

## **Droit constitutionnel et institutions politiques ? Sur un malentendu conceptuel de la doctrine constitutionnelle française**

*Armel Le Divellec*

*Professeur de droit public à l'Université Paris-Panthéon-Assas  
Directeur adjoint du Centre d'études constitutionnelles et politiques*

Les juristes passent habituellement pour des gens sérieux et aptes à une certaine rigueur. D'autre part, les Français en général, sont volontiers qualifiés de cartésiens, les jardins à la française, avec leurs lignes droites, leurs allées impeccablement tracées, contrastent avec l'aspect irrégulier des jardins dits à l'anglaise. Et pourtant... Il est surprenant de constater à quel point la doctrine constitutionnelle française échappe à cette réputation de rigueur, en ce qu'elle travaille depuis longtemps avec, au moins pour partie, des concepts trop approximativement définis. Elle se satisfait souvent de termes flous, de termes polysémiques, qui trahissent des incertitudes de fond, proprement conceptuelles, parfois sources de graves malentendus. Une bonne illustration est fournie par le terme (et, par voie de conséquence, le concept) d'institution. Or, la chose est fort curieuse, car le concept d'institution est pourtant, à bien des égards, central et même décisif pour une science (disons plutôt : l'art scientifique) du droit, tout spécialement du droit constitutionnel.

Le problème vient de loin : dès les débuts de la Révolution de 1789, qui ouvrit la France (et, progressivement, une partie du monde) au droit constitutionnel moderne, le terme d'institution fut, d'emblée, massivement employé par les élites politiques, que ce soit dans leurs discours, leurs écrits et parfois même dans des textes officiels<sup>1</sup>. Il a été tout naturellement repris et utilisé habituellement par la doctrine constitutionnelle alors en formation puis conservé par celle-ci jusqu'à nos jours. Or, en 1954<sup>2</sup>, une réforme des enseignements juridiques a modifié l'intitulé officiel du cours dispensé en licence de droit, dénommé (depuis 1889) *Eléments de droit constitutionnel*, pour le désigner par la locution *Droit constitutionnel et institutions politiques*<sup>3</sup>. En 1997<sup>4</sup>, une nouvelle réforme a supprimé la seconde partie de cette locution, mais l'usage de parler des « institutions politiques » en lien avec le droit constitutionnel est resté.

Il convient de revenir sur le sens de la réforme de 1954 et la manière dont elle a été comprise. L'exposé des motifs du décret de 1954 n'explique aucunement l'emploi (massif) du terme *institutions* dans les nouveaux intitulés des cours. D'ailleurs, en ce qui concerne le droit constitutionnel, le nouvel intitulé n'avait été choisi qu'après de significatives hésitations : il

---

<sup>1</sup> Parmi de nombreux exemples, citons la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le Préambule de la Charte de 1814, la proclamation de Louis-Napoléon Bonaparte en janvier 1852.

<sup>2</sup> Décret n°54-343 du 27 mars 1954.

<sup>3</sup> D'autres matières virent alors également leur intitulé modifié : Histoire des institutions et des faits sociaux (à la place de l'histoire du droit), Institutions judiciaires et droit civil, Institutions internationales et Institutions financières. Plus tard, un cours d'Institutions communautaires sera créé.

<sup>4</sup> Arrêté du 30 avril 1997.

avait été même question, un instant, d'intituler le cours *Institutions constitutionnelles et politiques*<sup>5</sup>, le mot « droit » ayant même purement et simplement disparu !

Tous les (nombreux) manuels d'enseignement s'adaptèrent au nouvel intitulé mais, de manière révélatrice, certains allèrent même jusqu'à intervertir les termes. Optèrent ainsi pour le titre *Institutions politiques et droit constitutionnel* : Marcel Prélot (Dalloz, 1957, 5<sup>e</sup> éd. 1972, ouvrage continué par Jean Boulouis à partir de la 6<sup>e</sup> édition, 1975), Maurice Duverger (à partir de la 5<sup>e</sup> édition, 1960), Pierre Pactet (Masson, 1<sup>ère</sup> éd. 1969), Jacques Cadart, (L.G.D.J., 1975) et Philippe Ardant (LGDJ, 1989 – alors même que son polycopié de cours, édité chaque année depuis 1979-80 portait le titre inverse)<sup>6</sup>.

Certains continuent même à utiliser l'intitulé de 1954 après sa modification de 1997 : ainsi Jean Gicquel (qui a repris le manuel d'André Hauriou chez Montchrestien, entreprise poursuivie avec son fils Jean-Eric), Michel de Guillenchmidt (Economica, 2005) ou encore plus récemment Olivier Duhamel et Guillaume Tusseau (Seuil, 2016)<sup>7</sup>.

Cette diversité est l'indice d'une incertitude. Elle cache des ambiguïtés, en réalité même un véritable malentendu.

## I. Les justifications fragiles de la réforme de 1954

Si l'on se penche sur les justifications avancées par les auteurs de manuels et de cours sur ce changement d'intitulé de 1954, l'ambiguïté est frappante.

Maurice Duverger écrivit ainsi : « "Institutions" opposé à "Constitution" ne signifie plus désormais qu'on met l'accent sur les traditions contre le changement, sur le passé contre les réformes : mais qu'on met l'accent sur l'organisation concrète et réelle des sociétés, par opposition aux règles juridiques qu'on prétend appliquer sans y parvenir totalement. C'est un peu l'opposition du fait et du droit. (...) Or, si les phénomènes juridiques tiennent une place importante parmi les faits sociaux, ils sont loin d'être les seuls. Il faut d'ailleurs distinguer dans le droit ce qui est effectivement appliqué, et ce qui ne l'est pas. (...) On voit donc la signification exacte du terme "institutions politiques" ajouté par les nouveaux programmes au vieux vocable "droit constitutionnel". Il signifie qu'on ne doit plus se tenir désormais à une analyse juridique des institutions politiques, mais qu'on doit insérer celle-ci dans une analyse plus complète et plus large, de nature sociologique : une analyse de science politique »<sup>8</sup>.

Jean de Soto, lui, notait que le nouveau titre du cours « laisse entendre que ce droit ne résulte pas simplement de la contemplation, même critique, des textes constitutionnels, mais suppose également la connaissance des institutions politiques. »<sup>9</sup> Il ne définit pourtant pas les institutions et poursuit en parlant simplement de « la société politique », qui serait antérieure à l'Etat.

---

<sup>5</sup> Elina Lemaire, « Les "institutions politiques" en complément du droit constitutionnel ? Retour sur la réforme de l'intitulé des enseignements de 1954 », in A. Le Divellec (dir.), *Des institutions et des normes. Une question préalable pour l'analyse juridique*, Colloque du C.E.C.P., Université Paris II, 19 mai 2021, à paraître.

<sup>6</sup> Les cours polycopiés de divers professeurs prirent toutefois l'intitulé exact du décret (*Droit constitutionnel et institutions politiques*), tout comme une majorité de manuels : ainsi notamment Georges Burdeau (L.G.D.J., 8<sup>e</sup> éd 1959, 20<sup>e</sup> 1984), Raymond Barraine (LGDJ, 1956, 3<sup>e</sup> éd. 1972), André Hauriou (Montchrestien, 1966), continué par Jean Gicquel (Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd. 1975) ; Benoît Jeanneau (Dalloz, 1967, 8<sup>e</sup> éd. 1991), Charles Cadoux (Cujas, 1<sup>ère</sup> éd. 1973), Claude Leclercq (Litec, 1975). Duverger ne le reprit que brièvement (P.U.F., « Thémis », 1955) avant de l'intervertir en 1960.

<sup>7</sup> A l'inverse, en revanche, d'autres auteurs de manuels n'attendirent pas la réforme de 1997 pour se contenter du titre *Droit constitutionnel* : ainsi M. Troper et F. Hamon (qui reprenaient le manuel de G. Burdeau à partir de la 21<sup>e</sup> édition en 1988) tout comme Dominique Turpin (P.U.F., 1992).

<sup>8</sup> *Droit constitutionnel et institutions politiques*, P.U.F., « Thémis », 1955, p. 9.

<sup>9</sup> *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1<sup>ère</sup> année, Paris, Les cours de droit, 1966-1967, p. 41.

Benoît Jeanneau estimait quant à lui que « qu'en ajoutant les mots "institutions politiques" aux termes classiques "Droit constitutionnel", les auteurs de la réforme des études juridiques de 1954 n'ont pas seulement cherché à moderniser le titre d'un cours traditionnel, ils ont voulu également en modifier le contenu et les méthodes. Il s'agissait, en effet, dans leur esprit de compléter l'étude des systèmes institutionnels par un examen de leur environnement politique et social seul susceptible d'en expliquer le fonctionnement réel et les déformations. Et il faut reconnaître que cette démarche devenue familière aux constitutionnalistes français présente l'avantage de ne pas séparer le droit du fait et permet par conséquent de mieux saisir leur interaction. »<sup>10</sup>.

Léo Hamon annonçait « Notre enseignement ne portera donc pas seulement sur les règles juridiques, mais aussi sur ces choses créées par les mœurs et les usages et qui sont les institutions politiques. Et, parce qu'il ne porte que sur des institutions politiques, on comprend facilement que le droit soit lié à ce qu'on appelle la science politique. »<sup>11</sup>.

Jacques Cadart estimait que « le cours intitulé "Droit constitutionnel et institutions politiques" (les deux termes pouvant être intervertis : leur inversion est même logiquement désirable) a pour objet essentiel l'étude du gouvernement des peuples, autrement dit l'étude des institutions et des règles de droit qui régissent le pouvoir politique : la conquête du pouvoir, son exercice et sa perte et l'action sur le pouvoir de ceux qui ne l'exercent pas. C'est l'objet même de la science politique. »<sup>12</sup>.

Robert Pelloux avançait que « le titre nouveau implique orientation vers la science politique : il ne s'agit plus seulement d'étudier les dispositions juridiques relatives aux pouvoirs publics, mais de rechercher comment, en fait, elles fonctionnent ou ne fonctionnent pas »<sup>13</sup>.

Philippe Ardant, pour sa part, jugeait que « le droit constitutionnel attaché au texte de la Constitution risque de donner une vue statique, irréaliste et dans le meilleur des cas incomplète de la vie politique et constitutionnelle de la société. Ce qu'on appelle Science politique s'attache alors à étudier les facteurs extérieurs au texte que sont les religions, l'armée, les partis, les syndicats, les mentalités, le caractère des chefs, l'état de développement économique, etc... (...) Lui donnant une autre dimension, la science politique est inséparable du droit constitutionnel ; il lui sera constamment fait appel ici »<sup>14</sup>.

On le voit : les auteurs admettent que la matière s'ouvre à la science politique et, surtout, ont en commun de postuler, plus ou moins explicitement, une stricte dualité droit/politique (ou encore entre droit et fait).

Sans se situer dans une démarche radicalement différente des précités, deux auteurs importants ont tenté de préciser plus subtilement le problème.

Georges Vedel, tout d'abord, qui avait participé aux travaux de la commission préparatoire de la réforme de 1954, prenait soin en 1960, de préciser que « Sans doute ne faut-il pas attacher aux termes du règlement du Ministère de l'Éducation nationale relatif à la Licence en droit une valeur scientifique et ne convient-il pas de tomber dans de profondes méditations à propos de l'intitulé : "institutions politiques". (...) [Ce terme] marque d'abord que l'on doit insister plutôt sur les aspects concrets du droit constitutionnel que sur les théories abstraites. Il invite davantage à l'observation qu'au syllogisme. Le dictionnaire nous apprend en effet que les institutions sont des "choses établies". On pourrait dire que les institutions sont les choses de la vie sociale. Le terme d'institutions politiques nous invite à considérer la vie politique comme un objet d'étude par-delà les règles de droit qui la régissent, et auxquelles d'ailleurs elle est plus ou moins fidèle.

---

<sup>10</sup> *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Dalloz, "Memento", 8<sup>e</sup> éd. 1991, p. 1.

<sup>11</sup> *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Paris, Les cours de droit, 1968-1969, p. 18.

<sup>12</sup> *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd. 1979, p. 9.

<sup>13</sup> « Tradition et invention dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges Trotabas*, 1970, p. 393-399.

<sup>14</sup> *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Les cours de droit, 1979/80, p. 7.

Mais le terme d'institutions politiques a surtout pour objet, non point de transformer ce cours en un cours de science politique, mais de le faire déboucher sur la science politique »<sup>15</sup>.

Ainsi Vedel ne tombait pas tout à fait dans l'équation « institutions politiques = science politique ». Surtout, il affina quelque peu son propos en fin de carrière. En 1990, tout d'abord, il concluait un colloque de façon sibylline : Si « je ne pouvais simplement opposer que : "Oui, le Droit l'affirme mais ce n'est pas ainsi que les choses se passent." Je comprendrais que l'on me dise : "Ah, mais vous vous placez à un autre point de vue" -- comme le rappelait tout à l'heure Jean Rivéro --, c'est le point de vue du *Sein*, ce n'est pas le point de vue du *Sollen*. Or, nous sommes des hommes du *Sollen*.

L'ennui, c'est que je crois que, *tout de même, il y a une mutilation, une réduction des données juridiques et du Droit lui-même* lorsqu'on ne veut pas tenir compte de ce qu'à l'intérieur même de la règle de droit, l'analyse juridique est mutilée. (...) Même sur le terrain de l'analyse juridique, j'aurais pensé qu'on aurait dû davantage mettre l'accent sur le fait qu'il n'y a peut-être pas eu déchirure, qu'il y a eu transformation topologique, mais que, tout de même, le point d'arrivée est très différent du point de départ. (...) [B]ien sûr, on peut tout expliquer par la continuité mais je crois qu'il faudrait mettre aussi en relief la nouveauté non pas seulement en science politique, mais dans *un droit constitutionnel aux dimensions non mutilées.* »<sup>16</sup>.

Puis une dizaine d'années plus tard : « En effet, la grande difficulté pour bâtir une science juridique véritable, c'est-à-dire ayant un objet complexe mais homogène et un appareil méthodologique également homogène est, on le sait, qu'une connaissance totale du droit exige un discours en *Sein* et un discours en *Sollen* qui sont reliés entre eux par une série de sautilllements de l'un à l'autre dans les deux sens, sautilllements qui, évidemment, relèvent du pire empirisme ou, pis, de l'utilitarisme »<sup>17</sup>.

Ainsi, le dernier Vedel récusait une dualité droit/politique trop radicale et c'est bien à l'intérieur même de l'analyse juridique qu'il suggérait de rechercher la résolution du problème disciplinaire.

De son côté, un autre auteur éminent de la doctrine française, Georges Burdeau, le premier à avoir publié un *traité de science politique*, n'a jamais caché que la science politique était, pour lui, « seulement une méthode pour une plus fructueuse étude du droit constitutionnel, un angle de vision élargi où s'inscrivent les problèmes traditionnels du droit public »<sup>18</sup>. De même dénonçait-il la « fausse option méthodologique entre le fait ou la théorie, la vie ou la règle, le spontané ou le construit. Fausse option car il n'y a pas à choisir : le droit est un ordre et ce qu'il ordonne, c'est la vie. Etudier la règle de droit, particulièrement dans le domaine constitutionnel, c'est suivre en témoin attentif le mouvement qui n'a jamais cessé d'entraîner les sociétés politiques à s'organiser selon un certain ordre. Mais c'est aussi, pour comprendre ce mouvement, connaître les forces qui le stimulent et les figures dans lesquelles il s'inscrit.

Une telle entreprise exige évidemment qu'on élargisse le cadre de l'analyse au-delà du strict commentaire des textes. Mais elle n'implique pas cependant que l'on doive tenir pour périmé le point de vue du juriste »<sup>19</sup>. Sur ce point, il se distinguait de la majorité de la doctrine. Reste qu'il n'était pas parfaitement précis sur le concept d'*institution* : il notait par exemple qu'il ne fallait pas « exclure de l'analyse toute l'infrastructure philosophique, tout le contexte social, tous les facteurs psychologiques qui supportent, justifient et expliquent la constitution. Or, les institutions politiques ne peuvent ainsi être déracinées (...) »<sup>20</sup> – argumentation qui le

---

<sup>15</sup> *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1<sup>ère</sup> année, Paris, Les cours de droit, 1960-1961, p. 7 et suiv.

<sup>16</sup> « La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 », *RFDC*, n°1, 1990, p. 5-14 (13). Je souligne.

<sup>17</sup> « Réflexions finales », in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 256.

<sup>18</sup> *Traité de science politique*, LGDJ, t. I, 1<sup>ère</sup> éd. 1949, avant-propos, p. 8-9.

<sup>19</sup> *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 14<sup>e</sup> éd. 1969, p. 6.

<sup>20</sup> *ibid.*, p. 7.

rapprochait des auteurs cités plus haut. En somme, il utilisait comme la plupart de ses collègues juristes, le terme *institution(s)* dans un sens générique et non rigoureusement défini.

## II. Racines et surgeons du malentendu

Ironie du sort, l'avènement de la science politique en tant que discipline académique autonome, ouverte par la création des instituts d'études politiques à partir de 1945, favorisée par la création de l'Association (l'AFSP en 1949) et d'une revue (la RFSP en 1951), scellée par la création, en 1971, d'un concours d'agrégation distinct qui permettait son émancipation statutaire à l'égard du droit, a abouti, en France, à un éloignement complet, une véritable césure aujourd'hui entre juristes et politistes français. Ces derniers, désormais tout entier tournés vers une sociologie souvent radicale, ne s'intéressent plus aujourd'hui aux institutions constitutionnelles, à la problématique constitutionnelle en général. Mais qu'en est-il des juristes ? Il est frappant de constater que leur « moment politiste » venait de loin et a laissé des traces, ce passé et ce présent étant caractérisés par un malentendu ancien et persistant.

Une fois refermée la parenthèse du Second Empire qui avait mis fin à l'expérience de la première chaire de droit constitutionnel créée en 1834 (à la Faculté de droit de Paris seulement), la situation de la discipline, au début de la III<sup>e</sup> République, restait confuse. L'idée même qu'un droit constitutionnel puisse être enseigné par des juristes fut d'ailleurs contestée, en particulier par Emile Boutmy, fondateur de l'École libre des sciences politiques (le futur "Sciences Po")<sup>21</sup>. Elle s'imposa néanmoins et l'enseignement fut généralisé dans les facultés de droit à partir de 1889. Mais le périmètre de la science constitutionnelle était à ce point incertain que, de manière significative, le titre complet de la première revue juridique spécialisée, créée en 1894, sera « Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger »<sup>22</sup>. En 1902, le juriste Maurice Deslandres pouvait encore discuter de la nature même de la discipline sous un titre pouvant entretenir la confusion : *La crise de la science politique*<sup>23</sup>, alors qu'il visait bien la science du droit constitutionnel<sup>24</sup>.

Peu après, Joseph Barthélémy, qui allait passer pour l'un des plus fameux professeurs de droit public en particulier constitutionnel, pouvait écrire : « Si nous faisons seulement une étude purement juridique, si nous faisons du droit administratif, nous pourrions ne pas aller plus loin. Mais la science politique ne saurait se satisfaire des solutions juridiques : il lui faut des solutions réelles. (...) La distinction entre le droit public et la science politique est artificielle. Que serait un droit public qui ne serait pas une science des réalités ? »<sup>25</sup>.

Dans la première édition de son *Traité de droit constitutionnel*<sup>26</sup>, Barthélémy poursuit par une apologie d'une méthode centrée sur la « réalité vivante » opposée à « l'abstraction doctrinale » et conclut : « En penchant du côté d'une étude de science politique sur le gouvernement de la France, notre ouvrage n'y est cependant pas tombé. Il est bien à la fois un livre de droit constitutionnel et de science politique ».

<sup>21</sup> Sur tout ceci, v. G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes*, Presses de Sciences Po, 2011. Les réserves de Boutmy furent présentées dans plusieurs articles publiés dans la *Revue internationale de l'enseignement*, en 1881, 1884 et 1889.

<sup>22</sup> Sur cette naissance, v. A. Le Divellec, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique (1894-1914) », *R.D.P.*, 2011, n°2, p. 521-553.

<sup>23</sup> Dans une série d'articles parus à la RDP entre 1900 et 1901 puis sous forme de livre : *La crise de la science politique et le problème de la méthode*, Chevalier Maresq, 1902.

<sup>24</sup> Le texte fut commenté de façon critique et remarquable par Raymond Saleilles : « Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ? », *Revue politique et parlementaire*, t. 36, 1903, p. 91-123 (réédité chez Dalloz, coll. "tiré à part", 2012, avec un commentaire de Carlos Miguel Herrera).

<sup>25</sup> *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, Giard & Brière, 1906, p. 651.

<sup>26</sup> Dalloz, 1926 (ouvrage en collaboration avec Paul Duez), spéc. p. 6-7.

On le voit, la démarche ambiguë de 1954 venait de loin. Et elle puisait aux sources d'une conception qu'il faut bien qualifier de relativement sommaire – elle était, dès le début, faiblement argumentée – et même caricaturale, comme si droit et politique, droit et réalité devaient être considérés comme des essences pures<sup>27</sup>.

Cette conception est d'ailleurs loin d'avoir complètement disparu. On peut observer qu'elle survit, au moins implicitement, de nos jours, sous une présentation à peine différente de jadis. Ainsi lorsque bon nombre de juristes opposent encore le droit constitutionnel à la science politique ou bien la démarche normative à la démarche descriptive ou encore institutionnelle. Cette présentation duale a même été davantage accusée en raison du contexte nouveau suscité par le développement inédit en France d'une justice constitutionnelle (sous la V<sup>e</sup> République, plus particulièrement depuis 1971 comme chacun sait). Ce que certains n'ont pas hésité à qualifier de changement de paradigme a donné, il est vrai, un statut nouveau à la discipline droit constitutionnel, mieux reconnue par les autres branches du droit. Il est bien connu que c'est Louis Favoreu et son « école d'Aix-en-Provence » qui ont plus particulièrement mis en exergue ce changement résultant de l'irruption d'un juge sur le terrain du droit constitutionnel (alors qu'auparavant, ce n'était que de manière marginale que les juges ordinaires pouvaient parfois intervenir sur ce terrain). Pour autant, la valorisation nouvelle du droit constitutionnel ne s'est pas accompagnée d'une clarification de plusieurs questions centrales, en particulier le rapport au politique et le concept d'institution. Bien plus, les thuriféraires de la justice constitutionnelle ont implicitement renforcé le schème de pensée dual droit/politique et conservé les mêmes ambiguïtés que leurs devanciers sur l'usage du terme institution<sup>28</sup>.

### III. Quelques voix isolées pour lever le malentendu

Pourtant, au même moment où triomphait (dans une certaine mesure) Joseph Barthélémy, son collègue strasbourgeois Raymond Carré de Malberg n'avait-il pas superbement montré qu'avec une démarche radicalement différente, une analyse serrée et rigoureuse, assumée comme pleinement juridique, appuyée par une réflexion approfondie sur les concepts et les constructions doctrinales, on pouvait aboutir à un tableau tout à fait réaliste de l'ordre constitutionnel (il raisonnait plus spécialement sur celui de la III<sup>e</sup> République française) ? Après lui, dans les années postérieures à 1954, quelques voix éminentes de la doctrine française firent entendre un son différent quant à la « nature » du droit constitutionnel, suggérant que la nécessité alléguée (à travers le terme-paravent et jamais précisément défini d'« institutions politiques ») d'un élargissement de celui-ci à la science politique comprise comme discipline empirique et factuelle ne s'imposait pas véritablement.

Ainsi Jean Boulouis, qui avait repris le manuel de Marcel Prélot à la mort de ce dernier (1972), avait jugé bon de porter quelques inflexions à l'époque où la doctrine française était toute pénétrée de son moment politiste : « Il s'agit d'une discipline juridique, ce qui impose une méthode qui est celle du droit. En cela, le droit constitutionnel se distingue et doit continuer à être distingué de la science politique dont l'objet, la démarche intellectuelle et les

---

<sup>27</sup> L'apologie de « la réalité » ou du « droit constitutionnel vivant » (par opposition aux constructions théoriques) était d'ailleurs un lieu commun de l'entre-deux-guerres : Roger Bonnard écrit ainsi que « dans le livre de M. Barthélémy, on reconnaîtra la remarquable méthode de notre éminent maître de la Faculté de droit de Paris, M. Chavegrin, méthode qui consiste non à dédaigner les théories abstraites, mais à considérer qu'elles ne sont rien lorsqu'on les sépare des réalités qu'elles recouvrent » (Recension du livre de J. Barthélémy, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, RDP, 1907, p. 601).

<sup>28</sup> Ainsi, par exemple, à la suite de Favoreu, nombre d'auteurs croient aujourd'hui bon de distinguer le droit constitutionnel des normes et le droit constitutionnel institutionnel, comme si un tel découpage avait le moindre sens.

méthodes sont différentes. (...) L'apport de la science politique, en tant que science d'observation et d'analyse, est indispensable au constitutionnaliste qui ne peut que se louer de ses progrès car il ne peut davantage s'en passer que le pénaliste de la criminologie ou le civiliste de la sociologie. Disqualifier le droit constitutionnel au motif, qui a été avancé, que l'étude d'une constitution ne renseigne pas sur la réalité d'un régime politique alors que tel n'est pas son objet ; annoncer son déclin alors que chaque nouvel Etat a pour premier souci de se donner une constitution (...) ; croire que la science politique peut y être avantageusement substituée alors qu'elle ne saurait prétendre en assumer la fonction normative, nous paraissent autant d'idées périlleuses. »<sup>29</sup>.

Plus profondément, Charles Eisenmann fournit, selon nous, la clé décisive permettant de lever le malentendu sur la discipline droit constitutionnel. Dans plusieurs articles publiés au moment de la réforme de 1954, il avait touché avec précision le point sensible. Ainsi dans un premier passage qu'il faut citer un peu longuement : « Une opinion très courante oppose l'un à l'autre droit constitutionnel d'une part et science politique d'autre part. (...) Il y a, explique-t-on, deux façons différentes d'aborder l'étude des institutions et régimes politiques : l'une qui consiste à prendre en considération uniquement les lois qui les fixent, pour en analyser les règles, les établir, les commenter, les combiner entre elles afin d'en déduire les conséquences qu'elles incluent sans les expliciter (...). Ce serait la méthode essentiellement, purement "juridique". Elle donnerait un tableau strictement juridique des régimes politiques des Etats. A cela tendrait précisément la discipline appelée "droit constitutionnel" ; procéder de la sorte serait donc "faire du droit constitutionnel". L'autre voie, toute différente, consiste à s'appliquer à saisir avant tout la marche effective du gouvernement, ce qui impliquerait l'observation et l'analyse de l'agencement des rouages gouvernementaux proprement dits certes, mais aussi de tous les facteurs et forces quelconques qui exercent une influence sur les décisions gouvernementales (...) ; puis, après leur agencement, de leur comportement. Ainsi appréhenderait-on la réalité des institutions politiques, le gouvernement réel des sociétés, leur vie politique, leur vraie constitution. (...) Ce serait là "faire de la science politique", car tel serait l'objet caractéristique de cette discipline (...).

Ainsi donc, le droit constitutionnel s'opposerait à la science politique comme l'étude exclusive de la réglementation juridique, et avant tout législative, de l'organisation et de l'activité gouvernementales (dans ses degrés supérieurs) à celle de l'organisation et de la vie gouvernementales réelles.

L'étude des institutions politiques serait science politique si l'on s'efforce de les saisir dans leur réalité, droit constitutionnel dans la mesure où l'on étudierait seulement leur réglementation formelle préétablie.

Que penser de cette façon de définir les deux sciences et leurs rapports ? Elle ne nous paraît ni vraie en fait ni acceptable en principe.

D'abord, elle ne correspond plus du tout à la pratique scientifique actuelle (c'est elle qui importe) du "droit constitutionnel". (...)

Mais que l'on considère les ouvrages systématiques : les traités de droit constitutionnel, soit "comparé", soit "uniétatique". On n'en trouvera pas un seul qui réponde à l'idée proposée de cette discipline ; (...) tous sans exception envisagent - de façon plus ou moins poussée - l'application effective de ces règles, "la pratique politique" et le sort des constitutions, et les situent historiquement. Jamais le constitutionnaliste ne caractérisera le régime politique d'un pays à un moment donné sur la seule foi de ces textes constitutionnels (...) ; toujours, il s'assurera que la réalité correspond à ces textes (...) . En bref, lui aussi cherche à décrire la façon dont l'Etat est gouverné effectivement, à saisir son mode de gouvernement réel. (...)

---

<sup>29</sup> Nous citons d'après la 8<sup>e</sup> édition (1980) du manuel *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, § 22, p. 34-35.

La frontière réelle entre les deux disciplines ne correspond nullement à la formule alléguée ; elle n'est ni celle qui sépare règles légiférées et règles non légiférées, ni davantage celle qui passe entre règles d'un côté et faits de l'autre. (...)

La séparation prétendue entre les deux disciplines ne se réalise jamais ; n'est-ce pas au fond le signe le plus certain d'une frontière mal choisie ? (...) »<sup>30</sup>.

Le propos était limpide et la doctrine constitutionnelle française aurait été (et serait encore) bien inspirée de faire sienne ces vues judicieuses. Eisenmann ne contestait pas la possibilité de développement d'une science politique autonome à l'égard du droit mais réfutait absolument la caricature qui était faite par certains de la science du droit constitutionnel. Il prolongea sa réflexion sur le plan de la théorie du droit, notamment dans un autre puissant article<sup>31</sup>. Mais par un singulier aveuglement, la doctrine constitutionnelle de l'époque comme celle postérieure au « tournant contentieux », si prompte à revendiquer l'inspiration kelsénienne pour appuyer sa conception prétendument plus authentiquement juriste du droit constitutionnel, n'a pas su faire son profit des mises au point d'Eisenmann.

#### IV. Un intitulé en forme de tautologie ?

Si cette partie du malentendu conceptuel devrait être considérée comme résolue, une énigme subsiste : même en ayant aujourd'hui pour l'essentiel répudié son « moment politiste » symbolisé par la dénomination – trompeuse – *droit constitutionnel et institutions politiques* entre 1954 et 1997, la doctrine juridique (pas seulement constitutionnelle d'ailleurs) française continue d'employer couramment et massivement le terme d'*institutions politiques* ou de *dimension institutionnelle* dans ses analyses. Le fait-elle de manière judicieuse et réfléchie ? Il est permis d'en douter.

Notons d'abord que la doctrine française (comme d'ailleurs le personnel politique ou les commentateurs non universitaires) utilise le mot institutions (au pluriel) soit comme équivalent de régime politique (ou de système de gouvernement), ou bien même à la place du terme constitution (ce qui permet commodément à cette doctrine de taire la polysémie de ce terme). Relevons ensuite qu'elle mêle (sans avertissement) derrière le mot à la fois les organes de l'Etat et d'autres corps non étatiques qu'ils aient un rôle proprement constitutionnel (par ex. les partis politiques) ou non (les églises, les syndicats,...). Bref, un usage à la fois massif et extrêmement imprécis.

Marcel Prélot, dont on a vu qu'il s'était engagé en faveur de l'élargissement du droit constitutionnel à la science politique, n'en avait pas moins critiqué le changement d'intitulé de la discipline de 1954 : « C'est là un intitulé critiquable puisqu'il laisserait croire que les institutions politiques sont matériellement différentes du droit constitutionnel et réciproquement »<sup>32</sup>. Mais Prélot n'ira pas jusqu'au bout de sa logique et n'élaborera jamais une analyse d'ensemble de la question. Pourtant, il fut certainement, parmi les constitutionnalistes de sa génération, celui qui accorda le plus d'attention à la problématique juridique de l'institution (son cours de droit parlementaire et son manuel de 1957 en portent un peu la trace)<sup>33</sup>. Déjà avant-guerre, jeune agrégé, il avait commenté la pensée originale de la figure

---

<sup>30</sup> « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques » (1950), rééd. dans C. Eisenmann, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 237-287 (ici p. 274sq). De même son article « Droit constitutionnel et science politique » (1957), *Ecrits...*, *op. cit.*, p. 511-524.

<sup>31</sup> « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen » (1958), *Ecrits...*, *op. cit.*, p. 395-404.

<sup>32</sup> *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1957, n°36, p. 39.

<sup>33</sup> En revanche, dans son étude *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, in *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau, 1953, t. II, p 61-130 (le texte a été rédigé en 1941), spéc. p. 105-108, le concept d'institution et son utilité éventuelle pour la discipline, quoique évoqués, ne sont pas clairement établis.

imposante (quoique controversée) de celui auquel on rattache généralement toute pensée de l'institution, à savoir Maurice Hauriou. Mais sans aller jusqu'à prolonger l'œuvre du maître toulousain<sup>34</sup>.

Il est possible de suggérer que, précisément, le concept d'institution pourrait et devrait occuper une place plus importante au sein de l'analyse juridique, spécialement de l'analyse constitutionnelle, à la condition d'en préciser les contours et le rôle explicatif, de l'inscrire dans une pensée d'ensemble du droit constitutionnel et non point de se contenter d'utiliser le terme sans le définir, comme la béquille d'un discours flou.

Tout à leur euphorie face à la montée en puissance d'un juge qui contribue (parfois en apparence seulement), selon eux, à faire du droit constitutionnel une discipline juridique tout à fait comme les autres, les constitutionnalistes en sont venus, depuis les dernières décennies, à développer un discours axé sur les normes. Mais, d'un autre côté, devant l'insuffisance manifeste d'un tel discours, ils ont conservé, comme un réflexe ancien, l'usage du terme « institutions » pour, croient-ils, compléter le raisonnement « normatif » (ou normativiste). N'est-ce point un aveu d'absence de réflexion fondamentale sur les montages conceptuels élémentaires qui structurent la discipline ?

Certes, il convient toujours de le rappeler, les concepts juridiques ne sont pas des essences pures, comme les êtres réels, mais des constructions artificielles et, partant, relatives. Néanmoins, ils sont tout de même soumis à un impératif de cohérence.

Peut-être parce qu'elle est demeurée tantôt paralysée, tantôt sceptique face à la réflexion alambiquée d'Hauriou, restée à l'état d'intuition géniale mais inachevée (certains diront : inachevable), plus sûrement parce qu'à l'inverse de la doctrine allemande, elle n'aime guère ouvrir la boîte de Pandore des discussions conceptuelles, et enfin qu'elle conserve, en matière constitutionnelle tout au moins, une attitude résolument pragmatique, la doctrine constitutionnelle française continue, visiblement sans états d'âme, à employer généreusement le terme d'institutions sans chercher à clarifier avec un peu de précision leur articulation avec les normes juridiques et le droit en général.

Jean-Marie Denquin avait pourtant, voici une vingtaine d'années, signifié les limites de l'approche essentiellement (sinon, pour certains, exclusivement) normativiste, entretemps devenue dominante, du droit constitutionnel et énoncé, dans une formule percutante, « l'institutionnel prime le normatif »<sup>35</sup>. On pourrait même aller plus loin et suggérer que les deux termes ne doivent pas être opposés mais véritablement articulés : les normes juridiques ne peuvent exister sans les institutions, le droit est dans les institutions (et inversement, du moins pour partie), pas à côté d'elles<sup>36</sup>. A ce compte, les juristes français ont raison d'utiliser le terme d'institution mais ils ont tort de l'opposer à celui de droit.

Les juristes français gagneraient à laisser l'impressionnisme à son domaine d'origine, celui de la peinture, et, sur le plan de leur art scientifique, à revenir peut-être pas à l'académisme mais du moins à la ligne claire.

---

<sup>34</sup> Jean-Louis Halpérin, « Marcel Prélôt, lecteur de Maurice Hauriou : les limites d'une influence », in C. Alonso et alii (dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, P.U.A.M., 2015, p. 213-226.

<sup>35</sup> « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, vol. 32, 2001, p. 33-46 (45).

<sup>36</sup> Ce que nous avons tenté de formuler récemment : « *Ubi jus, ibi institutiones*. Du rôle décisif des institutions pour l'analyse constitutionnelle », in A. Le Divillec (dir.), *Des institutions et des normes*, op. cit. (à paraître).