⁵ » Elle est donc « salutaire » car, concernant cette fois-ci les objectifs de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité⁹⁶, elle défend les

90 *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 704.

91 S. Mouton, « La force de la loi : entre déclin et renaissance... », art. cit.

92 *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 804. Aussi, B. Mathieu, « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », art. cit., p. 356.

93 P. Dubois, « L'intelligibilité de la loi », art. cit., p. 139, à propos de la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005.

94 *In* « La normativité de la loi : une exigence démocratique », art. cit. L'auteur parle même de cette jurisprudence comme « Une jurisprudence dont les enjeux touchent aux fondements de la démocratie », *ibid.* Aussi, B. Mathieu, « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », art. cit., p. 356. Cette « exigence » est liée « aux conditions de formation de la loi ». En ce qui concerne la « qualité rédactionnelle de la loi », il s'agit d'« une exigence liée à la sécurité juridique », p. 361 et s. Du même auteur, et dans cette dernière perspective, cf. « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *JCP*, 2007, n° 1-2, p. 3-5 et « Le juge et la sécurité juridique », *D., chron.*, 2004, n° 22, p. 1603-1604 et « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de précaution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 106-111, où l'auteur revient sur les concepts essentiels de qualité des normes juridiques et de clarté.

95 *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien « Clefs », Paris, 2005, 156 p., p. 106.

96 On peut retrouver trace de cette approbation dans le commentaire fait de la décision n° 99-421 DC, afférente à la loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, du 16 déc. 1999, *in Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8, sur le site des Cahiers du Conseil constitutionnel,

« droits et libertés⁹⁷ » selon P. de Montalivet, « la protection des libertés fondamentales » et « la sauvegarde de valeurs fondatrices non institutionnelles de l'État⁹⁸ » pour A. Levade. Proprement, elle emporte pour C. Broyelle une responsabilité pour les assemblées parlementaires : « La responsabilité du fait de la fonction législative⁹⁹ ». « À quand, dès lors, surenchérit P. Brun, une loi déclarée anticonstitutionnelle pour cause d'ineffectivité native et définitive ?¹⁰⁰ », puisque d'après J. Bougrab, « La situation actuelle caractérisée par la logorrhée législative n'est plus tolérable [...] ¹⁰¹ ». Le temps semble donc bien loin pour la doctrine où G. Burdeau pouvait écrire que « Les faits enseignent qu'on ne gouverne qu'en donnant des ordres, en édictant des règles obligatoires pour les gouvernés. Or, ces ordres et ces règles sont essentiellement exprimés par la loi.¹⁰² »

De ce point de vue, une partie de la doctrine constitutionnaliste, assurément, se réfère sans cesse à un modèle de la loi ordinaire, une essence qu'elle fixe à travers un certain nombre d'invariants : « normativité », « accessibilité », « intelligibilité », etc., qui surdétermine son travail descriptif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière. Pour autant, cette description jurisprudentielle n'est pas inutile pour la doctrine¹⁰³ : elle garantit

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc8/jurisp1.htm>, cité in *La qualité de la loi*, <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html#toc44>.

97 P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.* L'auteur défend ce point de vue de manière générale sur les objectifs de valeur constitutionnelle, contre une interprétation majoritaire qui voyait, selon l'auteur, dans ces objectifs, plutôt un instrument de limitation des droits et libertés. Sur la loi *stricto sensu*, on lira de l'auteur « La "juridicisation" de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », art. cit., p. 99 et s.

98 In « L'objectif de valeur constitutionnelle vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », art. cit., respectivement p. 696 et 693.

99 In X. Bioy, B. Mathieu, M. Troper et alii, *Constitution et Responsabilité : des responsabilités aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité*, Montchrestien « Grands colloques », Paris, 2009, p. 55-72. Sur le thème de la « technique législative », cf. V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative. Etudes sur les codes civils français et allemand*, LGDJ « Thèses », Paris, 2002, 525 p., texte remanié thèse dr. privé, Paris II, 2000. Mais cf. déjà de l'auteur, « L'arrêt *Coopérative Ax'ion* et la banalisation de la responsabilité de l'État législateur (CE, 2 nov. 2005, *Coopérative agricole Ax'ion*) », RDP, 2006, n° 5, p. 1427-1440 et sur le même arrêt, M. Guyomar, p. 1441-1454. Pour un exemple à l'étranger, E. Bülbül, « La responsabilité de l'État en tant que législateur en Turquie », RDP, 2003, n°4, p. 1121-1140. De manière plus large, cf. F.-C. Bousquet, « La responsabilité de l'État du fait des dispositions constitutionnelles », RDP, 2007, n° 4, p. 937-958. Mais aussi J.-B. Auby, « Responsabiliser le législateur ? », DA, 2006, n° 2, p. 1 et G. Drago, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », art. cit. Cf. aussi H. Simonart, « L'obligation de légiférer adéquate », in *En hommage à Francis Delpérée*, *op. cit.*, p. 1429-1440.

100 P. Dubois, « L'intelligibilité de la loi », art. cit., p. 139.

101 J. Bougrab, « La réforme du travail parlementaire », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La réforme du travail législatif*, *op. cit.*, p. 38.

102 « Remarques sur les classifications étatiques », RDP, 1945, p. 202-228, p. 222.

103 Cf. A.-J. Arnaud, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in *La force normative*, LGDJ, Bruylant, Paris, 2009.

la vérité de son ontologie ; mieux, elle parfait, au cas par cas, détail après détail jurisprudentiel celle-ci. En somme, le discours descriptif de la doctrine qui a vocation à la scientificité semble en certaines occasions profondément métaphysique¹⁰⁴, dans sa version ontologique. À travers la thématique de la crise, le professeur énonce en effet une problématique de la « chute » de la loi qui semble bien avoir pour horizon nostalgique une *nature* de la loi. Or, le thème de la crise de la loi, l'idée de la *dégradation* de la loi, est en effet une idée naturaliste par excellence. S'il y a dégradation dans le discours doctrinal, c'est qu'il y a véritablement *quelque chose* qui se dégrade, et ce *quelque chose*, quel que soit son mode de désignation¹⁰⁵, quelle que soit la volonté de la doctrine de s'en prémunir en la rejetant, est nécessairement *nature*, puisqu'une relation de dégradation relie alors directement la loi à ce qui est son état actuel, c'est-à-dire la nature de la loi corrompue.

La doctrine montre finalement, par-devers elle, que son discours est repris dans ce qu'il prétend subvertir. Par conséquent, la systématisme de la métaphysique y est plus puissante que ce qui prétend la détruire ou lui échapper : toute résistance à la métaphysique, dans le discours doctrinal, est alors complice de ce à quoi elle résiste, au moment même où elle résiste, même dans ses gestes les plus subversifs¹⁰⁶. Il y a donc une duplicité du discours doctrinal, une ambivalence dans sa texture et une conflictualité dans ses strates. La doctrine montre finalement que l'accomplissement de la métaphysique et l'écart à la métaphysique se doublent sans cesse l'un l'autre dans son discours. Elle montre implicitement que son discours ne peut pas maîtriser ce point de vue métaphysique sur la loi de l'extérieur, depuis un lieu du langage qui serait libre de toute métaphysique¹⁰⁷. Le discours du professeur offre dès lors

104 On souhaite, dans cette perspective, inscrire notre démarche dans celle de Derrida. Le philosophe montre à cet égard que la métaphysique s'inscrit dans la tentative de déconstruction de la métaphysique elle-même, quand bien même « la dissimulation de la texture [métaphysique] peut [...] mettre des siècles à défaire sa toile », in « La pharmacie de Platon », *La dissémination*, Seuil, Paris, 1967, p. 258 et s. pour une approche historique de la métaphysique, Y.-C. Zarka, B. Pinchard *et alii*, *Y a-t-il une histoire de la métaphysique ?*, PUF « Quadrige manuels », Paris, 2006, 407 p.

105 Peu importe alors, en effet, que la doctrine l'appelle « lois », « concepts », « notions », « invariants », « prédicats », « principes », etc., voire même le qualifie d'« idéal ».

106 Car, comme le pense Derrida, à propos de la métaphysique, pensée comme un champ homogène délimité par des frontières sûres et continues, celle-ci n'existe pas. Autrement dit, « la représentation d'une clôture linéaire et circulaire entourant un espace homogène, c'est justement [...] une auto-représentation de la philosophie dans sa logique ontocyclopédique », in « Le retrait de la métaphore », citant « La mythologie blanche », in *Psyché, inventions de l'autre*, Galilée, Paris, 1987, p. 72.

107 Derrida précise ainsi : « Il n'y a aucun sens à se passer des concepts de la métaphysique pour ébranler la métaphysique ; nous ne disposons d'aucun langage – d'aucun symbole et d'aucun lexique qui soit étranger à cette histoire ; nous ne pouvons énoncer aucune proposition destructrice qui n'ait déjà dû se glisser dans la forme, dans la logique et dans les postulations implicites de cela même qu'elle voudrait contester », in « La structure, le signe, le jeu dans le discours des sciences humaines », *L'écriture et la différence*, *op. cit.*, p. 412 et aussi, « comme ces concepts ne sont pas des éléments, des atomes, comme ils sont

l'occasion de repenser sa démarche scientifique. En effet, la prétention à la scientificité de son discours, inscrite dans ce que l'on a coutume d'appeler le positivisme juridique, est difficilement tenable pour la doctrine lorsqu'il s'agit pour elle de *penser* ladite crise de la loi. On ne peut évidemment aborder maintenant plus longtemps cette question, mais on voudrait simplement esquisser l'axe de cette problématique qui constitue l'un des révélateurs philosophiques du discours doctrinal. Comme l'a bien repéré K. Jaspers, la soif d'éternité, fixée conceptuellement dans une essence, n'est pas dépourvue de sens¹⁰⁸. Il y a tout simplement *quelque chose* dans la loi, montre implicitement la doctrine, qui ne peut être détruit. L'analyse du discours doctrinal a dès lors pour tâche de s'attarder sur la nature de ce *quelque chose*. Que cette soif d'éternité, ce *quelque chose*, relève de postulations philosophiques, il reste qu'elle constitue l'un des noyaux durs, incontournable, de toute approche de la loi dans la doctrine constitutionnaliste. À moins de la réduire à un recueil d'opinions, à des échelles d'attitudes, la recherche, du fait même de son objet totalement sur-déterminé par cette ontologie, ne peut pas ne pas se questionner sur les *pré-supposés métajuridiques*, disons le mot : proprement ontologiques du discours doctrinal sur la loi.

Toutefois, il est pour le moins singulier d'identifier le discours constitutionnaliste sur la loi comme étant pour partie un discours de type naturaliste¹⁰⁹, qui est l'une des idées fondamentales de la métaphysique¹¹⁰. Mais si la science du constitutionnaliste a récusé le mot de « nature¹¹¹ » dans son discours, elle ne semble pas pouvoir être en mesure de se passer dans le même temps de prérequis métaphysiques¹¹² lorsqu'elle décrit la « crise » de la loi. En

pris dans une syntaxe et un système, chaque emprunt déterminé fait venir à lui toute la métaphysique. », *ibid.*, p. 413.

108 *Initiation à la méthode philosophique*, tr. fr., L. Jospin, Payot « Petite bibliothèque », Paris, 2002, 227 p., p. 22.

109 Sur l'investissement contemporain de l'idée de nature dans la science, cf. L. Boi, *Science et philosophie de la nature : un nouveau dialogue*, Peter Lang, Bruxelles, 2000, 100 p.

110 Ce que montre M. Heidegger à partir d'un essai d'interprétation de fragments du livre II de la *Physique* d'Aristote in *Questions II*, Gallimard « Tel » (qui comprend également *Questions I*), Paris, 1990, 582 p.

111 Pour une définition complète, cf. A. Pellicer, « *Natura*. Etude sémantique et historique du mot latin », *Publications de la Faculté des Lettres et Sciences humaines de l'Université de Montpellier*, n° XXVII, PUF, 1966, p. 24-36.

112 On doit préciser dès maintenant que cette interprétation du discours doctrinal sur la loi, dans sa dimension ontologique, est une interprétation qui souhaite en révéler la positivité. Sur ce point, cf. V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », art. cit., p. 287, 291, mais aussi chap. IV, 8. « Science juridique et métaphysique », p. 173-183. V. Villa rappelle en ce sens que pour Kelsen, Ross et Bobbio, « la science (juridique) est vraiment telle quand elle se libère de tout présupposé métaphysique », in *La dottrina pura...*, p. 97, pour Kelsen, *On Law*, p. 105 pour Ross, et *Teoria della scienza giuridica*, p. 99, pour Bobbio, in *La science du droit*, note 107, 109, 110, p. 174. V. Villa entend, quant à lui, se demander s'il est possible « de séparer nettement le discours scientifique du discours métaphysique », *ibid.*, p. 175. A partir d'une investigation faite d'abord dans le champ des sciences naturelles, l'auteur démontre qu'il est impossible de distinguer discours métaphysique et discours scientifique, *ibid.*, p. 176-177. Le rapport entre métaphysique et

[p. 309-372]

D. FONSECA

Arch. phil. droit 54 (2011)

effet, en *approuvant* la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le professeur paraît subordonner la connaissance des qualités de la loi à l'acquiescement d'un principe premier. Il *semble* faire alors de la nature de la loi un être fixe et immuable, dont ses qualités seraient censées attester effectivement du caractère inaltérable. En ce sens le constitutionnaliste serait-il en quête d'une nature originelle de la loi (I). À la lecture du discours doctrinal, l'identification précise de cette ontologie n'est pourtant pas si évidente. C'est que le professeur ne se contente pas seulement d'approuver la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les qualités de la loi. Il amende dans le même temps son discours d'une prudence toute scientifique, en faisant de ses qualités un *idéal*. Donc, à l'instant où le professeur approuve la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il en dit dans le même temps tout l'inaccomplissement, la précarité, le caractère inachevé et sans cesse révisable. Comment comprendre dès lors la nature d'un discours qui, sitôt qu'il semble se formuler sous la forme d'une recherche des qualités originelles de la loi, se prive dans le même temps de son objet en faisant de cette inquisition un idéal ? Il faut alors tirer toutes les conséquences d'un discours qui est à lui-même sa propre objection, tout à la fois approbateur d'une jurisprudence auquel le professeur refuse aussitôt toute possibilité même de s'inscrire dans l'ordre de la factualité. Première conséquence, si la nature de la loi se définit dans ce discours comme un idéal vers lequel le législateur doit tendre, cette nature ne peut plus être celle d'un être fixe et immuable, mais bien au contraire d'un être toujours nécessairement en *devenir*. La quête des origines devient par conséquent le récit d'une quête impossible, voire même dénuée de tout intérêt et de fondement. Deuxième conséquence, si l'être de la loi ne peut plus se dire sous une forme fixe et immuable, peut-on alors le penser finalement sous une forme historicisante, qui doit advenir dans le temps, qui se ferait donc « jurisprudentiellement » ?

science se fait alors selon un double rapport, en un « sens faible » et « fort ». Au sens faible, la métaphysique sert de « guide », de « cadre général », que « les théories scientifiques ont ensuite le devoir de compléter et de définir en détail, en remplissant de contenus spécifiques la ligne générale tracée par l'hypothèse métaphysique. » Au sens faible encore, la métaphysique peut « offrir aux chercheurs des “principes régulateurs”, des idées-guides sur la manière de conduire une recherche. », *ibid.*, p. 178. Au sens fort, pour certains auteurs, la métaphysique est « présente à l'intérieur même des théories scientifiques », *ibid.*, p. 179. Dès lors, conclut V. Villa, « purifier » les théories juridiques de toute métaphysique serait, d'une part, impossible, d'autre part, le prix à en payer « serait bien trop élevé, puisqu'il consisterait en une véritable “amputation” d'une partie vitale du contenu de la théorie de la science juridique. », *ibid.*, p. 179-180. De fait, il faut considérer les « composantes métaphysiques comme des éléments essentiels et non comme les éléments négatifs d'un passé dont il faudrait se libérer au plus vite. », *ibid.*, p. 180. C. Atias défend une thèse comparable, in *Epistémologie juridique, op. cit.*, p.180- 181. Pour un exemple de métaphysique présent dans le droit, G. Kalinowski, pouvait-il voir de son côté dans les « obligations » et « permissions » de la norme juridique, des fondements métaphysiques, in « Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit », *Arch. phil. droit*, T. XXVI, *L'utile et le juste*, Sirey, Paris, 1981, p. 331-343.

La singularité de l'ontologie constitutionnaliste permettrait ainsi d'éclairer finalement le contenu et la teneur de la scientificité de son discours (II).

I. — COURBES ET COURBURES DU CONSTITUTIONNALISME : UN DISCOURS SUR LA LOI AUX ALLURES MÉTAPHYSIQUES

Il semble que *Physis*, ou l'idée de nature¹¹³ ait fait son temps¹¹⁴ dans le discours doctrinal et appartienne désormais au passé de la culture juridique commune¹¹⁵, du moins celle relevant du constitutionnalisme¹¹⁶. Plusieurs

113 D'un point de vue juridique, cf. C. Goyard, « L'idée de nature dans le langage du droit public français », in *Mélanges J. Robert, op. cit.*, p. 135-149. Pour une présentation des enjeux, J. de Tonquédec, *La philosophie de la nature*, P. Lethielleux « Les principes de la philosophie », Paris, 1956, 103 p.

114 Par ex., L. Favoreu *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz « Précis », Paris, 2009, 12e éd., p. 52. Ou encore B. Mathieu et M. Verpeaux, qui, par ex., lorsqu'ils décrivent la notion de « droits fondamentaux » par rapport à celle de droits de l'homme rappelle que « La notion de droits fondamentaux est assez empirique alors que celle de "droits de l'homme" s'appuie sur une conception métaphysique de l'homme » », in *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 256-257. Mais aussi M. Troper qui considère que « la science du droit doit [...] se garder pure de toute métaphysique ». Puisque l'objet de la science du droit est de « connaître seulement ce qui est connaissable [...]. La science ne peut donc consister en spéculations sur des principes *a priori*. Transposé à la science du droit, le refus de la métaphysique et l'anticognitivismisme auquel il est lié conduisent au rejet des doctrines du droit naturel. », in « Le positivisme », art. cit., p. 37. *Contra*, A. Sériaux, « Jalons pour une récupération métaphysique du droit », *Droits*, 1989, n° 10, p. 85-87 et « Pluralisme juridique et droit naturel », *RRJ*, 1993, n° 2, p. 585-590 ; mais aussi J.-M. Trigeaud, « Métaphysique de la culture et discours du droit », *RRJ*, 1988, n° 2, p. 425-443 et du même auteur, *Droits premiers. Pour une métaphysique de la singularité des droits et des cultures*, Ed. Bière « Bibliothèque de philosophie comparée », Bordeaux, 2001, 240 p. ; ou encore P. Kayser, « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du IIIe millénaire », *RRJ*, 1998, n° 2, p. 387-432 ; ou encore, par ex., G. Burdeau, « La règle de droit et le pouvoir. Esquisse d'une théorie du pouvoir comme unificateur de l'idée de droit », *Arch. phil. droit et de sociologie juridique*, 1937, 7e année, n° 1 et 2, p. 58-85 : « [...] attribuer la primauté soit au droit positif soit au droit naturel ou objectif c'est une attitude trop intransigeante pour être féconde, surtout en un domaine où les spéculations intellectuelles et la plus humble expérience quotidienne doivent [...] se prêter un mutuel appui. », *ibid.*, p. 59.

115 Pour un aperçu détaillé de cette « histoire commune », lire H. Battifol, in *Problèmes de base de philosophie du droit, op. cit.*, p. 137, p. 138-139 (sur Platon, St Thomas), l'école du droit de la nature et des gens, avec Grotius, Pufendorf, p. 139, Locke, p. 141, puis la rupture qui se consomme avec Kant, p. 144. Sur les juristes (Domat, Portalis, Gény, D'aguesseau, Aubry et Rau, De Beudant, Planiol, p. 146-148. Lire également M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ « Les introuvables », Paris, 1998, p. XII.

116 Comme l'indique, par ex., D. Rousseau, il est « inutile sans doute de s'attarder longuement, ici, sur ce mouvement de la pensée. Le Cosmos, Dieu, la Nature des choses, sont des références "objectivement muettes" comme le disait Voltaire de la nature, donc disponible de toute interprétation, malléables, soumises aux caprices des hommes qui les font parler et ainsi incapables de remplir leur rôle de déterminant objectif du caractère juridique des règles », in « Propositions pour construire la pensée du droit dérobé », *Le droit dérobé*, [p. 309-372]

arguments militent en faveur de cette interprétation de la contestation moderne¹¹⁷, dont l'avènement du positivisme juridique n'est pas le moindre des avatars : la nature a progressivement cessé de représenter un ensemble de forces transcendant l'action possible de l'homme pour apparaître de plus en plus comme le résultat des fabrications humaines¹¹⁸ auquel répond en écho le « Rien n'est donné, tout est construit » de Bachelard¹¹⁹. Elle s'est donc de certaine manière trouvée démythifiée, et passerait même volontiers, non plus seulement aux yeux des constitutionnalistes mais aussi des philosophes contemporains épris de rigueur scientifique, comme une instance éminemment métaphysique et non scientifique¹²⁰. Elle serait une instance dont on ne saurait plus rien dire¹²¹. Mais il ne semble pas qu'aucune de ces critiques, quelles que soient leur pénétration et leur vigueur, ait jamais réussi à déraciner en profondeur le préjugé naturaliste : à débarrasser notamment le discours doctrinal contemporain de l'idée selon laquelle gît une différence, invisible mais essentielle, entre ce qui se fait « tout seul » (la nature) et ce qui se produit (l'artifice), notamment par le canal du processus législatif¹²². Précisément, approuver la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est

Montchrestien « Grands Colloques », Paris, 2003, p. 10. Cf. encore *in* « Questions de Constitution », *Mélanges G. Conac, op. cit.*, p. 3 où l'auteur ne se satisfait ni des réquisits du jusnaturalisme (« contre l'embrouillamini jusnaturaliste – “La nature est muette, on l'interroge en vain” écrit Voltaire [...] ») ni de ceux de la « dogmatique normativopositiviste », « acte de foi de tous les courants issus du kelsenisme ».

117 G. Bastide indique ainsi qu'« Il semble bien que c'en soit fini des ontologies naturalistes et de l'idée d'une nature des choses comme médiatrice entre le divin transcendant et la geste historique des hommes. La tension a atteint le point de rupture : Descartes par son dualisme, Pascal par sa théorie discontinuiste des ordres, l'un et l'autre nourris de Montaigne, marquant la prise de conscience de cette carence de la nature en matières morales », *in* « L'action de droit comme rectitude ou comme rectification », *Droit et nature des choses, Colloque de philosophie du droit comparé, Toulouse, 16-21 septembre 1964*, Dalloz, Paris, 1965, p. 17. Pour une présentation historique de la rupture consommée entre le droit et l'ontologie, depuis la « raison d'État » chez Machiavel, en passant par la philosophie contractualiste du XVIII^e siècle, puis Kant et sens continuateurs, lire p. 18-25.

118 L. Husson, « Approches et aspects divers de la nature des choses », *Droit et nature des choses, op. cit.*, p. 48-49.

119 *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, 1965, p. 18.

120 D. Pelletier, *La nature juridique : référence, fondement... ?*, Mémoire DEA, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, 117 p., p. 16.

121 P. Choulet, *Nature et culture*, Quintette « Philosophies », Paris, 1996, 63 p., p. 9.

122 Peut-être la force du préjugé naturaliste tient-elle à son caractère éminemment anthropocentrique : car ce qui est réputé se faire par nature est d'abord ce qui se fait sans l'homme. C'est un référentiel anthropocentrique qui décide en dernière instance, de cette différence entre la nature et l'artifice. Si la nature apparaît ainsi comme indéniable, c'est qu'on se représente d'abord comme indéniable la nature humaine, c'est-à-dire la faculté d'agir sur la nature (ce que l'on trouvera chez Aristote). Nier qu'existe une nature reviendrait à nier, d'une certaine manière, que l'homme puisse jamais « agir » (accomplir des actes spécifiques faisant relief sur quoi que ce soit, c'est-à-dire essentiellement sur la nature). Une reconnaissance qui, in fine, permet à la doctrine de justifier son rôle créateur.

sinon faire des qualités de la loi une nature fixe et immuable à laquelle il devient possible de rapporter le fruit du processus législatif, du moins remettre son jugement à un principe premier.

Il faudrait donc distinguer entre ce qui s'accorde et ce à quoi il est renoncé dans le discours doctrinal sur la loi. Ce à quoi renonce la doctrine, lorsqu'elle prétend récuser l'idéologie naturaliste est, exactement, un mot : le mot de *nature*. Mais l'idéologie naturaliste n'a pas partie strictement liée avec le mot de nature, pas plus qu'elle ne l'avait avec le mot de *natura*. La pétition de principe affichée, il semble que demeure comme un vieux réflexe. Il est donc très possible de récuser un mot, mais de conserver intacte la charge affective qui en sous-tendait l'usage, charge que l'on reportera au besoin sur un mot nouveau ou une attitude nouvelle, par exemple en recherchant *L'esprit de la loi*¹²³. La récusation pourrait donc être seulement abstraite et langagière, dont les exorcismes se limiteraient à la critique d'un certain langage, et respecteraient le vœu fondamental qui a échoué à s'y faire représenter¹²⁴. La dénégation moderne de l'idée de nature dans le discours doctrinal traduit donc surtout l'usure d'un mot, et non la disparition d'une posture intellectuelle. Or, l'usure de ce mot de « nature » ne fournit plus de point d'appui suffisant au naturalisme doctrinal. Si l'on entend par naturalisme la recherche d'un ordre transcendant l'ordre des faits, et par philosophie naturaliste un ensemble de vues tendant à récuser le caractère artificiel de la loi actuelle, telle qu'elle est adoptée par le législateur, on peut penser à la première lecture que le naturalisme ne s'est jamais mieux porté qu'aujourd'hui dans le discours doctrinal contemporain. On peut l'illustrer à travers les thèmes de dégradation (A), finalité (B) et de perversion (C), présents dans l'idée même de crise de la loi selon la doctrine.

123 C. Ruby, *L'Harmattan « Logiques sociales »*, Paris, 1993, 170 p.

124 Telle est l'une des thèses centrales de Derrida à propos de la métaphysique chez Heidegger. Les textes qui rythment l'œuvre de Derrida, depuis « Des fins de l'homme », 1967, in *Marges de la philosophie*, Minuit « Critique », Paris, 1972, 391 p., jusqu'à *Apories* en 1996, Galilée « Incises », Paris, 140 p., en passant par les trois textes recueillis dans *Heidegger et la question*, « La main de Heidegger » en 1983, « Différence sexuelle, différence ontologique » en 1985, « De l'esprit, Heidegger et la question » en 1987, in Flammarion « Champs », Paris, 1990, 222 p., analysent inlassablement comment Heidegger « reste pris dans l'humanisme métaphysique le plus profond qu'il prétendait pourtant "détruire" ou "déconstruire" : Rien de ce que je tente n'aurait été possible sans l'ouverture des questions heideggériennes. Et d'abord [...] à ce que Heidegger appelle la différence entre l'être et l'étant, la différence ontico-ontologique telle qu'elle reste d'une certaine manière impensée dans la philosophie. Mais malgré cette dette à l'égard de la pensée heideggérienne [...], je tente d'y reconnaître des signes d'appartenance à la métaphysique [...]. Nous devons donc travailler à reconnaître ces prises métaphysiques [...] », in *Positions*, Minuit « Critique », Paris, 1972, p. 18-19.

A. — *Sinuosités du constitutionnalisme :
le motif de la dégradation dans le discours doctrinal*

Il faut insister, quelles que soient les préoccupations de la doctrine constitutionnaliste, la nature de la loi, en tant que telle, ne semble pas beaucoup compter. La nature est le domaine du mouvant, de l'insaisissable, d'un sensible qui, transitant sans cesse entre la genèse et la corruption, ne s'offre jamais à la préhension intellectuelle telle que la conçoit et la désire la doctrine constitutionnaliste¹²⁵. Cependant, cette quasi-indifférence à l'égard de la nature ne porte pas sur *la* nature en général de la loi, mais sur *sa* réalité actuelle, c'est-à-dire la réalité telle qu'elle existe aujourd'hui et telle qu'elle participe du sensible et de la corruption. Ce que semblerait récuser ainsi la doctrine, pour partie, ce ne serait rien d'autre au fond que la manifestation phénoménologique de la loi. Elle considérerait à cet égard que le législateur se trompe lorsqu'il adopte une loi insuffisamment « claire », « accessible », « normative », etc. Vaine distinction, serait-on tenté d'ajouter, si l'on considère que, par définition, les faits participent de la corruption, ne naissant que de la perte de l'idée de loi dans le sensible. On dira alors que le propre du fait est la corruption, et que l'on pourrait penser, *a priori*, que la doctrine est aux antipodes de la pensée naturaliste, qu'il n'y eut jamais, ni en existence ni en pensée, dans son esprit, de nature de la loi non corrompue. L'ordre des phénomènes, s'il en est, construit une nature actuelle corrompue. D'où l'on pourra conclure que la doctrine a, intellectuellement, récusé la notion de nature ; qu'elle s'en est par conséquent entièrement désintéressée. La doctrine constitutionnaliste apparaîtrait ainsi comme une sorte d'artificialiste forcée : contrainte, en matière descriptive, de constater que rien ne participe d'une nature quelconque de la loi, c'est-à-dire d'une nécessité fondée en nature. C'est en ce sens particulier que, par exemple, D. Rousseau défend aujourd'hui l'idée d'une « Raison du droit sans Nature¹²⁶ », de manière générale.

125 En ce sens, cf. M. Villey « La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit » qui, de manière générale, rappelle dans une première partie de l'article que la « nature des choses des modernes » a une place subsidiaire dans la doctrine du droit, celui-ci n'étant plus considéré comme un produit de la « nature » mais de l'« esprit », in *Droit et nature des choses*, *op. cit.*, p. 69-88. Dans le même ordre d'idées, et dans le même ouvrage, lire la première partie de l'article de L. Husson, « Approches et divers aspects de la nature des choses », p. 37-65, not. « L'objet propre de l'analyse juridique », p. 39 et s.

126 Allocution prononcée lors d'un colloque. Le thème de la discussion était le 9 mars, jour de l'intervention de D. Rousseau, : Les juristes peuvent-ils désenchanter le droit ? On pouvait également écouter V. Champeil-Desplats, « Le droit, comme activité culturelle », A. Viala, « Les lois naturelles comme représentations mentales », ou encore la veille X. Bioy, « L'usage de l'idée de nature dans le droit constitutionnel », lors du thème *Quels usages les juristes font-ils de la Nature ?* D. Rousseau s'explique ailleurs sur le statut de la raison dans le droit, à propos de ce qu'il nomme le « droit dérobé » : « Dès lors que cette pensée [celle du droit dérobé] s'inscrit dans la postérité de la critique de la métaphysique et en particulier de la critique de toute idée de toute référence indisponible, elle ne peut mettre la raison dans cette position de référence indisponible ; elle ne peut proposer de constituer la raison

Un tel diagnostic s'imposerait d'emblée, s'il n'y avait, dans l'ensemble du discours descriptif doctrinal cette contre-indication majeure qu'elle permet à la doctrine de penser la dégradation, à travers la thématique, notamment, de la crise de la loi. Or, comme on l'indiquait déjà en introduction, l'idée de dégradation est l'idée naturaliste par excellence. S'il y a dégradation des qualités de la loi, c'est qu'il y a *quelque chose* qui se dégrade ; ce *quelque chose*, quel que soit son mode de désignation, quelle que soit la représentation qu'on s'en fait, est nécessairement nature, et pure nature, puisqu'une relation de dégradation le relie directement à ce qui est son actuel état, la nature corrompue. Le discours descriptif, qui était conduit dans sa démarche par un présupposé clair, celui de la scientificité, est donc aussi, dans le même temps, profondément métaphysique dans sa version ontologique : le discours descriptif aurait bien pour horizon nostalgique une *nature*, qui énonce au fond une problématique de la Chute et de la Rédemption. Il ne saurait donc être question, pour la doctrine constitutionnaliste, d'attribuer le non-dégradé au purement intellectuel et le dégradé au purement naturel. L'opposition est ailleurs : entre la nature dégradée de la loi ordinaire et un *x* (*la Loi*), non dégradé, qui lui tiendrait apparemment de lieu d'origine. Or, cet *x* porte un nom, et occupe un temps : c'est le premier état du sensible, au moment même où la Perfection y introduisit de l'ordre¹²⁷, la *combinaison initiale* entre le sensible et l'intelligible, modèle premier de la nature, dont les états de nature qui se sont succédé offrent autant de copies de plus en plus dégradées.

en garant ultime de la rationalité d'une valeur par rapport à d'autres valeurs. Elle ne peut que poser la figure d'une raison capable de discriminer entre les valeurs mais impuissante à garantir que cette discrimination exprime la vérité des rapports entre les valeurs concernées, impuissante aussi à garantir que cette discrimination vaut pour toujours, que sa validité est définitive. Le statut de la raison de la pensée du droit dérobé est celui d'une raison qui pose comme condition d'une production rationnelle de ses énoncés l'acceptation des limites de sa production : elle peut prétendre discriminer entre les valeurs, elle ne peut pas prétendre que le résultat de sa discrimination devienne un objet indisponible sous prétexte qu'il serait produit par elle ; c'est précisément parce qu'il est le produit d'une raison qui se sait limitée que le résultat de la discrimination reste toujours disponible. », *in* « Propositions pour construire la pensée du droit dérobé », art. cit., p. 14. Cette référence à un statut de la raison renouvelé dans une perspective post-métaphysique est empruntée à J. Habermas. D. Rousseau y fait par ailleurs allusion implicitement lorsque dans le même article il continue de développer son idée pour indiquer que cette raison bien comprise doit renouveler la question de la normativité : « Cette prétention à la normativité ne pouvant être validée par imputation à un référent indisponible qui fait maintenant défaut, elle ne peut l'être que par une "discussion" qui, au terme d'une procédure d'échanges d'arguments pour ou contre cette prétention, produit un accord sur la signification à reconnaître à l'énoncé, accord qui permet aux participants à la discussion de se le représenter, sur un mode "objectif", comme norme juridique. Le délire d'interprétation d'un texte, ou l'arbitraire décisionnel du choix entre valeurs posées comme *a priori* égales, est circonscrit par les contraintes argumentatives que met en action toute procédure de délibération. », processus que D. Rousseau nomme « la juridicité discursive », *ibid.*

127 Que ce soit Dieu ou tout autre principe.

Le modèle d'origine dont dérivent les « natures » de la loi actuelles¹²⁸ a, semble-t-il, un statut particulier pour le constitutionnaliste : il ne paraît pas être alors une Idée, dans cette perspective, mais un certain type originel de mélange, d'ordre non idéal, mais qu'on qualifiera de *participiel*. Sans doute la description de ce mélange originel et l'analyse de son statut *participiel* n'apparaissent-elles jamais explicitement dans la description que fait la doctrine de la loi ordinaire, bien qu'on puisse en déceler des traces¹²⁹. Ces thèmes devraient pourtant n'en être pas moins implicitement présents, dans la mesure où ils fourniraient l'unique moyen de concilier, d'une part le processus de dégradation de la loi, d'autre part la nécessité d'attribuer une origine non dégradée à ce processus même. Encore une fois, il est effectivement impossible de dire que l'origine non dégradée de la loi est l'Idée pure, et l'origine de la dégradation la dissolution de l'Idée de la loi dans le sensible. Pour admettre ce schéma, il faudrait admettre en même temps que, par exemple, le législateur se trompe chaque fois qu'il introduit du sensible dans l'intelligible, c'est-à-dire qu'il aurait mieux fait de ne pas adopter la loi comme il semble le plus souvent en avoir l'habitude, autrement dit de manière peu « claire », trop peu « accessible », insuffisamment « normative », etc. C'est pourtant le pari que semble faire la doctrine, justifiant par la même occasion son rôle primordial : parce que la nature de la loi est tout à la fois dévoyée et insaisissable en elle-même, il faut mettre en place des instruments, toute une ingénierie, une technique afin de la mettre au service des essences.

Dans le sillage de ce thème de la dégradation de la loi, la doctrine constitutionnaliste, en approuvant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, paraît introduire un autre thème qui est, lui aussi, un symptôme majeur de la pensée naturaliste : l'idée de finalité.

B. — *Anfractuosités du constitutionnalisme :
le motif de la finalité dans le discours doctrinal*

La description que fait la doctrine de la loi n'est pas seulement conduite par le souci de fixer ses invariants, encore faut-il que ces invariants soient les meilleurs possibles. Selon cette lecture, la loi ne doit pas être seulement « claire », « accessible », « normative », etc. Elle doit l'être, car il est bon, ou préférable, qu'il en soit ainsi. La description est donc guidée et orientée par une visée finaliste, celle d'établir les meilleures caractéristiques possibles de la loi ordinaire.

128 C'est-à-dire telles qu'elles sont adoptées par le législateur.

129 La doctrine s'efforce de montrer en ce sens que les objectifs à valeur constitutionnelle ne sont pas « objectifs » mais joue le rôle de « standard », « notion-ambition », d'« idéal à atteindre ». La naturalité de la loi est donc à retrouver dans un processus participiel, au cas par cas, dans chaque espèce. Cf., par ex., L. Gay, *in* « Chroniques de jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit. et P. de Montalivet, « La "juridicisation" de la législative... », art. cit., p. 114-115.

Ce meilleur des mondes possibles¹³⁰ est précisément la définition de la nature telle qu'elle s'est ensuite dégradée. Proprement, la dégradation, au fond, n'est pas la perte de l'Idée pure de la loi pour la doctrine, celle-ci compromise dès le début du fait de sa compromission avec le sensible. La dégradation, c'est la perte de la meilleure nature possible, telle que la doctrine a su la penser et la réaliser, en combinant le sensible et l'intelligible. S'il y a crise de la loi, il s'agit d'une crise de l'« *image officielle*¹³¹ » de la loi. La dégradation apparaît ainsi, non pas comme un simple phénomène de déperdition, mais fondamentalement comme une *infraction* au plan doctrinal : la dégradation commence lorsqu'un élément hétérogène vient perturber la finalité inscrite dans cette combinaison, non pas fixée initialement, mais *a posteriori* par la doctrine. Cet élément perturbateur est, dans le discours doctrinal, la loi actuelle, telle qu'elle est adoptée par le législateur, et ses possibilités d'infraction à la finalité *naturelle* de la loi. On remarquera d'ailleurs que cette possibilité d'infraction incarnée par le législateur et le produit de son activité est elle-même prévue dans l'organisation de la finalité : l'autonomie de la loi, produite par le processus législatif, suppose la possibilité d'attenter au chef-d'œuvre, possibilité dont la loi actuelle ne manquera pas de faire droit. La loi est en effet l'une des plus géniales créations de l'homme démocratique, mais l'éclat même de ce succès implique, comme par excès de réussite, risque et possibilité de dégradation, justifiant à son tour un travail doctrinal de retour aux sources mêmes de *la Loi*¹³². Ainsi une mauvaise lecture des qualités premières et essentielles de la loi par le législateur peut-elle avoir pour effet de dénaturer la loi, c'est-à-dire encore sa nature *originelle* : avatar qui se serait précisément produit à lire la doctrine constitutionnelle. Aussi, le principal souci du professeur est-il de porter « remède » au processus de dégradation introduit par la liberté humaine et sa nécessaire aptitude à la perversion : en redressant le courant qui, du fait de l'autonomie de la loi, conduit de l'ordre au désordre, de la finalité au hasard, de la nature à la corruption.

Telle qu'elle existe actuellement, toutefois, la crise de la loi ne se traduit pas par le monde du chaos, mais par « le monde de la ruine¹³³ ». Les deux grandes

130 Qui rappelle le mythe d'Er le Pamphylien au livre X de la *République* de Platon, ainsi que l'ensemble du *Timée*. Comme Descartes dans les *Principes de philosophie* (IIIe partie, § XLVI), Timée explique comment Dieu s'y est pris, à partir d'un même matériau, pour construire le meilleur monde possible et le plus raisonnable possible

131 On peut se demander s'il existerait une théorie classique de la loi sans l'immense effort collectif d'appropriation et de systématisation dont fait l'objet à l'époque contemporaine le thème de la loi par certains professeurs de droit de la Ve République à l'instar de ce qui s'est produit sous la IIIe République avec la théorie de l'État de droit (cf. M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit*, PUAM, Economica « Droit public positif », Aix-en-Provence, Paris, 1992, 389 p., texte remanié thèse dr. public, Paris II, 1988) comme le relève encore aujourd'hui B. Lacroix à propos de celle de représentation.

132 C'est la raison pour laquelle, le modèle de crise, dans le discours doctrinal, emprunte sa forme et ses moyens à la philosophie hippocratique, qui est une pratique, un art tourné vers *Physis*.

133 On a construit ici notre raisonnement à partir de l'ouvrage de S. Lacroix, *Ce que nous disent les ruines : la fonction critique des ruines*, L'Harmattan « Ouverture philosophique », Paris, 2011, p. 309-372

caractéristiques de cet état de ruine, qui définissent la loi ordinaire selon la doctrine dans sa dimension descriptive, sont la trace et le souvenir, au sens derridien du terme¹³⁴. Presque tout a été détruit, seulement presque tout : des caractéristiques disparues de la loi, qui constituaient la nature de la loi, subsistent des vestiges, apparents dans deux ordres de phénomènes. D'une part, on y trouve des vestiges sensibles, présents notamment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. D'autre part, on peut y déceler généalogiquement des vestiges intellectuels, présents dans la mémoire doctrinale à l'état de traces, qui constituent autant de points d'ancrage dans telle ou telle philosophie et de ressouvenir, et de revivification¹³⁵. Émotion et connaissance tirent ainsi leur existence de la référence à un passé dont le juge constitutionnel a su déceler la trace, travail auquel la doctrine fait droit en le répétant par une description systématique de sa jurisprudence. Le discours doctrinal serait ainsi, semble-t-il, également tourné vers le passé, vers un temps où *il y avait* quelque chose d'immédiatement émouvant et d'immédiatement connaissable à propos de la loi ; et lorsqu'il s'en détourne, c'est pour mieux s'en rapprocher, puisqu'il ne paraît envisager le futur, à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que comme une longue marche en vue de la restauration de ce passé perdu.

Mais la nature de la loi actuelle, telle qu'elle s'offre au discours doctrinal, n'est pas dans le même temps une déception pure : si elle n'est plus *la* nature (*l'*initiale), elle en garde un certain nombre de *traces*. Inintéressante pour sa plus grande part, la nature réussit donc à retenir l'attention du constitutionnaliste grâce à la présence de ces restes qui semblent témoigner, en plein règne de corruption, d'une origine non corrompue. Et c'est en quoi, malgré son insouciance apparente à l'égard de la nature, la doctrine constitutionnaliste se

que », Paris, 2007, 318 p. Selon l'auteure, les ruines ne sont pas seulement un modèle décoratif. Elles sont un instrument méthodologique qui révèle, à notre époque, l'état de crise. Elles offrent dès lors un pouvoir critique en même temps qu'elles exposent la crise (articulant les deux sens du terme « crise »). S. Lacroix se demande en conséquence si la ruine vaut comme thème, ou bien son originalité ne tient-elle pas dans sa dépendance à l'égard de l'expérience irréductible à laquelle exposent les ruines, qui est celle de la perte ?

134 Pour Derrida, le sens d'un texte et d'un événement n'est jamais simplement donné à la lecture, puisque ce qui est inscrit dans un texte l'est toujours par un mouvement de retrait et d'effacement. Ce qui est inscrit n'est donc jamais ce qui est présent ni présentement lisible : « Penser à la trace devrait être, depuis assez longtemps, reconsidérer les évidences tranquilles du "il y a" et "il n'y a pas" dans un *corpus* en excédant, à la trace, l'opposition du présent et de l'absent, la simplicité indivisible [...] », in *La carte postale, De Socrate à Freud et au-delà*, op. cit., p. 380. Comme le fait remarquer M. Goldschmitt : « La pensée de la trace est donc contrainte de considérer autrement les textes et leur signification, elle montre que le sens et la signification ne sont ni simplement présents, ni simplement absents, ni immédiatement lisibles, ni non plus illisibles ou cachés. C'est donc un tout autre concept de texte et d'événement que découvre la pensée derridienne de la trace [...] », in *Jacques Derrida, une introduction*, Pocket « Agora », Paris, 2003, p. 100, mais aussi p. 88-89 sur la filiation freudienne de la notion de trace chez Derrida.

135 M. Massin, *Les figures du ravissement, enjeux esthétiques et philosophiques*, Grasset « Partage du savoir », Paris, 2001, p. 19.

révélerait, si l'on s'en tenait à une lecture trop rapide de son discours, d'une autre manière encore, comme profondément naturaliste : pour avoir considéré que la nature initiale, quoique perdue, continuait à se manifester dans la nature actuelle de la loi sous la forme de la *perversion*.

C. — *Fissures dans le constitutionnalisme :
le motif de la perversion dans le discours doctrinal*

La perversion est un signe et même, pour le naturalisme doctrinal, un bon signe : elle indique que la crise régnante de la loi ordinaire n'est pas le fruit du hasard, mais le contraire d'un ordre dont il a pris le contre-pied. Ce qui existe, aujourd'hui, n'est donc pas hors de tout sens, mais tout *sens* dessus dessous¹³⁶. Le bénéfice de la perversion est ici le même qu'en psychanalyse : il fait l'économie d'un désagrément majeur, qui est l'idée de hasard. D'un tel bénéfice on aurait pu penser que la doctrine constitutionnaliste ne voudrait pas : la nature actuelle ne serait pas seulement pervertie, elle ne serait plus rien, aucune trace, dans le hasard de ce qui existe, qui porterait la marque d'une nature perdue. Mais au fond, la corruption ne signifie pas pour la doctrine la perte irrémédiable de la nature, mais seulement sa dégradation. D'où une exclusion pure et simple de l'idée de hasard, même dans le domaine de la nature actuelle et dégradée : ce qui existe n'est pas coupé de l'ordre naturel, ce qui impliquerait le règne du hasard, mais relié à lui par des relations de perversion et de dégradation, qui sont comme les traces et la mémoire d'un ordre, non absent, mais faussé¹³⁷.

La représentation du désordre paraît trouver dans le discours doctrinal sur la loi sa limite dans la pensée du contraire de l'ordre, et plus précisément d'un ordre contrarié¹³⁸. Il constitue en ce sens l'indice certain d'une représentation naturaliste, pour laquelle le pire désordre ne sera jamais qu'une perversion particulièrement accusée¹³⁹. La nature actuelle de la loi n'est pas la négation de l'ordre originellement imprimé dans le sensible (et par la doctrine, après-coup), mais seulement son renversement. Quand la doctrine, une fois la nature de la loi faite, cesse de veiller sur son œuvre et l'abandonne à sa propre impulsion, la nature, qui pourrait tout simplement dissoudre le sens, entreprend seulement de l'inverser. Mais la nature, dans le discours doctrinal, à la différence du Dieu de Pascal, ne s'est pas retirée du monde : à la manière de l'homme chez Dostoïevski, elle y demeure souterrainement¹⁴⁰. Présente, invisible et provisoirement inefficace, encore que le mouvement actuel de la loi ordinaire soit indirectement son œuvre puisqu'il n'est que le rebondissement

136 Cf. « Le désordre normatif », coordonné par Y. Gaudemet, *RDP*, 2006, p. 43 et s.

137 « Normative par essence, la loi [...] est devenue bavarde, précaire et banalisée [...] », in J.

Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 704.

138 In « Le désordre normatif », art. cit.

139 Cf. sur ce point P. Choulet, *Nature et culture, op. cit.*, p. 25.

140 *Notes d'un souterrain*, Flammarion GF, Paris, 1998, 190 p.

[p. 309-372]

D. FONSECA

Arch. phil. droit 54 (2011)

inversé de l'élan qu'elle a jadis suscité. Ainsi, la nature actuelle de la loi, abandonnée à elle-même, ou plutôt au législateur, ce qui peu ou prou est quasiment identique dans le discours doctrinal, n'est-elle pas libre de voguer au hasard, mais garde-t-elle, avec l'ordre qu'elle pervertit progressivement, des relations de dérivation : elle est en « dérive », pour prendre une image maritime. En dérive, c'est-à-dire à la fois libérée et tenue, ses possibilités d'écart restent inscrites dans un certain ordre, que caractérisent l'inversion du mouvement et l'éloignement mesuré à partir d'un point fixe qui est la nature telle que le discours doctrinal l'a ordonnée. On dira donc que la nature actuelle de la loi procède toujours d'une nature initiale ; mieux, qu'elle la continue, l'inversion n'étant que le rebondissement dans le sens opposé du mouvement premier qui l'a constituée en tant que nature. La nature initiale de la loi ne semble donc pas abandonner l'existence actuelle et ne saurait jamais la désertir entièrement : le hasard en personne n'interviendra jamais pour accomplir une dénaturation définitive. Monde dégradé, mais jamais dénaturé que la sagesse constitutionnaliste a pour but de conserver dans son état de semi-dénaturation, en freinant le mouvement de dégradation qui éloigne sans cesse davantage la nature actuelle de la nature ancienne¹⁴¹ (sans que cet éloignement ne remette en question le lien entre l'existence actuelle et l'instance originelle dont elle dérive).

Conséquence importante de ce thème du renversement, la nature actuelle de la loi ne crée rien, pas même son propre processus de dégradation (l'inversion). Tout ce que sait faire la nature, dans le discours doctrinal, c'est se défaire : elle ne sait ni transgresser, ni créer. La loi actuelle, adoptée par le législateur, n'est donc une infraction qu'en apparence, puisque les écarts qui lui sont offerts sont eux aussi prévus dans le plan qui l'a rendu possible. D'elle-même la nature de la loi ne peut rien. Ses inversions et ses « productions » ne sont que transformations et dérivations. La nature de la loi, telle qu'elle est dégagée par la doctrine, est incapable de rien *produire*. Il n'y a pas, dans la doctrine, de théorie de la production. La doctrine constitutionnaliste serait en conséquence, si l'on s'en tenait à ce seul point de vue, naturaliste en ce que dans le droit positif rien n'est produit au fond et tout préexiste : la matière juridique élémentaire de la loi s'y trouverait à l'état de trace dans *Physis*. La formule du naturalisme doctrinal pourrait donc s'énoncer comme suit : dans la nature de la loi, rien ne se crée, mais tout se perd. Il en résulterait qu'il y a bien une nature de la loi dans la doctrine constitutionnaliste, dont le génie serait de révéler la perte en introduisant dans son discours descriptif notamment l'idée de « déclin », de « décadence », de « dégradation » à travers la thématique de la crise. Ce serait peut-être là l'une des raisons majeures du succès du discours doctrinal sur la loi : à signaler justement *sa* crise, à annoncer d'un même mouvement que la nature de la loi *n'est presque plus* mais *a été*. On y retrou-

141 Comme en atteste la réception contemporaine des travaux de la légistique dans la doctrine constitutionnaliste.

verait pratiquement le mythe métaphysique de la caverne¹⁴², qui enseigne que l'existence actuelle de la loi ne participerait plus de son être qu'à l'état d'ombre, qui est également un mythe naturaliste, par la relation de dégradation qu'elle introduirait entre une vérité d'origine et la condition actuelle de la loi. De ce que fut la juste nature de la loi comme de ce que fut l'antique intelligence à propos de celle-ci il ne subsisterait dès lors que des débris : philosophie du reste, de la *miette*, le discours doctrinal répudierait le présent comme dégradation du passé, l'existence comme perte de l'essence, la loi sensible comme dénaturation d'une ancienne nature de la loi ne subsistant plus qu'à l'état de signe.

Le discours doctrinal, en approuvant la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les qualités de la loi, semble dans le même temps une récusation de la nature de la loi actuelle poussée à son plus haut degré lorsque la doctrine surenchérit en accordant que tout ce qui existe est le fruit de la convention et des aléas du processus législatif¹⁴³. Le professeur indique encore que ce règne de la convention et de l'aléa s'accroît de jour en jour, lois après lois, qu'il devient de plus en plus *vrai* au fur et à mesure que le temps passe¹⁴⁴. Mais ce surenchérissement est en même temps une régression, puisqu'il s'appuie sur un point fixe : l'idée d'une instance de la loi non corrompue à l'origine de la nature actuelle, qui est à la corruption ce que la nature actuelle

142 « - [...] représente-toi de la façon que voici l'état de notre nature relativement à l'instruction et à l'ignorance. Figure-toi des hommes dans une demeure souterraine, en forme de caverne, ayant sur toute la largeur une entrée ouverte à la lumière ; ces hommes sont là depuis leur enfance, les jambes et le cou enchaînés, de sorte qu'ils ne peuvent bouger ni voir ailleurs que devant eux, la chaîne les empêchant de tourner la tête ; la lumière leur vient d'un feu allumé sur une hauteur, au loin derrière eux ; entre le feu et les prisonniers passe une route élevée : imagine que le long de cette route est construit un petit mur, pareil aux cloisons que les monteurs de marionnettes dressent devant eux et au-dessus desquelles ils font voir leurs merveilles. – Je vois cela, dit-il. – Figure-toi maintenant le long de ce petit mur des hommes portant des objets de toute sorte, qui dépassent le mur, et des statuette d'hommes et d'animaux, en pierre, en bois, et en toute espèce de matière ; naturellement, parmi ces porteurs, les uns parlent, les autres se taisent. – voilà, s'écria-t-il, un étrange tableau et d'étranges prisonniers. – Ils nous ressemblent, répondis-je ; et d'abord, penses-tu que dans cette situation ils aient jamais vu autre chose d'eux-mêmes et leurs voisins que les ombres projetées par le feu sur la paroi de la caverne qui leur fait face ? – Et comment ? observa-t-il, s'ils sont forcés de rester la tête immobile durant toute leur vie ? – Et pour les objets qui défilent, n'en est-il pas de même ? – Sans contredit. – Si donc ils pouvaient s'entretenir ensemble, ne penses-tu pas qu'ils prendraient pour des objets réels les ombres qu'ils verraient ? – Il y a nécessité. – Et si la paroi du fond de la prison avait un écho, chaque fois que l'un des porteurs parlerait, croiraient-ils entendre autre chose que l'ombre qui passerait devant eux ? – Non, par Zeus, dit-il. », in Platon, *La République*, *op. cit.*, VII, 515a-515b.

143 Comme l'indique F. Julien-Lafferrière, « les libertés sont en principe traditionnellement garanties par la loi ». Mais loin du principe, l'« inaccessibilité de la loi », sa « rédaction », son manque de « clarté », traduit et trahit « l'illusoire garantie législative », dont chaque vote de la loi en est au jour le jour l'illustration, « L'Etat de droit et les libertés », art. cit., p. 156 et 158.

144 E. Blankenburg, « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de mise en œuvre (le concept d'implémentation) », art. cit.

de la loi ordinaire est au paraître et la certitude à l'opinion. L'artifice apparaît ainsi comme logiquement et chronologiquement second : il est, aujourd'hui, devenu réel, mais d'une réalité moins réelle que la nature dont il dérive. L'état de ce qui existe ne serait donc pas « naturel », mais ne pourrait s'interpréter que comme l'effet d'une dégradation dans le discours doctrinal : état artificiel, incarné par le législateur, dans la mesure où il ne constituerait plus une nature. La doctrine ne dit donc pas : rien n'existe de la loi. Elle dit au contraire : *plus rien* n'existe de la loi. Cette précision chronologique serait la marque non d'un surenchérissement mais d'un refus : refus de consommer la ruine de l'idée de nature de la loi et d'admettre l'innocence première de la convention. L'artifice serait innocent si rien n'avait jamais existé, si aucune trace ne trahissait, dans le jeu des artifices, la ruine d'une nature perdue. Mais l'essence de la loi viendrait culpabiliser l'artifice de la convention législative en révélant que son « règne¹⁴⁵ » n'a pu commencer qu'à la faveur d'un subterfuge : pour s'établir, l'artifice a dû supprimer le naturel. Les caractéristiques premières et essentielles de la loi ne permettraient peut-être pas de récupérer sa réalité, mais suffiraient à démasquer l'apparence qui l'a usurpée dans le processus législatif. Le maquillage serait inopérant : l'artifice sera toujours trahi par la mémoire des essences¹⁴⁶.

Le discours descriptif de la doctrine constitutionnaliste semble relever, en ce sens, d'une philosophie du refus et de la mémoire, et du refus par la mémoire : refus d'accepter le « règne » établi par le législateur, grâce à la mémoire qui trahirait le caractère usurpé de la convention présente. Le discours descriptif ne pourrait donc être, dans une telle perspective, que prescriptif. Plus précisément encore : le discours prescriptif ne serait rien d'autre, au fond, qu'une variante du discours descriptif. Dans cette perspective, en effet, la doctrine n'aurait pas complètement oublié la nature de la loi, puisqu'elle approuve la jurisprudence du conseil constitutionnel, et c'est pourquoi elle ne pourrait pas considérer l'actuel artifice comme une nature, et le régime d'usurpation comme un régime de plein droit. Mais, aux yeux d'une pensée artificialiste¹⁴⁷, cette position doctrinale, serait une pensée régressive, dans sa tentative (réussie ou non) de restauration du mythe de la réalité « vraie » transcendant la multiplicité des apparences, qui est un thème à la fois

145 Cf. J. Ray, « L'idée du règne de la loi », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1939, p. 364 et s.

146 Ainsi, invariablement, les manuels de droit constitutionnel rapportent-ils la perte de « substance » de la loi à quelques principes que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est venue confirmer. Par ex., J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 704 ; ou encore Ph. Ardant et B. Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 569.

147 Comme le dit R. Lenoble, *Esquisse d'une histoire de l'idée de nature*, Albin Michel « Évolution de l'humanité », Paris, 1969, 446 p., p. 11.

métaphysique et naturaliste¹⁴⁸. Ce grand refus, qui fonde paradoxalement le naturalisme doctrinal par son refus de lire une nature dans le sensible actuel, pourrait être un refus radical, issu d'un désarroi intellectuel devant la réalité sensible, qui aboutirait à la mise à l'écart de cette réalité dont la raison logique ne voudrait plus avoir à connaître : la réalité est impensable, donc la réalité a tort. Mais un tel refus s'enfermerait ainsi en lui-même, refusant de considérer dans l'existence sensible les traces d'une loi à la fois dénaturée et naturalisée, s'insérant dans la présente nature par la voie d'une déperdition ontologique. Au contraire, le refus doctrinal fonderait la possibilité d'une vision naturaliste. D'où l'importance du thème de la réminiscence dont le professeur assure la spécificité descriptive : il s'agirait de *retrouver* et de fixer les invariants de la loi.

Dès lors, grâce à la réminiscence, la nature de la loi ne se tiendrait pas isolée, à l'écart de toute expression sensible. Elle correspondrait avec la nature actuelle par le biais de l'inversion et de la dégradation. Pour cette raison fondamentale, le discours descriptif du professeur pourrait être analysé aussi comme étant de type naturaliste. Pour que l'étude de la nature de la loi, telle qu'elle existe actuellement, présentât sens et intérêt quelconque, il fallait qu'un pont fût rétabli entre l'intelligible et le sensible, entre le théorique et le pratique, entre l'immanence et la transcendance : pont que rétablirait notamment la doctrine à l'aide de la réminiscence et du mythe de la loi parfaite.

Pourtant, on ne saurait s'en tenir à cette seule lecture du discours doctrinal sur la loi. Elle serait par trop hâtive. Elle s'interdirait de voir que le constitutionnaliste n'*approuve* pas seulement la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les qualités de la loi. Du moins, s'il le fait, c'est toujours sous couvert d'une précaution qui change radicalement la nature de son discours et le statut de l'ontologie dans celui-ci. En effet, principalement et essentiellement, les qualités de la loi n'y sont pensées que sous la forme d'un *idéal*. C'est dire combien le discours doctrinal est tout en nuances. Son approbation est toujours tempérée par la prudence. Une circonspection qui témoigne finalement du caractère provisoire, imparfait des qualités de la loi, dont le procès est toujours nécessairement en cours.

II. — POURTOURS ET ENTOURS DU CONSTITUTIONNALISME : UN DISCOURS SUR LA LOI À L'ÉPISTÉMOLOGIE ATYPIQUE

En ce qui concerne la nature de la loi, ce n'est pas, pour la doctrine, seulement l'idée d'essence qui permet aujourd'hui d'attendre patiemment sa révélation. La nature n'est pas en effet seulement cachée pour la doctrine, selon la

148 P. Gibert, *L'inconnue du commencement*, Seuil « La couleur des idées », Paris, 2007, not. introduction. Mais aussi, du même auteur, *Bible, mythes et récits de commencements*, Seuil « Parole de Dieu », Paris, 1986, 283 p.

formule d'Héraclite¹⁴⁹. Elle est aussi et surtout en *devenir*. Elle se fait « jurisprudentiellement ». La jurisprudence du Conseil constitutionnel devient donc *l'événement autoréférentiel de la vérité du discours doctrinal*. Ce qui signifie que cette nature n'est pas toujours cachée, encore moins toujours visible : pas toujours cachée puisque déjà en œuvre, pas visible puisque en cours de réalisation, comme pourrait le dire Whitehead¹⁵⁰. En ce sens, les qualités de la loi ne sont qu'un *idéal* pour la doctrine. Mais cette formulation toute prudente est loin de résoudre toutes les difficultés. En effet, cette prudence doctrinale, loin de faire pièces à l'idée de nature dans son discours la renouvelle au fond. Cette lecture du discours doctrinal est pourtant problématique. En effet, traditionnellement, la science de l'être est construite selon les modalités de la *fixité* et de l'*immuabilité* de l'être (B). Mais si cette remarque doit être signalée pour permettre de réfléchir aux difficultés que présente une ontologie du devenir, elle ne l'infirmes pas. Elle permet au contraire d'en éprouver la fécondité (C).

A. — *Une nature de la loi sans cesse amendée :
le thème de la prudence dans le discours doctrinal*

S'il ne demeure que des « traces de traces¹⁵¹ », pour parler comme Derrida, de la nature de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si les objectifs de valeur constitutionnelle n'ont de valeur que sous forme d'« idéal » comme l'indique P. de Montalivet¹⁵² ou encore A. Flückiger¹⁵³,

149 Cf. P. Hadot sur ce thème, *Le voile d'Isis, Essai sur l'histoire de l'idée de nature*, Gallimard « Folio essais », Paris, 2008, 515 p.

150 *In Le concept de nature*, tr. fr. J. Douchement, Vrin « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, 2006, 256 p. Cet ouvrage, toutefois, notons-le, se présente comme une vigoureuse affirmation du caractère « naturel » de la réalité, assortie d'une critique de toute conceptualisation de la nature à partir de présupposés métaphysiques ou de déterminations purement intellectuelles. L'approche de la nature ne peut s'effectuer que par le biais d'un empirisme relativiste inspiré des théories d'Einstein, ainsi que d'un intuitionisme anti-intellectualiste proche de Bergson. La nature est le réel même, mais il ne saurait y avoir, à proprement parler, de « concept de la nature » : toute conceptualisation se caractérisant par une incapacité à percevoir le réel (qu'elle appauvrit et dénature par ses abstractions arbitraires). Le concept de nature est ainsi essentiellement un effort pour intuitionner « directement » la nature, en écartant toute information préalable d'origine scientifique ou métaphysique. Il s'agit d'une entreprise qui aux yeux d'un philosophe artificialiste pourrait rapidement devenir coûteuse.

151 *In De la grammatologie, op. cit.*

152 *Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit.* Consacrés depuis 1982 par le juge constitutionnel l'auteur défend l'idée que la « détermination ambiguë » de ces objectifs s'explique notamment par un élément, justement, leur « nature d'objectifs ».

153 « L'idée de lois claires, tout à la fois lisibles et précises, est un idéal ; idéal chaque fois revendiqué mais jamais atteint. Parfaitement précise et prévisible, la loi deviendrait terriblement lourde et compliquée ; légère et simple, la réalité la rattraperait rapidement, car la complexité évitée se reporterait immédiatement sur les textes d'application, sur la juris-
[p. 309-372]

c'est qu'il est impossible au fond pour le professeur d'aller « droit aux choses mêmes¹⁵⁴ », d'aller droit à la nature de la loi, sauf à verser dans « l'illusion nomocratique¹⁵⁵ », au « mythe de l'accessibilité du droit¹⁵⁶ », de « la clarté de la loi¹⁵⁷ », etc.¹⁵⁸. En effet, selon B. Mathieu, la « conception élevée de la loi [est une] idéalisation peut-être », même si l'auteur convient qu'il y a sans doute « intérêt » de faire « retour sur ce qu'il est permis d'appeler l'âge d'or de la loi¹⁵⁹ ». Il n'y a donc pas de donation absolue¹⁶⁰ de la nature de la loi pour

prudence et la pratique. [...] Francis Bacon était déjà parvenu à cette conclusion il y a plus de trois siècles, concisément et précisément : “L'obscurité dans l'expression des lois vient ou de ce qu'elles sont trop verbeuses, trop bavardes, ou au contraire de leur excessive brièveté” », in « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », art. cit., in le site internet des *Cahiers du Conseil constitutionnel*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc21/normativite4.htm>.

154 Selon l'expression de Husserl que reprend Derrida, in *La voix et le phénomène*, op. cit., p. 58.

155 V. Descombes, in *Droits*, art. cit., p. 89-100.

156 G. Ninolau, « Inaccessible droit », art. cit. L'auteur parle même d'« irréalisme ».

157 A. Flückiger : « Cette complexité [de la déréglementation, de la privatisation, etc.] met à rude épreuve l'idéal de clarté de la norme, si bien que l'on vient à se demander s'il n'est pas utopique de postuler aujourd'hui l'existence d'un tel principe. [...] La clarté normative ne serait-elle, dans ces conditions, tout simplement pas une chimère ? [...] Je défendrai dans cet article la thèse selon laquelle l'objectif de clarté est un idéal ambigu. La clarté peut en effet être comprise sous un aspect linguistique de lisibilité et de concision. Or, selon les points de vue, elle peut également être reçue sous un angle plus juridique : celui de la concrétisabilité, mettant l'accent sur la précision de l'énoncé ; est clair, dans cette seconde acception, un texte qui fournit à son interprète, aussitôt et sans controverse, la solution précise dans un cas concret. J'en conclus que le principe de clarté est intrinsèquement ambigu, car les deux aspects précédents souvent s'opposent : en poursuivant l'un, le législateur risque de négliger l'autre ; le texte sera clair dans un sens, mais obscur de l'autre, et vice versa. », in « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », art. cit., sur le site des *Cahiers du Conseil constitutionnel*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc21/normativite4.htm>. Cf. également V. Champeil-Desplats, « Les clairs-obscur de la clarté juridique », in A. Wagner et S. Cacciaguidi-Fahy (eds), *Legal Language and Search for Clarity*, Bern, Peter Lang, 2006, p. 35 et s.

158 Ce que rappelle J. Chevallier : « La conception plus exigeante de la normativité qui se dessine, notamment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, vise à lutter contre certaines dérives nées de l'inflation normative – dérives illustrées par la prolifération des textes de portée purement symbolique ou voués, en raison de leur mauvaise qualité, à rester inappliqués : derrière ce souci louable de rationalisation de la production juridique, on entrevoit une certaine nostalgie pour la conception traditionnelle d'un droit placé sous le signe de la clarté, de la simplicité et de la certitude ; or, cette conception est évidemment caduque. La réflexion sur la normativité juridique dans les sociétés contemporaines doit dès lors s'attacher à prendre la mesure et à évaluer la portée des évolutions en cours dans la conception du droit [...] », in *La normativité, Études réunies et présentées par J. Chevallier*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc21/normativite.htm>.

159 *La loi*, op. cit., p. 73. L'auteur vise Montesquieu et Portalis.

160 Pour une restitution du raisonnement, cf. P. Gibert, *L'inconnue du commencement*, op. cit. L'auteur remet en question l'idée de « commencement » : d'une certaine manière, le commencement échappe à la conscience qu'on en a. Quand il commence, on l'ignore. Et, dans le même temps, il est difficile de revenir *a posteriori* sur, objectivement, ce qui a commencé. L'auteur considère ainsi que tous les récits de commencements sont des récits mythiques.

les constitutionnalistes. Ce qui est *originnaire* dans le discours doctrinal, donc, ce n'est pas la *nature* des qualités la loi : c'est son *retard*¹⁶¹ sur ses propres qualités. Rigoureusement, donc, et contrairement à une lecture précipitée que l'on pourrait faire du discours doctrinal, *sa nature*, ce n'est pas sa normativité, son accessibilité, son intelligibilité, sa clarté, etc., mais bien *son retard* sur la normativité, l'accessibilité, l'intelligibilité, la clarté, etc. Ce retard implique en effet qu'il y a une impossibilité pour la loi de coïncider avec elle-même selon la doctrine. Entre le temps de l'immédiat et le temps de la compréhension de la crise, il y a un infini décalage qui est l'infime décalage entre l'immédiat et la réponse donnée à la crise, qui définit son rapport au temps, selon une modalité particulière : l'*uchronie*. Cet infime décalage semble vouloir faire comprendre que la loi ne peut jamais coïncider avec elle-même. Et si elle ne peut jamais coïncider avec elle-même, cela signifie qu'il y a toujours une mesure à définir, une décision à prendre, jurisprudentielle ou non, pour qu'elle coïncide avec elle-même. Qu'il y a toujours une mesure, une décision du Conseil constitutionnel en chantier, à venir, pour qu'elle coïncide avec elle-même, avec aujourd'hui et qu'il faut toujours par conséquent attendre un *résultat*. Le temps de la loi, son origine profonde, s'il en est une à bien lire le professeur, c'est celui de ce *décalage*, qui est le temps d'un *malentendu*. Il y a toujours un malentendu entre la loi telle qu'elle est, immédiatement, aujourd'hui, et ce qu'elle devrait être. L'art du professeur est dès lors l'art de composer avec le temps, en temps de crise, en sachant toujours qu'il y a ce décalage, déplacement infime, qui définit ce temps particulier qu'est l'*uchronie*. Le discours constitutionnaliste signifie que la crise de la loi retarde toujours son « aujourd'hui », son présent. Ce décalage de temps, cette *uchronie* est le signe temporel le plus évident de la situation de crise dans laquelle la loi est plongée. En ce sens la situation de crise, ou la conscience d'une situation de crise, est en même temps l'instant du verdict. Face à une crise, il faut dire quelque chose de la loi, sur la loi, sur son accessibilité, son intelligibilité, sa clarté, sa normativité, etc. En situation de crise, il s'agit toujours de rendre un jugement. Cette thématique naturaliste du retard peut expliquer dès lors en partie la « prudence » et la « modestie » des constitutionnalistes, qui ne recherchent pas au fond de « remède miracle », mais n'en « rêvent » pas moins à cette « loi parfaite¹⁶² », selon les formules

161 Comme l'indique V. Champeil-Desplats : « L'irritation face aux lois bavardes et aux neutrons législatifs est fréquemment alimentée par le souvenir de la conception idéale qu'avaient des lois les codificateurs du début du XIXe siècle. À l'instar du président P. Mazeaud, les partisans de la normativité des lois aiment à évoquer « le grand Portalis » pour qui « la loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle punit ou elle récompense » », in « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc21/normativite2.htm>.

162 In « Avant-propos », *La confection de la loi*, op. cit., p. VI.
[p. 309-372]

de R. Drago. Ce qui est originaire dans le discours doctrinal sur la loi, donc, c'est *ce retard*¹⁶³.

La « ruse¹⁶⁴ » du discours doctrinal consiste donc à inverser la négativité de la crise, comme dilution du sens véritable de la loi, en positivité, comme écart à rapprocher de sa nature. Proprement, ce qui est originaire dans le discours doctrinal n'est pas tant cette nature, mais bien *son retard*, c'est-à-dire encore *sa crise*. Le discours doctrinal pense par conséquent la loi *comme écriture de la crise*. C'est du haut de cette crise que l'analyse est possible. Le discours doctrinal sur la loi ne peut donc se constituer à ses propres yeux comme objet de connaissance, il ne peut se prendre à l'intérieur de son langage et ne peut se donner en lui et par lui une existence discursive qu'en référence à la destruction de son objet, partant à sa propre destruction. L'avènement d'un savoir neuf est ici contemporain et solidaire de ce mouvement qui installe dans tout le discours doctrinal la crise au cœur de la loi. La crise devient, en ce sens, délai et non-immédiété de la nature de la loi. Positivement, l'apparition de la loi, sa phénoménalité, est pensée comme ayant lieu sur fond de disparition, la disparition, que manifeste sa crise, étant en quelque sorte la condition de son apparition : *la crise de la loi est donc la nature véritable de la loi*. Elle est, comme le dit Hippocrate, la solution de la maladie. De « poison », elle devient « remède¹⁶⁵ ». Elle n'est dès lors pas un simple accident. Elle est ce par quoi la loi peut être *quelque chose*, qui ne peut être établi que par cas, espèce par espèce par le juge constitutionnel. Dès lors, la « prudence » des constitutionnalistes, qui les conduit à préciser que le « remède approprié » à la crise de la loi ne peut être qu'« empirique¹⁶⁶ », atteste, par-devers eux, de ce retard ontologique. La crise de la loi est par conséquent la condition de sa phénoménalité. Les traces jurisprudentielles de sa nature permettent de penser de manière phénoménologiquement rigoureuse son être. Elles attestent que la présence de la loi, sa manifestation dans le droit positif, est toujours déjà entamée par son absence. Elle est un mouvement d'apparition qui est en même temps disparition. Sa crise est le moteur de ce mouvement paradoxal. Le discours doctrinal devient le témoin que l'immanence dans laquelle elle se donne la soustrait dans le même temps. La loi n'est donc pas immédiatement lisible sans délai ni relais, qui justifie le concours du juge et du constitutionnaliste. Elle reste en un certain sens toujours illisible. Sa lisibilité ne se livre que différée, à travers la jurisprudence du juge constitutionnel et le travail d'analyse effectué par la doctrine. La loi n'est donc loi, pour paraphraser Derrida¹⁶⁷, que si elle cache au

163 Car, comme l'indique G. Timsit, « Parler de crise suppose qu'il existe un modèle – et qu'il soit remis en cause par des manifestations nouvelles qui ne s'inscrivent pas dans sa logique. », in « Normativité et régulation », art. cit., in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc21/normativite6.htm>.

164 Pour parler comme J. Derrida.

165 La référence est reprise à Derrida dans son analyse du *Pharmakon* de Platon.

166 R. Drago, « Avant-propos », *La confection de la loi*, op. cit., p. VI.

167 J. Derrida écrit : « Un texte n'est un texte que s'il cache au premier regard, au premier venu, la loi de sa composition et la règle de son jeu », in « La pharmacie de Platon », art. cit., p. 257.

premier venu la loi de sa composition et sa nature. Elle est « dérobée¹⁶⁸ ». Sa « référence [...] se dérobe sans cesse¹⁶⁹ ». Elle ne « s'abrite pas dans l'inaccessible d'un secret, simplement elles ne se livrent jamais, au présent, à rien qu'on puisse nommer une perception.¹⁷⁰ » La crise de la loi, positivement, n'est rien d'autre, en ce sens, que la perception et la description de ce phénomène. La doctrine montre ainsi que la notion de crise est constitutive de la loi et de son discours. Elle ne lui est pas rattachée de l'extérieur. Elle lui est consubstantielle. Elle fait apparaître que l'identité de la loi qu'elle tente de conquérir est une identité abyssale. Sa crise en signale la profondeur. Ainsi, est-ce la raison qui a conduit la doctrine à critiquer l'objectif de valeur constitutionnelle devenue principe de « clarté¹⁷¹ » dans la jurisprudence du Conseil

168 Pour reprendre le titre et l'analyse faite par les participants au colloque ayant pour titre *Le droit dérobé*, *op. cit.* D. Rousseau définit le « droit dérobé » comme suit : « [...] penser le droit dérobé [...] ce serait penser le droit mis à nu. Mais cette mise à nu ne saurait signifier atteindre enfin [...] la vérité du droit ; cette mise à nu serait aussi l'apprentissage des limites, non seulement parce que le dévoilement du droit est un geste infini, mais encore [...] parce que cette nudité du droit nous mettrait au cœur du mystère de ce qui fait droit sans que l'on puisse [...] assigner une signification au droit mis à nu. Le droit dérobé serait ainsi le droit qui accepte sa finitude, qui se dérobe à toute appropriation de signification. », *in* « Propositions pour construire la pensée du droit dérobé », p. 4. Dès lors, ajoute D. Rousseau, ce nouveau « paradigme » du droit ferait pièce de toute métaphysique : « En ce sens, la pensée du droit dérobé est une pensée qui se défait de la métaphysique, qui se défait aussi de toute idée de cheminement de la connaissance vers une finalité, vers un lieu final où serait supposé reposer le savoir sur le droit, la vérité sur le droit : le droit dérobé est un droit qui se dérobe sans cesse à sa signification, ou, si l'on préfère, qui, dans la logique post-métaphysique, postule sans réponse la question de savoir ce qui fait qu'une règle peut être dite de droit. Et ce postulat de non-savoir est précisément la condition de possibilité d'une pensée du droit dégagee d'une nécessité qui lui serait extérieure et qu'elle devrait rejoindre, libérée de la contrainte de la finalité [...] », *ibid.* On peut sans peine, même s'il n'est pas nommé, rapprocher ce nouveau paradigme de la déconstruction du sens chez Derrida. D'ailleurs, à plusieurs reprises, au cours du colloque, le terme de « déconstruction » est-il utilisé par certains intervenants. Par ex., D. Rousseau, écrit-il que « [...] le mode de construction de la normativité juridique, à savoir le principe de discussion, est aussi le mode de déconstruction continue – de dérobement – de la normativité juridique. », *ibid.*, p. 16. M.-L. Pavia utilise, quant à elle, plutôt le terme de « déconstructivisme », *in* « Le discours sur le droit prudentiel », art. cit., p. 132. toutefois, D. Rousseau nomme explicitement Derrida à propos de la « déconstruction », *in* « Le nouvel horizon du droit constitutionnel », art. cit., p. 892-893, qui appelle de ses vœux à la « constitution d'un droit constitutionnel "nouveau", le droit constitutionnel européen » qui « oblige les constitutionnalistes à déconstruire ce que l'histoire d'hier avait construit, c'est-à-dire, à découpler les notions de « constitution » et « d'État », les notions de « constitution » et de « peuple », les notions de « constitution » et de « souveraineté »... », *ibid.*, p. 893.

169 D. Rousseau, *ibid.*, p. 11.

170 *Ibid.*

171 Pour une critique de ce principe, cf. Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1988, p. 168, cité par V. Champpeil-Desplats, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », art. cit., p. 275, note 42. Également L. Gay, « Chroniques de jurisprudence constitutionnelle », *RFDC*, 2002, n° 50. Selon B. Mathieu, le principe de clarté et [p. 309-372]

constitutionnel¹⁷² et à s'en féliciter : principe « objectif », trop peu « mal-léable », il cadrerait mal avec les impératifs juridiques de l'« espèce » auxquels

l'objectif d'intelligibilité de la loi « représentent deux aspects d'une même exigence, mais répondant à des considérations différentes et affectées d'un rôle distinct en ce qui concerne les modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité », cité in *La qualité de la loi, op. cit.*, <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html>. Il n'en demeure pas moins que la distinction entre le principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi apparaît relative : l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle, selon une partie de la doctrine, « démontre [...] la confusion opérée par le Conseil entre le principe de clarté et l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité. Cet enchevêtrement des concepts jette un doute sur l'utilité pratique de l'application de deux normes de référence et doit inciter le juge constitutionnel dans un effort de simplification à déterminer une norme de contrôle unique », L. Milano, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, 2006, n° 3, p. 637-672. Le même auteur conclut : « La volonté du Conseil de distinguer principe de clarté de la loi et objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi n'aurait été légitime qu'au prix d'une politique jurisprudentielle rigoureuse justifiant l'utilité respective de chacun des concepts, mais il faut convenir que tel n'est pas le cas ». Ainsi, par exemple, « la décision n° 2001-447 DC emploie la formule "d'objectif de clarté et d'intelligibilité de la loi", qui, par ses ambiguïtés, rend délicate la tentative de distinction entre la clarté de la loi, d'une part, et l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, d'autre part. De fait, le Conseil constitutionnel a modifié son considérant de principe relatif aux normes applicables à la qualité de la loi et a consacré l'objectif d'intelligibilité comme la norme de référence unique en la matière, dans sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 portant sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : "Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi" », in *La qualité de la loi, op. cit.*, <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html#toc36>. On retrouve la même argumentation chez A.-L. Valembais, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, op. cit.*, § 444 et 445 et chez P. Wachsmann, art. cit., p. 812. Aussi B. Genevois, « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique – Compte-rendu des discussions et débats », *AJJC*, 1999, p. 302 not.. Comme le relèvent les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, « il n'est plus question, dans la décision, du principe de clarté », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 21, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc21/jurisprudence.htm>. De manière générale, pour une critique, cf. également V. Champeil-Desplats, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », art. cit., p. 267-280.

172 Cf. pour un rappel utile de ces positions V. Champeil-Desplats, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », *ibid.*, not. p. 272 et s. (« II. A. – Le côté obscur de la clarté juridique »). L'auteure renvoie, par exemple, à l'« ironie » de certains commentateurs sur cette clarté : X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et la modernisation sociale », *Droit social*, n° 3, 2002, p. 245 ; ou encore M.-A. Souriac, « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ? », in G. Boreunfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac, I. Vacarie, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz « Thèmes et commentaires », Paris, 2005, p. 106, cités p. 273, note 34 et 35. V. Champeil-Desplats parle de « fiction » pour qualifier l'objectif. Elle s'interroge également : « à quoi bon sanctionner la clarté si finalement tout est clair ? », *ibid.*, p. 274.

les principes d'« accessibilité », d'« intelligibilité » sauraient, quant à eux, faire droit. L. Gay a ainsi pu considérer que « le choix de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi comme norme de référence unique du contrôle de la qualité de la loi permettrait au Conseil de clarifier sa jurisprudence mais également d'approfondir son contrôle ». L'auteur conclut : « La malléabilité de l'objectif de valeur constitutionnelle paraît donc particulièrement adaptée à la recherche d'une plus grande qualité du droit car celle-ci ne se décrète pas, elle ne peut être qu'un objectif vers lequel il faut tendre. Au contraire, le principe de clarté, parce qu'il semble vouloir recouvrir une dimension objective, induit une rigidité qui cadre mal avec la relativité de la notion de "qualité du droit", notion-ambition, standard du droit qui, à l'image de la notion de "bonne administration de la justice", souffre d'une part d'indétermination et ne peut s'apprécier qu'au regard des circonstances de l'espèce¹⁷³ ». Il convient dès lors d'insister, pour la doctrine, sur le caractère relatif de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, car « il est [...] difficile de définir un idéal de clarté.¹⁷⁴ » En effet, « l'objectif n'est pas véritablement d'assurer pleinement l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi mais de tendre vers ce but. Cette accessibilité et cette intelligibilité sont en quelque sorte un "idéal type", vers lequel le législateur doit tendre mais qu'il ne peut atteindre totalement » écrit, quant à lui, P. de Montalivet¹⁷⁵. La raison en semble évidente pour J.-P. Maublanc : « essentiellement parce qu'un objectif est une direction, pas une norme¹⁷⁶ ». La critique, toutefois, est parfois étendue aux objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité, mais aussi aux « principes¹⁷⁷ » et « exigences constitutionnelles¹⁷⁸ » en matière de qualité de la loi¹⁷⁹ : problèmes de

173 « Chroniques de jurisprudence constitutionnelle », *RFDC*, 2002, n° 50, p. 241.

174 P. Wachsmann, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p. 825. L'auteur ajoute : « il est toujours aventureux de préciser *in abstracto* l'idéal de clarté : celui-ci passe-t-il par une formulation brève ou détaillée, par l'indication de principes ou la prescription méticuleuse de la conduite à tenir dans tel et tel cas. », *ibid.* De sorte que « La clarté de la loi s'avère donc un idéal difficile à cerner avec un minimum de précision. Sans doute peut-elle se résumer en un impératif relevant de la science – plus exactement de la technologie [...] – de la législation, en même temps qu'elle exprimerait l'idéal d'une société dans laquelle les règles juridiques font l'objet de discussions publiques [...] », *ibid.*, p. 830.

175 « La juridicisation de la légistique », art. cit., p. 115.

176 J.-P. Maublanc, *in* « Les nouveaux mythes constitutionnels de la rationalité de la loi », art. cit., p. 248

177 *Ibid.*

178 *Ibid.*

179 On peut en trouver un exemple dans le commentaire fait de la décision n° 2003-475 DC, 24 juil. 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, sur l'article 7 relatif aux bulletins de vote. Selon les services juridiques du Sénat : « Cette décision a suscité des critiques de la part de certains auteurs. Pour G. Glénard, le recours à l'article 6 de la Déclaration de 1789 pour fonder sa décision est "inappropriée". Il considère en effet que "l'expression retenue par les révolutionnaires ne renvoie nullement à une quelconque normativité" et que l'article 6 "n'interdit pas l'insertion dans une loi d'une disposition dépourvue de valeur normative, laquelle peut être la manifestation d'une volonté non juri-

[p. 309-372]

D. FONSECA

Arch. phil. droit 54 (2011)

définitions, de mises en œuvre¹⁸⁰, un objectif (la clarté) pouvant notamment devenir un « principe » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁸¹.

dique, c'est-à-dire politique" », *in* « La conception matérielle de la loi revivifiée », art. cit., *in* *La qualité de la loi, op. cit.*, http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03_mono.html Idem pour V. Champeil-Desplats, qui estime que « dénier à la volonté générale la possibilité même de s'exprimer sous une forme non normative peut dérouter. L'édition d'énoncés non normatifs peut remplir des fonctions diverses et, surtout, manifester une volonté politique ou symbolique réfléchie de prendre parti sur l'histoire », *in* « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., cité par les Services juridiques du Sénat, *ibid.* « Elle s'interroge également sur les limites de la jurisprudence constitutionnelle relative à la normativité : « Si un énoncé n'est pas normatif au sens du Conseil constitutionnel [...], comment alors peut-il être contraire – ou produire des effets contraires – à une norme constitutionnelle ? ». De même, « si une disposition n'est pas normative, comment les autorités d'application pourraient-elles lui faire produire des effets normatifs ? » Quant au juge, il « peut reconnaître qu'un énoncé n'a pas d'effet normatif, et rejeter un recours sur ce fondement. Il ne s'agit pas d'un déni de justice mais de l'affirmation que la requête était mal fondée ». Du reste, un texte non normatif peut avoir son utilité : « L'abstraction et l'absence apparente de normativité des énoncés législatifs remplissent de multiples fonctions. Elles sont parfois le fruit de compromis sans lesquels le texte n'aurait pu être adopté. Elles peuvent aussi correspondre à une volonté délibérée de laisser aux diverses autorités d'application un pouvoir d'appréciation afin, par exemple, d'assurer une meilleure adaptation du texte à la diversité des circonstances et ainsi, finalement, de prévoir l'imprévu » », *ibid.*, <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html#toc64>.

180 Notamment, si la loi doit être intelligible, elle peut néanmoins être complexe sans être contraire à la Constitution, le plus souvent dans les matières techniques, comme celle relevant par exemple de la sécurité sociale, mais cette complexité est alors nécessaire à l'intelligibilité. Par ex., concernant la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, dans sa décision n° 2001-453 DC du 18 déc. 2001, selon D. Ribes, *in* « Chroniques de jurisprudence constitutionnelle », RFDC, 2002, n° 50. Toutefois, selon les Services juridiques du Sénat, « tous les auteurs ne sont pas critiques à l'égard d'une telle jurisprudence. Ainsi en est-il, lorsque le Conseil décide que la complexité de la loi s'apprécie toujours, dans la jurisprudence constitutionnelle, en fonction des destinataires de la norme législative. Ainsi la mise en œuvre de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi est-elle relative. » Commentant la décision n° 2004-494 DC, J.-E. Schoettl note que « le dispositif critiqué se caractérise indéniablement par une certaine complexité », mais il précise que « le législateur s'est cependant borné à mettre en œuvre un document conventionnel, adopté par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001. La complexité de la loi ne fait que refléter la complexité de l'accord », cité *in* *La qualité de la loi, op. cit.*, http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03_mono.html. *Contra*, V. Ogier-Bernaud, RFDC, juil. 2004, n° 59, p. 633-644, cité *in* *La qualité de la loi, ibid.* De même, L. Philip estime qu'« on pourrait pourtant attendre de la part du législateur un effort de clarification au lieu d'une simple transposition d'un texte conventionnel obscur », *Revue de droit fiscal*, 2005, n° 8, cité *in* *La qualité de la loi, op. cit.*, <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html#toc48>.

181 Selon J.-P. Maublanc il y a en effet une difficulté à définir les objectifs et principes participant de la rationalité de la loi. Elles semblent surtout dictées par « le bon sens ». De même les questions de « sincérité, accessibilité, intelligibilité peuvent être associées dans une même décision et paraître indissolublement liées, mais le Conseil peut choisir de n'évoquer que l'une d'elles aux fins d'examiner la régularité intrinsèque de la loi ». De plus, « la catégorie même des objectifs à valeur constitutionnelle, créée par le juge, n'offre pas des éléments incontestables de définition [...] d'autant plus qu'un objectif peut devenir ensuite un principe, telle la clarté », *in* « Les nouveaux mythes constitutionnels de la

On retrouve encore la même prudence en amont cette fois-ci, en ce qui concerne la légistique, sur la question de la « clarté », de l'« accessibilité » et de l'« intelligibilité de la loi » : « La légistique formelle fournit des principes destinés à améliorer la compréhension des textes législatifs. Elle distingue plusieurs phases du processus de communication mais se concentre surtout sur l'émission du message, la réception de celui-ci ou son interprétation ressortit aux méthodes juridiques classiques. Il ne doit pas être sous-estimé que l'administration et le juge prennent une part importante à la détermination du sens des normes émises par le législateur. Aussi, le rôle de la légistique est de faire en sorte que la prédétermination des normes par la loi soit la meilleure et la plus adéquate possible, en tenant compte du fait qu'il y a une part inévitable et nécessaire de codétermination par l'administration et le juge. Dans ce cadre, la recherche de la densité normative la plus adéquate joue un rôle de premier plan.¹⁸² » En ce sens, selon B. Mathieu, la jurisprudence ne fixe-t-elle qu'une « obligation de moyen », non de « résultat », au législateur¹⁸³. Proprement, « la perfection du législateur » relève « d'un fantasme¹⁸⁴ », selon P. Wachsmann. D'ailleurs, « la norme a-t-elle jamais connu cet âge d'or de la stabilité qu'on lui prête à partir de l'exemple des grands codes napoléoniens ?¹⁸⁵ »

B. – *Une nature de la loi ni immuable ni fixée :*
le thème de l'idéal dans le discours doctrinal

Le discours de type naturaliste est ainsi apte à se recomposer un visage nouveau à chaque fois qu'il advient à l'un de ses masques de tomber en désuétude

rationalité de la loi », art. cit., p. 247. Cf. *contra* A. Levade, in « L'objectif de valeur constitutionnelle vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », art. cit., : « La valeur constitutionnelle des objectifs garantit [...] l'effectivité de la protection des libertés fondamentales dont ils sont un instrument. », *ibid.*, p. 696. « C'est ce souci qui a conduit le Conseil constitutionnel à n'identifier qu'un petit nombre d'objectifs se rattachant à la sauvegarde de valeurs fondatrices non institutionnelles de l'État et, par là même, de nature constitutionnelle », *ibid.*, p. 693

182 C.-A. Morand, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in *Légistique formelle et matérielle*, *op. cit.*, p. 17.

183 Sur l'intelligibilité de la loi, l'auteur indique qu'elle « relève de la protection de la sécurité juridique. [...] En ce sens, la loi doit présenter certaines qualités : elle doit être accessible et compréhensible, pour autant que la complexité de la matière traitée le permette. [...] La contrainte qui pèse, au titre de l'exigence d'intelligibilité, sur le législateur est à la fois plus étendue et plus faible que celle liée aux impératifs de l'article 34 de la Constitution. Plus étendue, car elle exige que le droit soit non seulement cohérent mais aussi compréhensible ; plus faible, car elle n'impose pas au législateur une obligation de résultat (le droit applicable peut être complexe), mais de moyen (faire en sorte qu'il ne le soit pas inutilement) », cité in *La qualité de la loi*, http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03_mono.html.

184 « Sur la clarté de la loi », art. cit., p. 822.

185 J. Rivero, « État de droit, état du droit », art. cit., p. 613.

[p. 309-372]

D. FONSECA

Arch. phil. droit 54 (2011)

tude. En effet, sitôt qu'elle ne se formule plus sous les auspices d'un être fixe et immuable, la nature n'en disparaît pas moins du discours doctrinal. Elle y devient, paradoxe apparent, *pratiquement* pur événement, *quasi* stricte phénoménalité. Précisément, dès lors que le discours doctrinal s'énonce sous la forme d'un idéal, la nature de la loi ne peut plus être celle de la somme de ses qualités, mais son retard originaire sur celles-ci, de sorte que dans une formule abrupte on puisse dire que sa nature, fondamentalement, c'est sa crise. La crise de la loi ne serait en effet que l'indice d'un décalage originaire. Très curieusement, donc, la prudence du constitutionnaliste, loin de faire échec à l'ontologie, la révèle sous un jour nouveau. L'idée de nature apparaît finalement comme un outil permettant de plaquer directement le discours du constitutionnaliste sur la réalité telle que la saisit le droit positif, lui assurant tantôt une prise directe, tantôt une prise indirecte, en substituant à la complication chaotique du processus législatif la simplification ordonnée d'un monde autour d'un idéal. Le statut de ce dernier, dans le discours doctrinal est essentiel. Il permet de comprendre que ce devenir est maîtrisé, enserré, borné. Ce devenir n'est donc pas indéterminé. Au contraire, l'idéal permet ici une régulation, un lissage du discours doctrinal, tout autant qu'il assure la pérennité, la lisibilité de celui-ci, c'est-à-dire encore qu'il assure de façon certaine, uniforme et univoque, le savoir du professeur sur la loi. Si le devenir peut dès lors être qualifié comme l'actualisation des possibles, ce devenir se développe dans l'espace compris entre deux frontières : l'impossible (ce que les contraintes de l'ordre juridique interdisent : la loi n'est pas la constitution, ni le règlement, etc.), et le non désirable (ce que le professeur ne préfère pas introduire dans son langage et dans son monde : que la loi puisse être autre chose que normative, claire, accessible, intelligible, etc.). Le devenir de la loi est donc borné par cet idéal, qui permet de constituer une communauté de constitutionnaliste, partant de rendre lisible son savoir. En ce sens, la fonction essentielle de cet idéal ne serait pas tant d'être un cadre naturaliste que de servir, de manière générale, de cadre au discours doctrinal sur la loi. Le professeur montre, dès lors, la toute-puissance de la présence de l'idéologie¹⁸⁶ naturaliste dans son discours, présence dont paradoxalement rien ne signale l'effacement dans un discours qui prétend même parfois se passer de l'idée de nature. Le discours doctrinal permettrait donc de retrouver l'ancienne frontière entre l'artifice et la nature : l'idée d'un « monde comme artifice » renvoyant essentiellement à une extase devant le fait, celle d'un « monde comme nature » à une demande préalable de droit. Pour autant, si le discours de nature du constitutionnaliste ne peut pas simplement se solder par une analyse aprioriste de l'ontologie, comme science fixe et immuable de l'être de la loi, comment le comprendre et l'analyser ? En effet, en approuvant la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les qualités de la loi, l'ontologie du constitutionnaliste semblait envisager l'être de la loi comme être

186 Le terme « idéologie » est entendu ici non pas dans son sens péjoratif, mais comme un ensemble de doctrines, d'idées.

inaltérable, essence fixée *a priori*. Mais s'en tenir à cette lecture par trop simpliste de ce discours interdirait de voir sous quelle modalité essentielle le professeur envisage ces mêmes qualités de la loi : comme un idéal, dont *la nature véritable est toujours à venir*.

C. — *Une métaphysique revisitée :*
les thèmes de l'empirie et de l'ontologie dans le discours doctrinal

Le naturalisme défendu par la doctrine est un naturalisme d'un genre particulier en ce qu'il refuse de croire à l'existence passée de toute nature de ses qualités qu'il convient toujours de discuter, ce qu'une lecture un peu trop rapide de ce discours aurait pu laisser penser dans un premier temps. Il se rattache pourtant au naturalisme par une fascination à l'égard de la *non-nature* qui en vient à se confondre avec un attachement persistant à la notion de nature. Ce naturalisme s'enlise donc dans une contradiction sans issue, qui est de prétendre ignorer, voire de pervertir, une nature absente dans son discours. Il témoigne ainsi, par devers lui, de son appartenance fondamentale à l'idéologie naturaliste qui perce constamment sous la dépréciation d'une quelconque nature existante¹⁸⁷. Proprement, la nature que l'on prétend ici retrouver dans le discours doctrinal est trompeuse, et ne présente que les apparences de ce qui pourrait être reconnu comme nature. C'est pourquoi il convient de distinguer deux natures dans ce discours : la nature qui existe, toujours *à venir*, qui est paradoxalement profondément artificielle, artéfactuelle, technique, qui sourd du discours doctrinal à travers l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les qualités de la loi ; la nature qui n'existe pas, toujours donnée *a priori*, qui seule serait naturelle, celle-là même dont se défend au fond, et seulement, la doctrine constitutionnaliste. L'hostilité n'est donc pas dirigée contre la nature artificielle, mais contre cette nature-là, naturelle, essentielle, non événementielle : métaphysique, au sens classique du terme, c'est-à-dire entendue comme science de l'être fixe et immuable. L'artificialisme que met en jeu le mode descriptif est bien, à cet égard, une pensée du *présent renouvelé indéfiniment*, c'est-à-dire de ce qui existe, existera, qui est produit maintenant et plus tard par le processus descriptif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Précisément, le naturalisme de type essentialiste est au contraire, pour le constitutionnaliste, une pensée du passé, c'est-à-dire de ce qui n'existe pas ou plus, et qui ne trouve dans la notion d'être qu'un réceptacle purement terminologique. Seul le passé retient l'attention naturaliste, l'existence présente ne figurant qu'un accident passager et malencontreux. L'homme de l'artifice, le constitutionnaliste, approbateur de la factualité, de l'événementialité, par où passe la description

187 Cf. l'analyse de R. Gasché, *Le tain du miroir : Derrida et la philosophie de la réflexion*, Galilée « La philosophie en effet », Paris, 1995, p. 18.

des qualités de la loi, limite au contraire son approbation au seul présent¹⁸⁸ sur le mode de l'*à venir*, à la seule artificialité de la procédure et des discours qui s'en revendiquent. Cependant, le tragique de cette position doctrinale est qu'elle ne peut atteindre à l'*artificialisme* qu'en ayant recours à la *nature*. Paradoxalement, donc, le refus de la nature passe par son éloge¹⁸⁹. C'est que pour mettre en place l'artificialisme du mode descriptif, son aspect fabriqué, on dirait ouvrier, il faut le « naturaliser ». Proprement, si l'artifice, finalement, est la vérité du discours doctrinal – discours technique, procédural, scientifique, donc – défendre cette position, c'est encore faire œuvre de naturaliste. En effet, même si les qualités de la loi sont à rechercher par la doctrine du côté de l'artifice, du factuel, de l'instable, mis en jeu par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est toujours une manière de « foyer » qui est en vue¹⁹⁰.

L'essence de ces « qualités » de la loi ne met plus en ce sens en place une ontologie comme science de l'être donné *a priori*, mais une science de l'être comme *devenir*. Le discours du constitutionnaliste modifie donc radicalement la conception classique de l'ontologie. En effet, et paradoxalement, puisque ces qualités seraient toujours en état d'indisponibilité – il s'agit bien seulement d'un *idéal* selon la doctrine – toujours à retravailler par la *disputatio* jurisprudentielle, leur *nature* se ferait, se construirait, se délibérerait indéfiniment.

D'un point de vue généalogique, le mode descriptif semble dès lors mettre en place une *philosophie de l'événement* qui ne renonce pas à l'ontologie. Elle prend essentiellement sa source chez le philosophe Héraclite, dont il faut faire maintenant une présentation, au moins sur ce point précis. À cet égard, c'est sûrement par précipitation que l'on admet selon Héraclite que rien n'est jamais, mais que tout *devient perpétuellement*. À l'instar de la loi pour le constitutionnaliste, tout est en devenir chez le philosophe grec. Rien n'est, mais il faudrait de suite ajouter au sens d'un Être ultime, fixe et immuable. Telle est la représentation classique et commune de ce qui *est*, que rejette le constitutionnaliste lorsqu'il entend se défendre d'une certaine conception de la métaphysique, au sens de vérités révélées et dernières. Selon cette représentation classique, l'Être s'oppose au devenir, au changement, considéré en tant que changement, c'est-à-dire en tant que passage ou flux. Dans cette perspective, l'Être absolu, parfait, atemporel, ne connaît pas le devenir des choses d'ici-bas. Or, il faut sans doute s'approcher de plus près de la pensée héraclitienne pour mieux comprendre le discours doctrinal. Il apparaît non pas selon celle-ci qu'il n'y a pas d'Être, *mais bien plutôt qu'être, c'est devenir*. On comprendra cela plus facilement à l'aide d'un exemple donné dans les *Fragments*¹⁹¹, qui est celui du cycéon, un breuvage spécial¹⁹². Héraclite enseigne que le cycéon « se

188 *Ibid.*, p. 17.

189 *Ibid.*

190 *Ibid.*, p. 18.

191 Flammarion, GF, Paris, 2002, 374 p., 3e Fragment.

192 Le cycéon est une boisson de l'Antiquité grecque, à base de farine d'orge, préparé de différente manière selon qu'on était pauvre ou riche ou selon qu'on le préparait à des fins

dissocie s'il n'est pas remué et commun de ce qui est ». Quelle que soit sa préparation, le cycéon est le composé d'un liquide, unifié dans et par le mouvement. Sans le mouvement, il n'y a plus que de la farine et de l'eau. Le cycéon n'est plus. Ce dernier vaut comme métaphore. Héraclite soutient que pour ne pas mourir, pour être, le monde, les hommes, toutes choses, doivent sans cesse devenir. L'unité et l'identité ne sont donc pas dans le repos et l'immuable, mais dans le devenir et l'union des contraires qu'il implique. C'est ainsi que l'on doit dire le *logos* héraclitéen qui tente d'approcher le devenir du monde par l'emploi de formes grammaticales régulières, comme l'asyndète¹⁹³. De là vient son nom, Héraclite l'obscur : « Le chemin montant et descendant est un et le même¹⁹⁴ », dit-il à cet égard, ou encore « les hommes ne comprennent pas comment ce qui s'oppose à soi-même, s'accorde avec soi, ajustement par action de son contraire, comme l'arc et la lyre¹⁹⁵ ». Affirmer que tout s'écoule, que tout devient perpétuellement, ce n'est donc pas affirmer que rien n'est. Peut-il y avoir cependant une connaissance scientifique de ce qui devient et quel genre de science s'occupe de ce qui fluctue, comme cela semble être le cas en ce qui concerne le discours doctrinal sur la loi ? La question est difficile et est reconnue difficile¹⁹⁶.

La science du devenir, s'il en est une, remonte donc à l'Antiquité. Dans la tradition occidentale, Héraclite met en place une *ontologie des processus*, laquelle, d'un strict point de vue généalogique, se poursuit notamment plus tard implicitement chez Bergson¹⁹⁷ avec les idées de créativité et de durée¹⁹⁸ et explicitement chez Whitehead¹⁹⁹ avec celle de processus²⁰⁰. Dans ce cadre, les

alimentaires ou rituelles. Le cycéon populaire est composé d'eau. Et c'est celui-ci que but Héraclite, rapporte Plutarque, lorsque devant une assemblée, pour illustrer une leçon muette, la condition de la concorde et de la paix de la Cité : « Il monta à la tribune, prit une coupe d'eau froide, y jeta de la farine d'orge, remua le breuvage avec un brin de menthe, le but et s'en alla », in *Vies parallèles*, Flammarion, GF, Paris, 1999, p. 156 et s.

193 *Fragments, op. cit.*, 54e Fragment.

194 *Ibid.*, 52e Fragment.

195 *Ibid.*, 56e Fragment.

196 E. Garcia et F. Nef (textes réunis et présentés par), *Métaphysique contemporaine*, Vrin « Textes clés », Paris, 2007, p. 8-9.

197 « Héraclite a été frappé de l'écoulement universel des choses, de ce changement perpétuel qui, aujourd'hui, a si vivement frappé les partisans de la doctrine de l'évolution. Guidé par cette idée, il s'est dit que ce changement universel était peut-être, plus qu'une simple qualité des choses, que c'était peut-être le plus important, le fond, l'existence même des choses », *Cahier noir, notes de cours*, Clermont-Ferrand, automne 1884, cité in H. Hude, *Henri Bergson*, Éditions universitaires, Paris, 1990, 2 vols, II, p. 111.

198 « Durée signifie invention, création de formes, élaboration continue de l'absolument nouveau », H. Bergson, *L'Évolution créatrice*, Alcan, Paris, 1907, p. 11, mais aussi p. 4.

199 La référence à Héraclite se retrouve par exemple in *Procès et réalité. Essai de cosmologie*, tr. fr. D. Janicaud et al., Gallimard « Bibliothèque de philosophie », Paris, 1995, p. 4 et 479-480.

200 *Ibid.*, p. 93 et 99. Dans un autre ouvrage, *Essays in Science and Philosophy*, The Philosophy Library & Cambridge : Rider, New York, 1947, p. 117 et *Le concept de nature, op. cit.*, ch. 6., p. 154.

processus sont des sortes de successions ou de flux²⁰¹ qui sont simplement des substances particulières qui sont qualifiées par le fait de se dérober dans le temps. Le processus ne serait donc pas un type d'être dans cette approche. Mais pourquoi ces auteurs sont-ils contraints de défendre une ontologie des processus ?

Pour le dire sans doute trop sommairement, parce que Bergson, pour sa part, pensait que l'ontologie classique ne rendait pas assez compte de la dynamique de l'existence. L'être est en effet défini chez lui comme être dynamique, qui n'existe que comme dynamique. À ce titre, selon Bergson, il y a deux voies d'accès au réel, qui sont complémentaires : celle de la science est pratique et schématisante²⁰², celle de la philosophie est contemplative et particularisante. Le philosophe veut en ce sens développer une « métaphysique positive²⁰³ », c'est-à-dire (comme la science) « incontestée et susceptible d'un progrès rectiligne et indéfini », mais procédant à rebours de la « pente naturelle » de l'intelligence humaine qui est de plaquer sur une réalité mobile des concepts rigides²⁰⁴. Précisément, le réel est mobile. Certes, l'intelligence humaine cherche des points d'appui fixes (percepts, concepts) : « Elle s'installe dans des concepts tout faits, et s'efforce d'y prendre, comme dans un filet, quelque chose de la réalité qui passe ». C'est bien ce que fait la science. Pour les besoins pratiques, cela suffit. Mais pour saisir le réel au fond, il faut inverser la démarche, partir du réel mobile et en créer des représentations fluides²⁰⁵ : ce

201 Cela dépend si on les considère comme continu, discontinu, articulé...

202 « On comprend que des concepts fixes puissent être extraits par notre pensée de la réalité mobile ; mais il n'y a aucun moyen de reconstituer, avec la fixité des concepts, la mobilité du réel », *L'évolution créatrice*, op. cit., p. 213.

203 « Notre esprit, qui cherche des points d'appui solides, a pour principale fonction, dans le cours ordinaire de la vie, de se représenter des états et des choses. Il prend de loin en loin des vues quasi instantanées sur la mobilité indivisée du réel. Il obtient ainsi des sensations et des idées. Par là il substitue au continu le discontinu, à la mobilité la stabilité, à la tendance en voie de changement les points fixes qui marquent une direction du changement et de la tendance. Cette substitution est nécessaire au sens commun, au langage, à la vie pratique, et même, dans une certaine mesure que nous tâcherons de déterminer, à la science positive. », in *L'évolution créatrice*, op. cit., p. 211-212.

204 Ainsi, par l'intuition la philosophie « s'installe dans le mouvant et adopte la vie même des choses » : « Quand nous remplaçons notre être dans notre vouloir, et notre vouloir lui-même dans l'impulsion qu'il prolonge, nous comprenons, nous sentons que la réalité est une croissance perpétuelle, une création qui se poursuit sans fin [...] Tout est obscur dans l'idée de création si l'on pense à des choses qui seraient créées et à une chose qui crée, comme on le fait d'habitude... Mais choses et états ne sont que des vues prises par notre esprit sur le devenir. Il n'y a pas de choses, il n'y a que des actions », in *L'évolution créatrice*, *ibid.*, ch. III, p. 240, 249 ; et « Plus nous nous habituons à penser et à percevoir toutes choses *sub specie durationis*, plus nous nous enfonçons dans la durée réelle. Et plus nous nous y enfonçons, plus nous nous remplaçons dans la direction du principe, pourtant transcendant, dont nous participons et dont l'éternité ne doit pas être une éternité d'immutabilité, mais une éternité de vie : comment, autrement, pourrions-nous vivre et nous mouvoir en elle ? *In ea vivimus et movemur et sumus* », Bergson, *La pensée et le mouvant*, Alcan, Paris, 1934, p. 176.

205 « [...] notre esprit peut suivre la marche inverse. Il peut s'installer dans la réalité mobile, en adopter la direction sans cesse changeante, enfin la saisir intuitivement. Il faut pour cela

qui enracinerait les sciences dans une métaphysique « progressive et indéfiniment perfectible ». Ainsi, selon Bergson, « Il n'existe pas de choses faites, mais seulement des choses qui se font, pas d'états qui se maintiennent, mais seulement des états qui changent. Le repos n'est jamais qu'apparent, ou plutôt relatif²⁰⁶ », philosophie dont certains auteurs n'ont toutefois pas manqué de montrer les impasses, à commencer par Bergson lui-même²⁰⁷. Quant à Whitehead, s'il est sensible également à l'idée de dynamique, il avait aussi pour ambition d'obtenir une philosophie qui puisse à la fois parler de la physique et de la relativité, de la biologie aussi, mais qui présente également de bonnes propriétés pour quiconque s'intéresserait à un point de vue moral orienté vers des perspectives religieuses. Au fond, l'auteur souhaitait redonner un statut à une forme renouvelée de la finalité dans son verbe ontologique, de sorte que s'exprimer en termes de dynamiques et de processus devenait conforme à la physique mais aussi à la question de la finalité. Ce qui « est », chez lui, ce ne sont pas des choses mais des événements ou « entités actuelles ». Une entité actuelle est un processus de concrescence, qu'on peut analyser en : « préhensions » (physiques ou conceptuelles), « forme subjective », « évaluation » et « auto-création ». D'un certain point de vue l'entité actuelle résulte des influences multiples qui s'objectivent en elle, d'un autre point de vue en les faisant passer de leur pluralité disjonctive à une unité conjonctive, modulée par référence à des idéaux (potentialités auxquelles elle aspire, à l'instar du discours doctrinal en ce qui concerne les qualités sur la loi), elle se crée comme être nouveau, dans les limites de ce que permet le réseau (*nexus*) où elle s'insère. Le schème cosmologique vise à expliquer l'émergence, au sein du devenir, de divers types d'ordre plus ou moins solidaires (« entités durables »,

qu'il se violente, qu'il renverse le sens de l'opération par laquelle il pense habituellement, qu'il retourne ou plutôt refonde sans cesse ses catégories. Mais il aboutira ainsi à des concepts fluides, capables de suivre la réalité dans toutes ses sinuosités et d'adopter le mouvement même de la vie intérieure des choses... Philosopher consiste à invertir la direction habituelle du travail de la pensée. », *La pensée et le mouvant*, *op. cit.*, p. 213-214.

206 Bergson, *La pensée et le mouvant*, *op. cit.*, p. 211.

207 Ainsi, selon lui, « Le "temps" de l'Évolution créatrice ne "colle" pas avec celui des Données immédiates. », dans un entretien de Bergson avec J. de la Harpe, 1936, cité par Y. Conry, *L'évolution créatrice d'Henri Bergson. Investigations critiques*, L'Harmattan, Paris 2000, p. 41. Y. Conry juge de même très sévèrement la façon dont Bergson traite les données scientifiques, son usage des métaphores (l'illusion cinématographique : la chronophotographie de Marey), et le caractère volontiers circulaire de sa pensée. S'appuyant sur la connaissance des cours que Bergson a suivis lors de ses études, et de ceux qu'il a donnés à Clermont (1883-89), puis au lycée Henri IV (1890-98), H. Hude affirme pour sa part que Bergson a très tôt adhéré à l'évolutionnisme, tout en conservant à l'arrière-plan la conviction judéo-chrétienne de l'existence d'un Dieu créateur : « Le problème de Dieu domine l'ensemble de l'œuvre de Bergson, du début à la fin de son existence. », *in* Bergson, T. I, *op. cit.*, p. 56. L'auteur ajoute : « Quand Bergson nous dit que « Dieu n'a rien de tout fait » (*EC*, p. 249), on a l'impression, à le lire, que Dieu est en construction et en reconstruction perpétuelle. Mais c'est là un contre-sens. Cela veut dire qu'il n'est pas inerte : il est action, c'est-à-dire, il est Esprit... », Bergson, T. II, *op. cit.*, p. 142.

[p. 309-372]

D. FONSECA

Arch. phil. droit 54 (2011)

« réseaux », « sociétés ») : l'univers « solidaire²⁰⁸ » se crée ainsi lui-même, dans une négociation toujours précaire entre l'ennui de l'uniformité et la crainte du nouveau²⁰⁹.

Mais la définition traditionnelle de la métaphysique, comme celle de l'ontologie, suppose que ce qui est proprement métaphysique est finalement une doctrine qui poserait l'antécédence du principe. Or, selon cette tradition philosophique, une ontologie du devenir devient à strictement parler impensable. En effet, il est alors présupposé dans cette tradition et tenu pour acquis que l'être ne change pas. L'être serait stable. Si c'est cela une ontologie, une ontologie du devenir comme celle que semble mettre en place la doctrine elle-même, celle-ci n'a donc aucun sens.

Selon le philosophe japonais Imamichi, la tradition occidentale peut être comparée avantageusement à celle qui est demeurée la tradition orientale. Selon l'auteur, la philosophie occidentale cherche à se représenter le monde et pour se le représenter prend une position de surplomb. Or, la meilleure position en surplomb est, à cette fin, de se mettre à la place de Dieu. La philosophie occidentale est donc sous-tendue par l'ontologie : « qu'est-ce qui est ? ». La philosophie orientale ne cherche pas tant, quant à elle, à se représenter le monde plutôt qu'à l'exprimer. Pour elle, l'inspiration vient d'« en-bas ». Le sujet connaissant est donc immergé dans son monde. Son souci est de s'occuper de ce monde-ci, qui lui est proche²¹⁰. Imamichi considère qu'il s'agit là de deux humanismes incomplets. Mais selon lui, avec le mélange des cultures depuis un siècle, des auteurs ont commencé dans l'aire occidentale à passer de la posture « être en Dieu » à « être dans le monde », et inversement pour la philosophie orientale. Il cite à cet égard un autre philosophe japonais, Okakura, dont l'influence sur Heidegger aurait été considérable, dans un ouvrage qui aurait permis de jeter un pont entre l'Orient et l'Occident dès 1906, *Le livre du thé*. Okakura écrit par exemple, à cet égard, que « l'immortalité réside dans le changement éternel », ou encore, « C'était le

208 Whitehead, *Modes of Thought*, Macmillan & Cambridge : CUP, New York, 1938, p. 12-13.

209 Sur toutes ces questions chez Whitehead, cf. G. Durand, *Des événements aux objets : la méthode et l'abstraction extensive chez Whitehead*, Vrin, Paris, 2006, 452 p., texte remanié thèse philosophie, Nantes, 2004. Selon l'auteur, en insistant sur le caractère passager de l'entité actuelle, Whitehead perdrait la continuité de l'individu. Il faut donc clarifier le statut de l'individualité, ce qui sera fait notamment par G. Simondon pour lequel il s'agit d'étudier l'ontogenèse comme devenir de l'être et genèse de l'individu. Il s'agirait donc de chercher l'individu à travers l'opération d'individuation, et non pas le principe d'individuation à partir de l'individu constitué, in *L'individuation physique et collective. À la lumière des notions de forme, Information, Potentiel et Métastabilité*, Aubier « Philosophie », Paris, 2007, 293 p.

210 « Modern Western philosophy posits being as the opposite of nonbeing, or nothingness ['ontology'], whereas Eastern philosophy begins with the concept of 'having' or 'encompassing' ['echontology']. Being and encompassing are logically different. », in *Search of Wisdom. One Philosopher's Journey*, tr. fr. A. M. E. Foster, International House of Japan, tr. angl. Mary E. Foster, *Retrospectiva et Prospectiva Eco-ethics, in Acta Institutionis Philosophiae et Aestheticae*, Tokyo, 2004, p. 122.

processus en lui-même qui était digne d'intérêt, l'acte d'accomplir et non l'accomplissement qui se révélait vital », mais aussi, « Le présent est l'infini en mouvement, la sphère légitime du relatif. Le relatif veut l'ajustement ; l'ajustement, c'est l'art²¹¹ ».

La philosophie traditionnelle, en essayant de sortir du mobilisme universel à l'aide de points d'appui permanents, prête donc le flanc à la critique. Le philosophe F. Alquié, en 1943, publie en ce sens *Le désir d'éternité*. Il soutient la thèse que ce que dit le philosophe traditionnel ne changerait jamais, vaudrait pour tous les temps et pour tous les hommes. Il considère ainsi que cette conscience d'éternité n'est « conscience que d'une absence, [...] L'idée d'éternité émane de l'attitude psychique niant le devenir, elle naît du refus du temps²¹² ». Il argumente finalement qu'il faut « tourner le dos à l'éternel » comme on tourne le dos à l'enfance, et accepter la « passion première » du temps, en laissant le devenir ouvert²¹³ : « la conscience refuse le changement et s'élève à la pensée de ce qui ne passe pas²¹⁴ ».

En outre, cette définition classique de l'ontologie repose sur un certain nombre de postulats non démontrés. Précisément, cette définition traditionnelle de l'ontologie est construite sur une conception de la métaphysique qui retient pour critère déterminant l'antécédence du principe, de son lien avec celle-ci, qui n'est pourtant pas évident²¹⁵. Il faut ajouter que cette définition repose sur la distinction sensible/intelligible, dont l'héritage semble platonicien²¹⁶. Il devrait plutôt être remplacé, selon les métaphysiciens contemporains, par celui de concret/abstrait²¹⁷. Enfin, cette définition de l'ontologie repose sur une distinction avec l'épistémologie. Ainsi, de manière plus générale, elle s'oppose au discours scientifique, au sens où celui-ci est construit sur le modèle de la corrélation et de la vérification. Il existe cependant un courant renouvelé²¹⁸, contemporain²¹⁹, de la métaphysique, qui se définit comme étant *scientifique*, c'est-à-dire encore qui rend possible l'existence d'une *métaphysique*

211 Tr. fr. C. Atlan, Éditions Philippe Picquier, Paris, 2006, 170 p., respectivement, p. 31, 48, 64-65.

212 PUF « Quadrige », Paris, 2008, p. 11.

213 Notons toutefois que dans cette généalogie du discours constitutionnaliste, on doit souligner l'opposition de F. Alquié à Bergson sur le thème de la durée qui est, selon le premier, tout simplement impensable.

214 *Le désir d'éternité*, op. cit., p. 6.

215 En effet, le lien métaphysique/ontologie n'est pas certain. Ce n'est même que de manière récente que les métaphysiciens dits analytiques ont fini par assumer l'essentialisme, in E. Garcia et F. Nef, *Métaphysique contemporaine*, op. cit., p. 26, mais aussi p. 13-14.

216 *Ibid.*, p. 18.

217 E. Garcia et F. Nef, *Métaphysique contemporaine*, op. cit., p. 19.

218 Notamment à partir des travaux du philosophe australien D. Armstrong, qui défend dans ses travaux un réalisme scientifique, scientifique en ce qu'il revendique la soumission de la métaphysique au physicalisme, in *Universals and Scientific Realism*, vol. I : *A Theory of Universals*, Cambridge UP, Cambridge, 1978.

219 On peut toutefois faire remarquer que le premier à proposer une méta-physique scientifique est Kant, mais aussi Leibniz, dans sa *Théodicée*.

matérialiste. Cette métaphysique est en partie *analytique*²²⁰. En quel sens cette métaphysique est-elle cependant encore métaphysique ?

Selon F. Nef, cette métaphysique scientifique doit être comprise comme une « métaphysique en plein exercice²²¹ ». Elle se définit donc comme étant liée concrètement à une observation rigoureuse des faits – en ce sens est-elle « en plein exercice » –. Elle n’aurait cependant pas renoncé à la catégorie de l’être – en ce sens est-elle encore « métaphysique » –, mais dans un sens renouvelé. L’oxymore « métaphysique scientifique » ne serait donc qu’apparent. Des auteurs comme C. S. Peirce²²², avant Carnap et Quine, ou encore N. Whitehead²²³, après eux, sont notamment de ceux qui ont essayé de mettre en place une métaphysique de ce type : scientifique. Peirce, à cet égard, considère qu’il y a deux sortes de métaphysiques. Il y a une métaphysique basée sur l’intuition, sur la subjectivité, et une métaphysique, qui devrait être la métaphysique de l’avenir, qui serait une métaphysique élaborée collectivement et reposant sur des critères de type vérificationniste. La première est une méta-

220 Selon E. Garcia et F. Nef, au sein de la métaphysique rénovée, qui est essentiellement analytique, il faut distinguer deux courants, ceux qui revendiquent la proximité avec la connaissance la plus commune, ceux qui comme D. Lewis proclament « que la métaphysique est bien une science et donc que la méthodologie scientifique est parfaitement suffisante. », in *Métaphysique contemporaine*, op. cit., p. 24-25.

221 E. Garcia et F. Nef, *ibid.*, p. 14. Mais aussi A. Boutot, « Métaphysique et science contemporaine », in Zarka Y.-C., Pinchard B. et al., *Y a-t-il une histoire de la métaphysique ?*, op. cit., p. 389-400.

222 Cf. par ex. C. Tiercelin, « L’influence scotiste dans le projet peircien d’une métaphysique scientifique », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, janv. 1999, n° 1, tome 83, p. 117-134. L’auteur rappelle que « le pragmatisme véhicule le plus souvent l’image d’une sorte de positivisme, mâtiné de matérialisme, associant l’action et le pratique, l’efficace et l’utile, et une hostilité franche à toute métaphysique. L’image n’est pas totalement trompeuse : ainsi Peirce rappelle-t-il en 1905 que pour un pragmatiste, « “presque toutes les propositions de métaphysique ontologique sont ou dénuées de sens, ou pur bavardage, ou bien alors absurdes” ». Pourtant, et « à l’inverse du positivisme logique dont il est proche à certains égards, le pragmatisme peircien ne frappe pas de non-sens les énoncés métaphysiques et conclut encore moins à une démarcation stricte entre métaphysique et science ». Tout au contraire, dans l’esprit de son fondateur, le pragmatisme, qui n’est certes pas une « “doctrine de métaphysique” », mais « “une méthode chargée d’établir la signification des mots difficiles et des concepts abstraits” est censée, par après, mettre en place une “métaphysique scientifique purifiée”. Loin d’être la fin de la métaphysique, le pragmatisme est l’étape nécessaire pour rendre celle-ci possible, et pour se développer en une métaphysique scientifique et réaliste. », *ibid.*, p. 117. « Scientifique ? Certes, mais pas au sens où la métaphysique se réduirait à une science positiviste ou à des méthodes de validation empirique : science positive en revanche, elle l’est bien, dans la mesure où sa tâche est d’examiner “les caractères les plus généraux de la réalité et des objets réels”. », *ibid.* À noter toutefois que selon F. Nef, le projet peircien est une résurgence ayant « vécu », in *Qu’est-ce que la métaphysique ?*, op. cit., p. 26. Ce projet d’une métaphysique est ancien, débute au Moyen Âge et continue notamment avec Leibniz, *ibid.*, p. 228.

223 Le philosophe a en effet essayé de ressaisir les bases spirituelles de notre société à partir de l’idéal de scientificité, in *La science et le monde*, Éditions du Rocher, Monaco, 1994, 239 p. Le philosophe a essayé de mettre en place à cette fin un empirisme spéculatif, in D. Debaise, *Un empirisme spéculatif, Lecture de Procès et Réalité*, Vrin « Analyse et philosophie », Paris, 2006, 192 p.

physique qui aboutit à des systèmes grandioses, mais qui ne sont pas testables. La seconde devrait aboutir au contraire à des systèmes de falsification des énoncés produits par la métaphysique. Il faut donc distinguer entre une métaphysique normative, et une métaphysique descriptive, « qui se donne pour tâche de formuler l'ontologie qui imprègne l'expérience de la réalité et qui se confond en partie avec nos schèmes conceptuels, les cadres catégoriaux les plus généraux, implicites dans notre perception et l'usage du langage naturel.²²⁴ » Cette métaphysique n'est pas cependant un mélange naïf de thèmes mathématiques avec des axiomes métaphysiques. Elle est au contraire une « métaphysique en plein exercice », c'est-à-dire une métaphysique non pas établie *a priori*, mais *a posteriori* – en ce sens est-elle renouvelée. La métaphysique renouvelée, en effet, n'est plus fixée *ab initio*. Elle ne tourne pas le dos à l'expérience. Elle vient à la fin, une fois qu'il a été possible d'enregistrer un certain nombre de déterminations. Elle se définit dès lors comme « science des présupposés ultimes²²⁵ », ou encore « métaphysique expérimentale²²⁶ ». À partir donc d'un discours descriptif, « en plein exercice », il devient possible de qualifier le tableau général ainsi obtenu. Il s'agit de caractériser ce qui est donné. Il faut donc en faire encore l'ontologie. Mais dans une perspective renouvelée, non pas au sens où l'observateur se bornerait à *accueillir* une ontologie, mais au sens où il la *construirait*. Pourtant, l'idée même de métaphysique, dans sa prétention à bâtir des systèmes qui soient hermétiques à la possibilité de leur réfutation, semble étrangère à l'idéal de scientificité. S'agit-il donc seulement de sauver le mot de « *métaphysique* » après lui en avoir ôté ce qu'il contenait traditionnellement ?

La définition de l'ontologie comme science de l'être fixe et immuable ne fournit, au fond, qu'une certaine définition de l'ontologie. Précisément, toute métaphysique, dans sa version ontologique, n'a pas forcément cette forme. Dans une optique renouvelée, la métaphysique n'a au contraire rien à voir avec l'ordre des valeurs, ni même des convictions. Elle questionne, elle inquisitionne au contraire les modes de justification et ne repose plus sur l'antécédence du principe. On a pu le constater en ce qui concerne le discours constitutionnaliste, pour sa part, sur la crise de la loi. Tout comme chez Héraclite, Whitehead²²⁷, ou encore Deleuze²²⁸, le schème de la substance est abandonnée au profit de celui d'événement, où l'être n'est plus fixé *a priori*, où l'être se définit comme *devenir*. Par conséquent, cette métaphysique, avec laquelle on pense que le discours constitutionnaliste partage un certain

224 F. Nef, *Qu'est-ce que la métaphysique ?*, op. cit., p. 69. Pour une critique, cf. encore F. Nef, *ibid.*, p. 625-626, mais aussi pour une réhabilitation, p. 626-628.

225 *Ibid.*, p. 46.

226 *Ibid.*, p. 623.

227 F. Nef, *Qu'est-ce que la métaphysique ?*, op. cit., p. 617, et 623

228 Qui, pour le citer trop rapidement, souhaite mettre en place un « penser *sub specie durationis* – une pensée ouvrière qui affirme le devenir, une pensée contemplative qui affirme l'être du devenir », in *Différence et répétition*, PUF « Épiméthée », Paris, 2000, p. 325.

nombre de traits communs, se veut encore scientifique dans ses prétentions. Proprement, elle n'a plus à accueillir une ontologie, mais a trait au contraire avec l'expérience, l'expérimentation et la vérification. C'est tout le paradoxe de cette ontologie des qualités de la loi, pour la doctrine, fournie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sans jamais que ces dernières soient pourtant atteintes. Elles ne sont pour le professeur qu'un idéal. Et tout le travail du professeur est de rechercher les conditions pour ressaisir ces qualités. L'être des qualités de la loi n'est donc plus absolu, mais *nécessairement contingent*²²⁹. Il n'est jamais fixé définitivement. Il est toujours *à venir* dans l'épreuve du procès jurisprudentiel. Le discours doctrinal appelle donc une science du jugement prudentiel, solidaire d'une ontologie de la contingence, une démarche de pensée qui consiste à suivre l'être des qualités de la loi dans sa genèse. Et quand bien même il demeure de l'idéal dans ce discours, le professeur ne semble pas le penser comme s'il possédait une antériorité par rapport à l'univers de données purement empiriques, c'est-à-dire encore du jurisprudentiel décrit par la doctrine. Il ne redouble pas cet ordre, il y participe et le construit au contraire. Le discours doctrinal semble donc bien mettre en place une forme spécifique de l'ontologie : le réalisme contingent. Ce nœud entièrement nouveau entre les modalités contraires – métaphysique et scientifique – installe, pour sa part, le discours doctrinal sur la loi dans un tout autre rapport à l'expérience du droit, un rapport qui défait simultanément les prétentions « nécessitantes » de la métaphysique classique, et le partage critique entre l'empirique et le transcendantal.

CONCLUSION

Le discours doctrinal sur la loi n'échappe pas lui-même à la perspective ontologique. Les vérités générales à propos de la loi dont il se défend ne sont plus. Elles deviennent sans cesse par le procès jurisprudentiel. Dès lors, devenir, pour la loi, c'est être. Ce qui signifie que l'identité n'est pas première, fixe et immuable. Certes, une telle identité est difficile à saisir pour la pensée puisque son être consiste à toujours devenir *autre*. En se transformant, il « reste [pourtant] en repos²³⁰ », dit Héraclite. Proprement, en devenant autre, il est lui-même. Penser le monde, les hommes, toutes choses, normes juridiques ou non, en tant que devenir, tel est donc l'enjeu premier de ce que l'on peut rassembler sous le nom de *philosophie de l'événement*. L'une des plus proches est

229 Sur le caractère nécessairement contingent des lois de la nature, cf. Q. Meillassoux, *Après la finitude, Essai sur la nécessité de la contingence*, Seuil « L'ordre philosophique », Paris, 2006, 178 p., not. p. 47. On notera que selon Empédocle, que cite Socrate, le cours du monde, le changement qui s'y opère, est le produit de deux forces contraires, l'amour et la haine, chacune des deux forces déconstruisant ce que fait l'autre, *in Fragments d'Empédocle, op. cit.*, nota introduction de J. Bollack.

230 *Ibid.*, 3e Fragment.

[p. 309-372]

D. FONSECA

Arch. phil. droit 54 (2011)

celle de G. Deleuze²³¹, qui lui-même se réclame de la démarche héracléenne²³². On soutiendra alors après Deleuze qu'il y a toujours essentiellement des *devenirs* que le professeur lit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. On est toujours au milieu d'un chemin dit Deleuze, qui mène vers « mille plateaux²³³ », sans cesse pris dans des « rhizomes²³⁴ ». Au milieu de ce chemin, quelque chose se passe, ici et là, partout et toujours. Les questions, dit encore Deleuze, sont généralement tendues vers un avenir ou un passé. Mais pendant ce temps-là, pendant que chacun tourne en rond dans ces questions, il y a des devenirs qui opèrent en silence, qui sont presque imperceptibles. On pense trop, ajoute-t-il, en termes d'histoire, personnelle ou universelle. *Devenir* est au contraire une question géographique²³⁵. C'est une question d'orientation, ce sont des directions, des entrées et des sorties. Les qualités de la loi dont il s'agit de débattre ne sont plus alors le « début de quelque chose » ou la « fin de quelque chose²³⁶ » pour le professeur. Elles sont en devenir. Ce qui explique, par contrecoup, le retard originel que ces qualités auront toujours sur elles-mêmes : à devenir, elles se différent sans cesse. Si la nature de la loi est donc de devenir, en effet, la loi ne peut être toujours qu'en retard sur elle-même. Sa crise, plus ou moins aiguë il est vrai selon les époques, est donc bien ce qui la structure fondamentalement, non pas ce qui la menace essentiellement. Proprement, la loi ne peut jamais être autre chose qu'en crise, c'est-à-dire encore en retard sur ce qu'elle est.

Le procès jurisprudentiel des qualités de la loi, mis en place par le Conseil constitutionnel, qui incessamment en relance les sentences, n'a donc pas renoncé lui-même à l'idée de nature sitôt qu'il est décrit par le constitutionnaliste. Si l'idée de nature peut aussi se comprendre non pas comme être fixe et immuable, mais comme devenir, manque de... alors l'analyse descriptive de la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est-elle pas exclue de son champ. Les qualités de la loi n'étant jamais tout à fait elles-mêmes dit la doctrine – puisqu'il s'agit toujours, pour elle, d'un idéal –, c'est-à-dire inachevées, elles sont marquées tout à la fois par la finitude de cette condition et du même coup par l'ouverture que constitue ce *manque à être*. Ces qualités sont ce qu'elles sont (au moment de la clôture de telle décision du Conseil constitutionnel) mais aussi ce qu'elles ne sont pas (qui, le cas échéant, ouvrira de nouveau la jurisprudence du Conseil) ou pas encore suffisamment (qui induit l'espace de la critique, activité proprement doctrinale). Il est donc dans l'être de ces qualités de la loi en débat de toujours manquer d'être. Ce manque d'être définit

231 Cf. A. Bouaniche, *Gilles Deleuze, une introduction*, Pocket, Agora, Paris, 2004, p. 25 et s.

232 Deleuze, *Nietzsche et la philosophie*, op. cit., ch. 1, § 10.

233 *Capitalisme et schizophrénie*, T. 2, *Mille Plateaux*, Minuit « Critique », Paris, 1980, 645 p.

234 F. Zourabichvili, *Le vocabulaire de Deleuze*, Ellipses Marketing, Paris, 96 p., V° « Rhizome ».

235 *Qu'est-ce que la philosophie ?* (avec F. Guattari), Minuit, Paris, 1992, p. 65 et s.

236 Op. cit., p. 69.

[p. 309-372]

donc la loi comme projet d'être. Un projet d'être perpétuel qui fait toujours de la loi autre chose que ce qu'elle est. Mais qui pose finalement le problème d'une théorie qui, souhaitant se prémunir de l'ontologie, la redéfinit en vérité.

Dans cette perspective, la nature actuelle de la loi telle qu'elle résulte du processus législatif, ne signifie pas que cette dernière n'a rien de naturelle, mais que le naturel qui en est la trame est un naturel frelaté, et même à la limite un naturel hors nature, en ce qu'il dément tous les thèmes de nécessité et de finalité qui avaient pris la notion de nature comme dépositaire. Si le constitutionnaliste récuse la notion de nature, c'est donc sous les airs de la nostalgie que cela s'opère. La nature de la loi existe, mais elle est privée, selon la doctrine, de tous les attributs « naturels » qui contribuaient à la rendre nécessaire. La loi ordinaire, en tant que produit de l'activité législative, si elle existe, apparaît ici non pas comme une plénitude mais comme une privation : elle désigne ce qui *manque de* « clarté », d'« accessibilité », de « normativité », etc., c'est-à-dire renvoie à un référentiel de nécessité dont ni le caractère souhaitable, ni le caractère pensable, ne sont sérieusement mis en doute par la doctrine. Ce modèle est donc profondément anti-culturaliste²³⁷. Il apparaît comme un réquisit contre la tendance du positivisme juridique, accusé de détériorer et de dissoudre les liens qui font la loi, la véritable loi. En d'autres termes, la culture étouffe la nature de la loi. Une tendance forte qui signifie la perte de l'essence de la loi, de sa nature authentique, lesquelles n'ont dû de ne pas s'exprimer directement qu'à la pression artificiellement exercée sur elles par les faits.

On peut donc conclure que si la doctrine a récusé le mot de « nature » dans son discours, il s'y trouve encore à l'état de puissant ferment, comme trace, pour employer encore le langage de Derrida. La nature de la loi, même à titre d'idéal, oblige dès lors la doctrine constitutionnaliste dans son discours, le contraint. Elle la somme de la dire « claire », « accessible », « normative », etc. Sa légalité norme par conséquent le discours du professeur, mais en un sens bien particulier. En effet, la crise inquiète la loi en la pervertissant, et l'analyse de celle-ci tente de conjurer la menace qui est en elle et qui hante la loi comme sa source étrangère. Le *logos* juridique a beau « rêver²³⁸ » que la loi pourrait être pure de toute crise, le discours doctrinal a beau jeu de croire et faire croire qu'elle peut exister hors de toute crise, elle ne cesse pourtant pas d'inclure en son for intérieur ce qu'elle veut exclure. Le discours doctrinal fait ainsi apparaître qu'il tente de s'immuniser contre ce qui structure la loi et le structure, partant, comme discours. Le discours doctrinal est donc contraint de dissimuler l'opération d'exclusion de la crise qui est, précisément, la véritable nature de la loi. En ce sens, il est contraint de s'exclure de lui-même : le discours doctrinal sur la loi s'écrit en s'immunisant de la crise, par la crise. Le discours doctrinal, orienté par la mise en œuvre de la nature de la loi est contraint de l'effacer pour mieux la laisser apparaître. C'est pourquoi le dis-

237 Cf. V. Champeil-Desplats, « Le droit, comme activité culturelle », in *Les juristes peuvent-ils désenchanter le droit*, art. cit.

238 Selon l'expression de R. Drago, in « Avant-propos », *La confection de la loi*, op. cit., p. VI.

[p. 309-372]

D. FONSECA

Arch. phil. droit 54 (2011)

cours doctrinal décrit la nature actuelle de la loi comme « inintelligible », « inaccessible », insuffisamment « normative », etc., comme une peinture fantomale sans essence et sans identité, une non-substance qui ne devrait plus ni entamer ni parasiter sa véritable présence, son authentique nature, celle-ci se donnant sous la forme de traces dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Voulant exorciser de cette manière sa crise, le discours doctrinal la fait revenir : plus il tente de faire disparaître cette crise et de l'effacer, plus cet effacement laisse des traces et fait apparaître comment la crise est la matérialisation, et de la loi, et de son discours. Ce que le professeur écrit, il le défait. À force de vouloir constituer une nature idéale de la loi, immunisé de tout dehors, de toute extériorité, c'est-à-dire encore de toute crise, le discours doctrinal révèle qu'il ne peut se passer de ce dehors qui le contamine et le parasite. Précisément, à proprement parler, si la loi était véritablement « claire », « accessible », « intelligible », « normative », elle ferait obstacle définitivement à la censure du juge constitutionnel. Le discours doctrinal se rattacherait donc à une tradition légicentriste, « tradition idéalisée²³⁹ » qu'il entendait bien pourtant dépasser. La logique d'une telle contamination systématique par la crise oblige donc à repenser son discours et montre comment le concept de crise exerce sa contrainte et sa loi sur ce discours doctrinal. Cette logique inquiète et déstabilise tout le discours doctrinal sur la loi en son existence même et dans son principe : si l'énoncé de la nature de la loi devient faux à l'instant de son énonciation, puisqu'il ne semble pas jouer le rôle du critère de vérité mais d'un idéal selon la doctrine, et donc vrai au moment où il se retire, le cœur du discours doctrinal sur la loi apparaît comme radicalement sophistique.

Au fond, le concept de crise organise et structure le discours doctrinal à son corps défendant. Cette logique est complice et solidaire de présupposés qu'on rencontre dans le discours doctrinal. Si la nature de la loi joue le rôle d'idéal régulateur, la *nature* de la loi devient imperceptiblement mais fondamentalement sa *crise*. C'est une sorte de ruse artificielle et artificieuse, par l'addition d'une technique empruntée à la légistique, pour rendre la nature de la loi présente lorsqu'elle est en vérité absente : « Les critères de la rationalité de la loi nous paraissent revêtir un caractère d'autant plus mythique que les maux qu'ils ambitionnent de corriger sont chroniques et irrémédiables [...]»²⁴⁰. La doctrine valorise et disqualifie donc à la fois le concept de crise. À la fois, c'est-à-dire dans un mouvement divisé mais cohérent qui lui permet de dire en même temps le contraire sans contradiction. Ce concept de crise va donc porter toute la texture paradoxale du discours doctrinal. À travers ce concept paradoxal et intenable de crise, on comprend comment le discours doctrinal pense à la limite du pensable la loi, puisque la logique de son discours n'obéit plus au principe rationnel du tiers-exclu : ce n'est pas sa non-contradiction qui

239 Cf. sur ce point J.-P. Maublanc, « Les nouveaux mythes constitutionnels de la rationalité de la loi », art. cit., p. 252.

240 *Ibid.*, p. 251.

[p. 309-372]

assure sa cohérence et son semblant de systématisme, mais sa contradiction. Il lui faut se contredire quant à la crise pour être cohérent dans son discours : la crise y est tout à la fois « mal » et « remède²⁴¹ ». Refuser de voir combien le discours doctrinal est constitutivement déchiré entre ce qu'il veut dire et ce qu'il dit, entre la recherche d'une nature de la loi et l'échec de cette recherche sitôt qu'elle est formulée, c'est refuser de lire correctement ce discours : réduire le discours doctrinal à des thèses et des doctrines dont l'unité ne serait jamais inquiétée ni exposée à ce déchirement. C'est se servir du nom de « discours » comme d'un prête-nom. Au moment où le discours doctrinal efface, réduit, dissimule, évite et met dehors la crise, il la réintroduit en disant que la nature de la loi n'a, en vérité, de valeur que sous sa forme asymptotique. De fait, ce discours exclut la dimension matérielle, différentielle, parasitaire de lui-même, il se trahit à ce moment et aggrave ce qu'il tente de faire disparaître. Il laisse inclure ce qu'il exclut et inscrit ce qu'il essaie d'effacer. Le discours doctrinal produit ainsi l'effet inverse de celui qu'il recherchait. Aussi claire, intelligible, accessible, qu'elle soit, la loi sera toujours en retard sur sa véritable nature. L'idéal de la loi traduit sa véritable nature qui ne peut se dire que sous la forme de la crise.

La crise de la loi n'est donc pas son supplément, son appendice, elle ne lui vient pas de dehors, n'est pas son extérieur. Elle est ce qui structure la loi. Elle lui est consubstantielle. La doctrine décrit au fond la manière dont la crise survient à l'origine, advient dès l'origine. Autrement dit, il n'y a jamais eu dans le discours doctrinal qu'un discours de crise. Une telle analyse obligerait à penser que ce discours se déconstruit comme de lui-même puisqu'il fait apparaître ce qu'il veut faire disparaître (la crise de la loi). Il produit ainsi l'effet inverse de celui qu'il disait vouloir produire. Il veut donc ce qu'il ne veut pas. En effet, non seulement la crise est première dans ce discours, mais elle se met du même coup à se multiplier et à proliférer, puisqu'il n'y a plus vraiment d'origine qui pourrait servir de référence, pour distinguer l'original de la copie, ni pour en maîtriser la prolifération. Si la nature de la loi ne peut se lire que sous les auspices d'un idéal qui, forme conceptuelle oblige, ne peut jamais se lire et se découvrir en totalité, il y a en ce sens un retard de la pureté sur l'origine, aussi infinitésimal soit-il. L'impureté devient ainsi l'origine de la loi. L'écart et le délai temporel surviennent dès l'origine. Ils diffèrent toute immédiatement. L'après vient donc avant l'origine qui, elle, survient après coup, avec un retard et un délai qui lui sont constitutifs. Cette préséance de la crise entame irréversiblement la pureté et l'originarité de la loi. Toute chronologie est inversée. De même, la hiérarchie des valeurs qui se fondait sur l'ordre chronologique l'est-elle également. La loi sera toujours inaccessible, inintelligible, insuffisamment normative, aussi proche soit-elle de son idéal. La nature de la loi aurait dû être sa condition inconditionnée, mais elle devient conditionnelle et conditionnée par sa crise. À aucun moment il ne s'agit d'affirmer qu'il n'y a

241 Pour un autre exemple sur la « fécondité » des crises en droit, cf. H. Gelas, « De la fécondité des crises. Le rôle des crises dans la construction européenne », *Droits*, 2007, n° 45, p. 35-46.

ni source, ni nature dans le discours doctrinal. Il s'agit plutôt de faire apparaître que la crise est à l'origine de l'origine, et qu'elle est toujours déjà là : elle ne survient donc pas après coup. Dès lors, plus le discours doctrinal borne ses exigences en matière de scientificité, plus il semble affecté de l'intérieur par une ontologie qu'il cherche sans cesse à évacuer. Cette ontologie ne lui est donc pas périphérique. Elle ne le menace pas depuis un lieu extérieur qui, le surplombant, serait non préhensible. Elle lui est au contraire agrégée. Le discours doctrinal sur la loi est en effet travaillé en son centre par celle-ci. Cette ontologie l'oblige donc à reconstruire incessamment son site à mesure que menacent de ruine ses fondations. C'est pourquoi, dans le même temps, et peut-être encore plus fondamentalement, ce conditionnement révèle en creux la structure positive du concept de crise dans le discours doctrinal. Elle n'y est pas seulement nommée pour être conjurée. Elle devient la solution de la maladie, comme évacuation salubre des éléments mortifères accumulés dans la loi.

Fonseca_david@yahoo.fr

