



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master 2 Droit public - Philosophie du droit et droit  
politique  
Dirigé par Olivier JOUANJAN  
2022**

***L'idée de Constitution chez Martin  
Loughlin***

**Farzaneh HOSSEINI HEJAZI**

**Sous la direction de Olivier JOUANAN**



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

Année universitaire 2021-2022

Mémoire de fin d'études

Master 2 Droit public - Philosophie du droit et droit politique

---

# L'IDÉE DE CONSTITUTION CHEZ MARTIN LOUGHLIN

---

Présenté par : Farzaneh Hosseini Hejazi

Numéro étudiant : 2104636

Sous la direction de : M. Olivier Jouanjan

Août 2022



## Résumé

Sous l'influence du normativisme dominant dans la doctrine anglaise du droit public, la constitution est généralement appréhendée comme un ensemble de normes. Dans le cadre de sa théorie de droit public comme droit politique (*Political jurisprudence*), Martin Loughlin avance une autre conception de la constitution, une conception proche du sens ancien de la constitution en tant que mode d'être politique de chaque société politique particulière. La conception loughlinienne de la constitution se fonde sur sa notion de droit politique. Selon cette perspective, le droit n'est pas le contrepied du politique et la constitution n'est pas une norme juridique qui serait censée faire barrière à la politique. La politique et le droit sont profondément interconnectés, la constitution étant le lieu où la politique et le droit se meuvent, dans un rapport dynamique et réciproque, en tant que les manifestations du mode d'être politique d'une société. La constitution n'est non seulement pas un frein au pouvoir, mais paradoxalement, elle est le processus qui l'engendre.

**Mots-clés :** Constitution, constitutionnalisme, anti-normativisme, droit politique, État, gouvernement, pouvoir constituant

## TABLE DES MATIÈRES

Introduction .....	1
Première partie - Constitution comme norme juridique .....	7
Chapitre I - Constitutionnalisme juridique, Constitutionnalisme politique .....	9
Chapitre II - La constitution comme loi fondamentale.....	14
A. La loi fondamentale .....	14
B. Le pouvoir judiciaire, gardien de la liberté : le constitutionnalisme du common law .....	19
Chapitre III - La doctrine du <i>Rule of law</i> .....	22
Deuxième partie - Constitution comme mode d'Être politique .....	26
Chapitre I - Constitution comme source de pouvoir .....	27
Chapitre II - Constitution d'État, constitution de gouvernement.....	34
Chapitre III - Le pouvoir constituant .....	41
A. Le constitutionnalisme et la démocratie .....	42
B. Le paradoxe du pouvoir constituant .....	45
Conclusion .....	54
Bibliographie .....	60

# INTRODUCTION

Pour quiconque intéressé par la théorie du droit public, ou la théorie du constitutionnalisme, l'œuvre de Martin Loughlin, professeur de droit public à LSE (*London School of Economics*), est devenu de nos jours incontournable.

Loughlin fait partie d'une tradition académique en Angleterre qui s'est formé avec la création de la science politique moderne en Angleterre et qui a été développé et continué par les politologues et les constitutionnalistes au sein de l'école LSE. Ce courant, nommé par ses adeptes « le modernisme juridique », se distingue de la doctrine traditionnelle du droit par son approche différente de l'étude du droit public et du système constitutionnel britannique<sup>1</sup>.

Les écoles traditionnelles du droit, dont les plus connues sont les écoles de Cambridge et Oxford, suivent la tradition pédagogique à partir du *Common law*, c'est-à-dire de l'enseignement du droit fondé sur l'étude de la jurisprudence britannique et de la doctrine des grands juristes. Dans le domaine de droit public, cela se traduit par une fidélité aux thèmes traditionnels du constitutionnalisme anglais, ainsi qu'ils ont été progressivement développés par les grands juristes depuis le 17<sup>ème</sup> siècle, tel que Coke, Blackstone et finalement Albert V. Dicey. La doctrine de la souveraineté du Parlement (*Parliamentary Sovereignty*), la doctrine du *Rule of law*, l'absence de distinction entre le droit privé et le droit public – qui a été déduit par Dicey du principe de l'égalité devant la loi selon sa formulation du *Rule of law* –, et la doctrine du *Judicial Review* (le pouvoir judiciaire comme interprète final de la règle du droit et gardien des libertés anciennes) sont plus ou moins les composantes de ce traditionalisme.

Étant donné que les juges et les juristes ont traditionnellement fait partie de la classe privilégiée de la société anglaise, ils ont été associés au conservatisme politique. Ce qui

---

<sup>1</sup> Sur l'histoire du modernisme en droit public britannique et ses fondateurs, Laski, Jennings et Griffith, voir : Séminaire du Professeur Martin Loughlin à la faculté de droit d'Édimbourg (McCormick Fellow Seminar), février 2019, accessible à : [https://www.youtube.com/watch?v=XMsBm5jbW-4&ab\\_channel=EdinburghLawSchool](https://www.youtube.com/watch?v=XMsBm5jbW-4&ab_channel=EdinburghLawSchool)

a valu à leur doctrine constitutionnelle d'être considérée par les politologues et des juristes de tendance socialiste comme une idéologie politico-juridique qui renforce les privilèges de classe. Pour les modernistes de LSE – héritiers de ce courant critique<sup>2</sup>–, le traditionalisme véhiculé encore de nos jours les idées politiques héritées du libéralisme classique, notamment la croyance en le rôle primordial des juges et des juristes afin de sauvegarder les droits et les libertés anglais face au danger d'un État interventionniste et des éventuels abus du pouvoir exécutif. En conséquence, un des points de divergence entre les deux courants de pensée a été leur position à propos de la *Judicial Review* et le rôle privilégié et autoproclamé des juges pour désigner ce qui compte comme une règle constitutionnelle, puisque le Royaume-Uni n'a ni une constitution écrite, ni une instance suprême d'interprétation constitutionnelle.

De point de vue méthodologique, le modernisme diffère de l'approche traditionnelle au droit en ce que les modernistes pensent que le meilleur moyen de connaître un régime politique et sa constitution est de commencer à partir des faits politiques. Pour définir ce qui fait partie d'une constitution, il convient d'observer comment les pouvoirs sont réellement organisés et comment le régime politique fonctionne, au lieu de maintenir une approche idéologique qui consiste juste à véhiculer les mêmes mythes juridiques. Une ébauche de cette idée avait été annoncée au 19<sup>ème</sup> siècle dans l'œuvre de Walter Bagehot, essayiste et journaliste politique qui attira l'attention sur la distinction des dimensions cérémonielles et mythologiques de la Constitution britannique des mécanismes réels du système politique<sup>3</sup>. L'idée est plus tard reprise avec la naissance en Angleterre de la science politique au tournant du siècle, dont les pionniers comme Ivor Jennings et Harold Laski influencent l'apparition de l'école moderniste de LSE par leur

---

<sup>2</sup> Il est intéressant de noter que la LSE a été fondée en 1895 par la société Fabienne, un cercle intellectuel de centre-gauche de fin du 19<sup>ème</sup> siècle.

<sup>3</sup> Dans son célèbre essai *The English Constitution*, Bagehot propose une distinction entre la constitution « solennelle » (*the dignified constitution*) d'un côté et la constitution « efficace » (*the efficient constitution*) de l'autre. La première consiste dans les aspects anciens, complexes et cérémoniels qui visent à impressionner le peuple et à assurer leur loyauté et la deuxième contient les aspects simples, modernes et efficaces qui gouvernent le peuple et qui sont les aspects par lesquels la constitution fonctionne en réalité (*those by which it, in fact, works and rules*). Voir : BAGEHOT Walter, *The English Constitution*, Ithaca, N.Y. : Cornell University Press, 1966, p. 61 et l'introduction de R.H.S Crossman à cette édition, p. 15-26 ; LOUGHLIN Martin, *The British constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p.54.

approche scientifique – fondée sur l’observation des faits politiques réels – de l’analyse de la constitution britannique.

John A.G. Griffith, le maître de Loughlin et son prédécesseur à la chaire de droit public de l’université LSE se situe dans la même lignée. Il applique cette méthode d’analyse constitutionnelle spécifiquement au domaine de la science du droit public<sup>4</sup>. Griffith considère également qu’il convient de se focaliser sur le fonctionnement réel du mécanisme politico-juridique. Dès lors, dans ses cours et dans ses écrits, il promouvait, selon la formule de Loughlin « une étude juridique interdisciplinaire fondée sur l’observation des faits empiriques »<sup>5</sup>. Dans son célèbre article *The Political Constitution*, se positionnant contre le gouvernement des juges, l’idée d’une autorité morale des gouvernants, la réduction de la politique au droit et l’occultation des réalités politiques et des privilèges de classe par le recours aux catégories juridiques<sup>6</sup>, il annonce d’une certaine manière la méthode de la *Political Jurisprudence* de Loughlin.

Cette querelle méthodique en droit constitutionnel anglais constitue le point de départ de celui-ci. Loughlin commence son parcours par la publication d’une étude sur le droit du gouvernement local en Angleterre en 1996, intitulé *Legality and locality : the role of law in central-local government relations*, au cours duquel il commence à remarquer l’insuffisance de l’approche traditionnelle dans le droit administratif. Ce qui l’incite à approfondir sa recherche sur les deux styles de pensée en droit public anglais – le normativisme (qui correspond plutôt au traditionalisme) et le fonctionnalisme (qui correspond plutôt au modernisme) – et les idées politiques sous-jacentes à ces deux approches. Avec la publication de *Public law and Political Theory* en 1992, Loughlin prend définitivement position contre le normativisme, et se fait connaître comme un des défenseurs du fonctionnalisme en droit public.

Après *Public law and Political Theory*, Loughlin consacre son livre suivant à la critique de l’idée sous-jacente à la conception normativiste (légaliste) du

---

<sup>4</sup> À propos de l’apport de J.A.G Griffith, voir la nécrologie de celui-ci par son disciple : LOUGHLIN Martin, « John Griffith obituary », *The Guardian*, 25 mai 2010, [consulté le 1 février 2022], accessible à : <https://www.theguardian.com/education/2010/may/25/john-griffith-obituary>

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Voir : GRIFFITH J.A.G., « The Political Constitution », *Modern Law Review*, Wiley, 42, 1979.

constitutionnalisme qui marque la pensée du droit public, c'est-à-dire l'idée de l'antagonisme entre le droit et la politique. Dans *Swords and Scales*, publié en 2000, il soutient la thèse de l'interconnexion du droit et de la politique, à l'encontre de l'idée traditionnelle selon laquelle le droit est censé faire barrage aux abus du politique.

Ces deux études ouvrent la voie à la publication des deux œuvres les plus influentes de Loughlin, *The Idea of Public Law*, publié en 2003, et son *opus magnum*, *Foundations of Public Law*, publié en 2010. Les deux livres traitent du même sujet – la notion de droit public – et font partie du même projet, car dans *Foundations*, Loughlin reprend les thèses défendues dans *Idea* et en approfondit les théories. Les deux livres ont engendré de nombreuses discussions, puisqu'ils ont ouvert de nouvelles voies dans les études théoriques du constitutionnalisme et du droit public, notamment dans le monde anglo-saxon. La thèse principale de Martin Loughlin, l'idée de droit public comme droit politique, voit le jour dans ces deux œuvres. Thèse qu'il n'a cessé de défendre, d'élucider et de développer jusqu'à aujourd'hui, avec la publication de nombreux articles traitant des différents aspects du droit politique.

En 2017, Loughlin publie le recueil d'articles intitulé *Political jurisprudence*. Le choix de ce terme est édifiant, puisqu'il introduit cette expression empruntée à Martin Shapiro<sup>7</sup>, comme la nouvelle dénomination en anglais pour « droit politique ». Son dernier livre intitulé *Against Constitutionnalism*, qui vient d'être publié en août 2022, est consacré à la critique de la conception contemporaine du constitutionnalisme, associée selon lui à l'idéologie néolibérale mondialiste, et à la défense de la démocratie constitutionnelle comme alternative. Parmi ses œuvres, son manuel sur la Constitution britannique, intitulé *The British constitution : a very short introduction* (2013)<sup>8</sup> permet de le voir appliquer sa théorie de droit public et de constitution sur l'analyse de la constitution britannique.

Le droit politique – *Political Jurisprudence*– de Loughlin consiste à voir le droit public comme un aspect du domaine politique<sup>9</sup>, un type de discours politique, et non pas,

---

<sup>7</sup> Voir : SHAPIRO Martin, "Political Jurisprudence", *Kentucky Law Journal*, 52,1963-1964, n°2, p. 294-345, p. 294.

<sup>8</sup> Ce livre a été publié dans la collection « Very short introduction » aux éditions de l'Université d'Oxford.

<sup>9</sup> "Political jurisprudence is an aspect of human experience called 'the political'". LOUGHLIN Martin, *Political jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 1.

comme le positivisme qui a dominé la science juridique depuis la Seconde Guerre mondiale l'a défini, comme une discipline appartenant au domaine autonome du droit. Pour Loughlin, la *Political jurisprudence* est seule capable de rendre compte de l'objet du droit public, qui est l'activité de gouverner (*governing*)<sup>10</sup>. La différence entre le droit public et les autres branches du droit vient du fait que le droit public a pour objet la politique, l'activité gouvernementale et le cadre dans lequel ces activités sont poursuivies, c'est-à-dire l'État moderne. En conséquence, définir le droit public comme une des catégories du droit est une réduction inadaptée qui conduit à l'occultation des notions fondamentales qui le composent, tels que la souveraineté, la politique, le pouvoir constituant, etc. Il faut reconnaître la « pureté » du droit public, en ce sens qu'il faut reconnaître que le droit public n'est pas une des branches du droit, mais un domaine autonome qu'il convient d'aborder selon une méthode distincte<sup>11</sup>.

Afin de défendre cette thèse, la méthodologie de Loughlin consiste à suivre l'évolution historique des notions, et à mobiliser les analyses et les thèmes relatifs à ces notions, dans l'œuvre des théoriciens du droit constitutionnel, les philosophes politiques – surtout les philosophes politiques du 16<sup>ème</sup> au 18<sup>ème</sup> siècles – et les sociologues.

L'étude de la théorie de constitution qui peut être dégagée de l'ensemble de son œuvre, est l'objet de ce mémoire. Étant donné que la notion centrale du projet de Loughlin est le droit public, et qu'il ne fait allusion à son idée de la constitution qu'à l'occasion de l'analyse des notions corrélatives, – tel que le constitutionnalisme, l'État de droit, le pouvoir constituant, la loi fondamentale, – la difficulté principale de notre étude a été de bien appréhender et d'interpréter correctement le sens de ses analyses pour en dégager une théorie cohérente de la constitution. L'idée loughlinienne de la constitution ne peut être comprise qu'à la lumière et dans le contexte de son idée majeure de l'interconnexion du droit et de la politique. Ceci a dicté notre problématique, qui sera donc : Étant donné que Loughlin voit le droit politique qui dicte le mécanisme de l'État moderne comme la manifestation de l'interconnexion du droit et de la politique, quelle est son idée de la constitution ?

---

<sup>10</sup> LOUGHLIN Martin, *The Idea of public law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 5.

<sup>11</sup> "The pure theory is a theory of public law understood as an autonomous subject operating in accordance with its own distinctive method". *Ibid.*, p. 153.

En accord avec le point de départ de Loughlin qui est la critique de la notion normativiste de la constitution, la première partie de ce mémoire est consacrée à l'examen des idées que Loughlin désigne parmi les composantes de cette conception, et les critiques qu'il leur adresse, ouvrant la voie à une conception alternative de la constitution.

Dans la deuxième partie, nous avons tenté d'organiser les analyses critiques de Loughlin, et de trouver la cohérence entre ces analyses, afin de dégager finalement la conception de la constitution qui correspondrait le plus à sa pensée. Il convient de signaler enfin que l'idée de constitution qu'on impute à Loughlin dans ce mémoire, ne sera bien évidemment qu'une des plusieurs interprétations possibles de son œuvre.

# **PREMIÈRE PARTIE - CONSTITUTION COMME NORME JURIDIQUE**

Nous vivons dans une ère de constitutionnalisme. Avoir une constitution qui encadre les pouvoirs des gouvernants en vue de garantir la liberté des citoyens est de nos jours un des critères pour juger de la légitimité d'un système politique. Le constitutionnalisme, de même que la démocratie et l'État de droit, jouit d'un statut de valeur politique. Cet état des choses résulte du bouleversement progressif mais radical de la façon de légitimer l'autorité gouvernementale qui s'est produit en Europe, du 16<sup>ème</sup> au 18<sup>ème</sup> siècles, se manifestant ultimement dans les deux révolutions américaine et française. Pour la première fois dans l'histoire du monde, les révolutionnaires américains et français, sous l'influence du contractualisme, ont conçu le rapport entre les gouvernants et le peuple comme un rapport juridique, avec la constitution qui est conçue comme le texte du contrat conclu.

C'est dans ce sens que la discipline du droit public perçoit la constitution. La constitution est vue comme le sommet de la pyramide des normes et comme le texte qui contient toutes les règles relatives à la validité des autres règles. Le critère ultime, pour nous dire ce qui est une règle juridique et ce qui ne l'est pas. Cette approche positiviste de la constitution est la conséquence de l'idée moderne selon laquelle le pouvoir politique n'est légitime que s'il a sa source dans la volonté du peuple et qu'il est exercé avec le consentement du peuple.

Martin Loughlin choisit comme point de départ la critique de cette vision de la constitution en tant que norme juridique supérieure. Dans cette première partie, nous allons examiner ce que Loughlin compte parmi les composantes de la conception normativiste de la Constitution et les critiques qu'il en fait. Il est nécessaire, en premier lieu, de dessiner les contours du débat contemporain entre le « constitutionnalisme politique » et le « constitutionnalisme juridique » dans le monde anglo-saxon pour comprendre la critique de Loughlin envers le normativisme (Chapitre I). Nous

examinerons par la suite la manière dont Loughlin décompose les idées qui construisent l'idée de la constitution comme norme juridique (Chapitre II). Finalement, nous allons voir le rôle spécial que le pouvoir judiciaire tient dans l'imaginaire du constitutionnalisme juridique et la position de Loughlin à cet égard (Chapitre III).

## Chapitre I - Constitutionnalisme juridique, Constitutionnalisme politique

Normativisme, légalisme libéral, légalisme constitutionnel : ce sont les expressions employées par Loughlin pour désigner la manière dont la plupart des juristes anglais conçoivent le droit public, la constitution et le constitutionnalisme. Les trois expressions sont successivement employées dans l'ordre chronologique, dans *Public law and Public Theory* (1992), *Swords and Scales* (2000), *The Idea of Public Law* (2003), dans le cadre de ses efforts afin d'éclaircir conceptuellement la notion même de droit public. Nous allons dès lors employer l'expression de « constitutionnalisme juridique » pour référer à cette notion, en précisant qu'elle est désormais courante dans la littérature des études constitutionnalistes anglophones, en particulier après la publication du *Political Constitutionalism* (2007) de Richard Bellamy.

Dans ce livre, le politologue anglais élabore une critique du constitutionnalisme juridique et défend à son encontre un constitutionnalisme politique en lien avec sa théorie politique du républicanisme. Selon Bellamy, le constitutionalisme juridique se fonde sur deux affirmations majeures. En premier lieu, les constitutionnalistes juridiques affirment : « qu'il est possible d'arriver à un consensus rationnel sur les résultats substantifs auxquels une société engagée envers les idéaux démocratiques d'égalité doit accéder. Ces résultats sont exprimés en termes de droits de l'homme et doivent former *la loi fondamentale* d'une société démocratique. La seconde affirmation est que la procédure judiciaire est beaucoup mieux équipée que le processus démocratique pour discerner ces résultats »<sup>12</sup>.

À l'opposé du constitutionnalisme juridique, les constitutionnalistes politiques estiment, premièrement, qu'il est impossible de s'accorder sur ce qui est le bien substantif à réaliser dans la société et que « les résultats substantifs d'une société engagée envers l'idéal de l'égalité ne peuvent être l'objet d'un accord »<sup>13</sup> ; deuxièmement, que la

---

<sup>12</sup> BELLAMY Richard, *Political constitutionalism : a republican defence of the constitutionality of democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 3.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 4.

prétention selon laquelle le pouvoir judiciaire, vu son impartialité, est plus légitime ou plus efficace que le processus démocratique pour résoudre ces désaccords est fautive<sup>14</sup>.

Ensuite, Bellamy identifie les idées sous-jacentes au constitutionnalisme politique :

« Premièrement, une constitution offre une réponse aux « circonstances du politique »<sup>15</sup>. C'est-à-dire, les circonstances dans lesquelles nous sommes en désaccord à l'égard du bien et du mal, tandis qu'on a besoin d'une décision collective à leur égard. Par conséquent, la constitution ne peut être pas vue comme une loi fondamentale ou une norme ; elle nous offre simplement un cadre pour résoudre nos désaccords politiques. Deuxièmement, la constitution est plutôt identifiée avec le système politique qu'avec le système juridique, et particulièrement avec les différentes manières d'organiser et de diviser le pouvoir. Troisièmement, le constitutionnalisme politique s'appuie sur un domaine d'étude interdisciplinaire entre le droit public et la science politique, ce que Martin Shapiro [et Martin Loughlin] appellent « *Political jurisprudence* »<sup>16</sup> qui conçoit le droit comme un phénomène autant politique que le processus démocratique. Finalement, le constitutionnalisme politique nous donne « un récit normatif du système politique démocratique »<sup>17</sup>.

Cette façon de comprendre la politique et le rôle de la constitution dans la conduite politique nous donne une conception différente de la constitution qui peut paraître étrange tant que l'idée de la constitution comme norme juridique semble inhérente à l'approche française du droit public. Alors que Bellamy équivaut la constitution au processus démocratique : « Selon cette conception politique, le processus démocratique est, en lui-même, la constitution »<sup>18</sup>. L'autre facette du constitutionnalisme politique, qui est l'hostilité générale de ce courant à la constitutionnalisation, particulièrement à la constitutionnalisation des droits, résulte de cette équivalence. Ainsi que l'explique Marco Goldoni, professeur à l'université de Glasgow :

« Il n'y a pas de place pour une loi ou une norme supérieure (une constitution juridique) au sein du constitutionnalisme politique. Si la démocratie est un processus

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 107–118; WEALE Albert, *Democracy*, Basingstoke, Macmillan, 1999, pp. 8–13 ; cité par Bellamy, *op.cit.*, p.5.

<sup>16</sup> Voir : n°7.

<sup>17</sup> BELLAMY Richard, *op. cit.*, p. 5.

<sup>18</sup> *Ibid.*

politique fondé sur le principe selon lequel tous les citoyens sont sur un pied d'égalité pour décider des affaires communes, alors n'importe quelle contrainte ou limite imposée au moyen des instruments juridiques apparaît comme illégitime et arbitraire à l'égard des futures générations. Pire, la constitutionnalisation est identifiée à un processus qui renforce les élites ou perpétue le pouvoir des groupes sociaux qui craignent de perdre la haute main dans le futur »<sup>19</sup>.

Cette distinction entre le constitutionnalisme politique et le constitutionnalisme juridique nous permettra de mieux concevoir le point de vue de Loughlin. Bien que Loughlin ne s'identifie pas exactement comme un constitutionnaliste politique, son idée de la constitution a plusieurs affinités avec le constitutionnalisme politique. Loughlin, comme il l'explique dans une discussion avec Paul Tierney et Neil Walker<sup>20</sup>, a commencé son œuvre théorique en étudiant les différentes perspectives sur le droit public dans l'histoire du droit anglais. Dans *Public law and Political theory*, publié en 1992, Loughlin prend position contre ce qu'il appelle le « normativisme conservateur » dans la théorie du droit public (théorie constitutionnelle) en Angleterre et défend, à contresens, le fonctionnalisme. Dans le vocabulaire de Loughlin, le fonctionnalisme, se définit comme une approche qui « voit le droit comme une partie de l'appareil gouvernemental et qui se concentre plutôt sur les fonctions de facilitation et de régulation du droit »<sup>21</sup>. L'adversaire du fonctionnalisme est le normativisme qui serait à la source de la mauvaise appréhension des objets de la science de droit public. Le normativisme n'est pas capable de rendre compte de l'objet principal du droit public, c'est-à-dire l'activité de gouverner (*governing*), puisque cette approche en droit public, ainsi que l'écrit Loughlin : « est enracinée dans l'idée de la séparation des pouvoirs et le besoin de subordonner le gouvernement au droit. Cette approche souligne la nature conceptuelle du droit, qui est orientée vers les règles. Le normativisme reflète essentiellement l'idéal de l'autonomie du droit »<sup>22</sup>. Par rapport à la question de la liberté, « le normativiste voit la liberté comme

---

<sup>19</sup> GOLDONI Marco, « Two internal critiques of political constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2012, n°4, p. 936.

<sup>20</sup> Vidéo disponible sur la chaîne Youtube de la faculté de droit d'Edinburgh intitulé : « *McCormik conversations : Prof Martin Loughlin* », à l'adresse : [https://www.youtube.com/watch?v=67jg9eL-Ig&list=TLPQMDgwODIwMjloaAtwMsqW\\_Q&index=1&ab\\_channel=EdinburghLawSchool](https://www.youtube.com/watch?v=67jg9eL-Ig&list=TLPQMDgwODIwMjloaAtwMsqW_Q&index=1&ab_channel=EdinburghLawSchool), consulté le 8 août 2022.

<sup>21</sup> LOUGHLIN Martin, *Public law and political theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 60.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 59.

l'absence de contraintes extérieures, alors que le fonctionnaliste voit la liberté comme une capacité concrète pour faire quelque chose ou prendre plaisir à quelque chose »<sup>23</sup>.

Dans *Swords and Scales*, Loughlin s'en prend cette fois au « légalisme/juridisme libéral (*liberal legalism*). Le choix de ce terme montre l'influence d'une des critiques classiques de la science politique envers la tendance des juristes à *usurper* l'activité politique, dont l'une des formulations les plus renommées est faite par Judith Skhlar dans son *Legalism*<sup>24</sup>. *Swords and Scales* est dédié à la critique du rapport d'antagonisme que le légalisme établit entre la politique et le droit. Alors que pour Loughlin, le droit et la politique sont interconnectés et ils agissent de concert<sup>25</sup>. Ce thème va être plus tard le fondement de sa théorie du droit politique.

Loughlin continue de développer ce thème dans *The Idea of Public Law*. Dans *Idea*, il part de la critique de ce qu'il nomme, cette fois, « le légalisme constitutionnel (*constitutional legalism*) » dans la pensée constitutionnelle anglaise. Ces critiques ouvrent la voie à une notion alternative de constitution, dont les éléments nous permettent de ranger Loughlin plutôt dans le groupe des constitutionnalistes politiques.

Toutefois, il est important de noter que les critères du constitutionnalisme politique ne font pas l'objet d'un consensus. Par exemple, selon l'analyse de Goldoni, une idée composante du constitutionnalisme politique est que la démocratie est auto-constitutive, c'est-à-dire qu'elle n'exige aucune norme supérieure. Il s'ensuit donc que le constitutionnalisme politique « ne prend pas en charge l'idée du pouvoir constituant. En effet, l'idée de la politique qui est au cœur de cette approche ne laisse pas de place à la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué. Puisque la démocratie est un processus, elle s'auto-régule en vertu du déploiement de sa propre logique »<sup>26</sup>. Alors que pour les constitutionnalistes politiques, la démocratie est l'équivalent de la constitution et qu'il n'y a donc aucune utilité à distinguer le pouvoir constituant, c'est-à-dire la voix du peuple, d'un quelconque pouvoir constitué, Loughlin articule sa notion de constitution en posant le pouvoir constituant et son rapport avec le pouvoir constitué au centre de son

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>24</sup> SHKLAR Judith N., *Legalism*, Cambridge : Massachusetts, Harvard University Press, 1986.

<sup>25</sup> Voir: LOUGHLIN Martin, *Sword and Scales*, Oxford, Portland, Hart, 2000.

<sup>26</sup> GOLDONI Marco, *op. cit.*, p. 936.

analyse<sup>27</sup>. Il est probable qu'en tant que juriste, Loughlin ne peut pas ignorer la facette normative et juridique de la constitution. Comme nous le verrons dans la seconde partie, il tente de réconcilier les deux aspects juridique et politique de la constitution en situant le concept de droit politique au centre de leur rapport.

L'étude de l'ensemble de l'œuvre de Loughlin nous a permis de dégager les idées centrales que celui-ci attribue au constitutionnalisme juridique. Il est possible de les regrouper dans deux catégories distinctes, la notion de la constitution en tant que norme ou loi fondamentale (Chapitre II), et l'idée du pouvoir judiciaire comme gardien de la liberté en tant que le détenteur du monopole de l'interprétation constitutionnelle (Chapitre III).

---

<sup>27</sup> Voir : partie II, chapitre III.

## Chapitre II - La constitution comme loi fondamentale

Une partie de l'analyse de Loughlin consiste à décrire comment la constitution en est venue à être comprise comme une norme. À cette fin, il analyse la transformation du sens de la constitution en tant que loi fondamentale depuis l'avènement de la modernité (A). En deuxième lieu, il critique l'idée du pouvoir judiciaire comme le gardien de la liberté (B).

### A. LA LOI FONDAMENTALE

La première idée que Loughlin considère comme inhérente au constitutionnalisme juridique est l'idée de la constitution moderne en tant qu'une « Loi fondamentale (*Fundamental law*) »<sup>28</sup>, c'est-à-dire la conception de la constitution comme une norme ou une règle juridique qui est censée régir et ordonner toutes les actions et les décisions des gouvernants.

Loughlin prétend que l'idée que la constitution est 'la' Loi fondamentale existait depuis le Moyen-Âge ; mais le constitutionnalisme juridique et son approche normativiste a foncièrement changé la nature de la loi fondamentale. D'après l'ancienne conception – la constitution comme les lois, traditions et pratiques qui construisaient le corps politique – la constitution était bien évidemment « la loi fondamentale ». Mais dans cette vision du monde, la constitution n'était pas considérée comme un instrument construit par les hommes et la Loi fondamentale était l'expression des croyances traditionnelles à propos de l'ordre naturel des choses. Avant la rupture effectuée par le normativisme des Temps modernes, la loi fondamentale était moralement et politiquement contraignante. Autrement dit, le respect de la loi fondamentale était une obligation morale et religieuse pour les gouvernants<sup>29</sup>.

Dans la conception moderne, au contraire, la constitution en tant que loi fondamentale implique juste que la constitution écrite pose les règles fondamentales de

---

<sup>28</sup> LOUGHLIN Martin, *The Idea of public law, op. cit.*, p. 47.

<sup>29</sup> LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 288.

législation, soit un ensemble de règles qui ne peuvent être amendées par les procédures ordinaires de législation<sup>30</sup>. Ainsi, la constitution est comprise comme un ensemble de normes qui règlent le rapport entre les institutions gouvernementales et les citoyens ou le rapport entre les institutions gouvernementales.

Loughlin retrace la genèse des préceptes du constitutionnalisme moderne dans les théories contractualistes qui ont contribué à transférer la source du pouvoir au peuple. Le constitutionnalisme se fonde sur le principe selon lequel le pouvoir constituant réside dans le peuple qui délègue une autorité limitée au gouvernement pour promouvoir le bien public. Les gouvernants sont désormais présentés comme les serviteurs du peuple qui sont supposés être responsables vis-à-vis les pouvoirs qui leur ont été confiés. On aboutit ainsi à l'idée d'un contrat originaire<sup>31</sup>. C'est cette idée, pour Loughlin, qui a eu pour conséquence cette prémisse du constitutionnalisme moderne selon laquelle les activités de l'État sont guidées par le principe de l'autogouvernement (*self-governement*) et que l'action gouvernementale est fondée sur des pouvoirs énumérés.

Ces prétentions atteignent leur apogée avec les révolutions américaine et française, ce qui introduisit non seulement un changement radical des conceptions de l'autorité gouvernementale, mais engendra également une nouvelle notion de la constitution. Cette évolution est manifeste dans l'articulation de Thomas Paine dans son célèbre pamphlet en défense de la Révolution française, quand il écrit qu'une constitution « est quelque chose d'antérieure au gouvernement<sup>32</sup> et un gouvernement est seulement la créature d'une constitution »<sup>33</sup>.

Pour Loughlin, ce glissement vers la constitution comme un ensemble de normes a eu deux conséquences majeures<sup>34</sup>. La première conséquence a été l'idée de la hiérarchie des normes : une « pyramide » des normes est présupposée, au sommet de laquelle se trouve les normes constitutionnelles. Une relation hiérarchique s'établit entre la loi

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 46.

<sup>32</sup> Dans ce contexte, Paine vise l'État.

<sup>33</sup> "A Constitution is a thing *antecedent* to a government and a government is only the creature of a Constitution". PAINE Thomas, *The Rights of man*, J.M. Dent & Sons Ltd. ; E.P. Dutton & Co. Inc., 1906, p. 48.

<sup>34</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 296.

fondamentale – la constitution– et les lois. Toutes les normes inférieures, les lois, les règlements et tous les actes des organes de l'État sont censés être conformes aux normes constitutionnelles.

La deuxième conséquence de cette conception a été le principe de la hiérarchie des juges sur les autres organes de l'État en ce qui concerne l'interprétation de la constitution. Puisque la constitution est appréhendée comme un ensemble de règles juridiques, il devient logiquement nécessaire que le pouvoir judiciaire veille à ce qu'elles soient appliquées correctement. Subséquemment, une nouvelle méthode a vu le jour afin d'appliquer la constitution : la *judicial review*. Les tribunaux sont donc considérés comme l'instance suprême de l'interprétation constitutionnelle. Par conséquent, ce sera le pouvoir judiciaire qui aura le dernier mot sur le contenu de la norme constitutionnelle.

Pour Loughlin, le tournant décisif dans ce processus de « positivisation du droit public<sup>35</sup> », a été le célèbre arrêt *Marbury v. Madison* (1803) de la Cour fédérale des États Unis<sup>36</sup> :

« Le juge Marshall, avec cet arrêt, contribua à l'abolition de l'idée de la constitution comme loi fondamentale [au sens ancien] et en corollaire, l'idée selon laquelle la constitution moderne est une forme de droit politique. La constitution fut transformée en une sorte de loi positive et le pouvoir judiciaire devint l'instance qui élucide son sens et l'applique. Désormais, les règles n'étaient pas mentionnées dans la constitution parce qu'elles étaient fondamentales ; *elles étaient fondamentales parce qu'elles étaient incorporées dans la constitution* »<sup>37</sup>.

Pour Loughlin, ce processus a été la source de la confusion des juristes du droit public sur l'objet de leur étude. Il s'oppose à une telle positivisation méthodologique du droit en écrivant : « Quand les préceptes de cette loi fondamentale sont appliqués par le pouvoir judiciaire, le droit positif est considéré comme la fondation de l'ordre politique »<sup>38</sup>. L'erreur essentielle du constitutionnalisme juridique consiste à ce que cette vision escamote l'objet principal du droit public, c'est-à-dire l'autorité gouvernementale. Puisque

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>36</sup> Voir: ZOLLER Elisabeth (dir.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 293.

<sup>38</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 47.

« le constitutionnalisme juridique opère sur la base des fictions de l'autorisation originelle, de l'autogouvernement et des pouvoirs énumérés, il occulte radicalement la question de la gouvernance (*rulership*) »<sup>39</sup>.

L'incapacité du constitutionnalisme juridique à rendre compte de l'activité gouvernementale se révèle quand les juristes appartenant à cette tendance tentent d'expliquer les actions et les compétences du pouvoir exécutif. Tandis que le constitutionnalisme juridique parvient à donner une explication relativement justifiée du fonctionnement des pouvoirs législatif et judiciaire, puisque le premier énonce les lois et le deuxième résout les litiges conformément à celles-ci, cette perspective peine à donner un satisfaisant compte rendu de ce que Loughlin appelle 'l'office du gouvernement'. La notion même de gouvernement est transformée en celui d' « Exécutif », ce qui permet aux constitutions modernes de présenter l'Exécutif comme un agent. Cependant, dans ce « récit » du constitutionnalisme juridique, il n'est pas clair que l'Exécutif est l'agent de 'quoi' ? Ce « quoi », pour Loughlin, est précisément ce que le constitutionnalisme juridique occulte, c'est-à-dire l'activité de gouverner, la conduite de la politique, qui ne peut et ne doit pas être réduite à une simple « exécution ».

Le fait que « partout, sans exception, cet exécutif exerce un pouvoir plus large que n'importe quelle lecture de la constitution le permet »<sup>40</sup> montre l'insuffisance de l'approche des constitutionnalistes juridiques pour Loughlin. Ceux-ci considèrent ce phénomène comme un abus de la part de l'exécutif qui doit être combattu par une application plus rigoureuse des lois. Selon Loughlin, cette manière de voir les choses résulte d'une erreur méthodologique. Les constitutionnalistes juridiques se bornent aux énoncés du texte constitutionnel afin d'en tirer des conclusions sur la nature de l'activité de gouvernement que le texte a l'ambition d'ordonner. Alors que, ainsi que Loughlin écrit : « Au lieu de s'appuyer sur le texte pour définir l'activité, ne devrions-nous pas partir de la nature (*character*) de celle-là et en tirer subséquentement des conclusions sur la nature et les fonctions du gouvernement ? »<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

Le choix méthodologique de Loughlin est ainsi manifeste. L'influence de la méthode de la science politique qui lui a été transmise par la tradition du *London School of Economics* se remarque ; Loughlin se situe dans le sillon de plusieurs théoriciens de la constitution au Royaume-Uni, comme Millar, Badehot, Ivor Jennings, J.A.G Griffith, qui préfèrent une approche descriptive pour connaître le mécanisme d'un système politique et par la suite, comprendre la place et le rôle des institutions et les règles juridiques dans son fonctionnement. Cette méthode va à l'encontre de ce qui est entrepris dans les écoles plus traditionnelles de droit. Ces écoles choisissent et prônent les thèses traditionnelles du constitutionnalisme – telle que 'la souveraineté appartient au Roi en Parlement', c'est-à-dire le principe de la souveraineté du Parlement – et tentent de plaquer ces thèses sur le fonctionnement du système politique. Alors que Loughlin, à la suite de ses prédécesseurs, démontre qu'une telle approche ne peut pas rendre compte de la spécificité de l'objet du droit public.

Loughlin tente donc de sauvegarder la valeur juridique de la constitution, tout en évitant l'erreur de masquer la fin pour laquelle elle lui a été attribuée. C'est pourquoi il inclut l'activité de gouvernance dans sa description de la fonction d'une constitution, en énonçant que cette dernière,

« en définissant les règles de conduite politique, devient un instrument puissant pour contrôler la pratique politique et procurer une mesure de stabilité. Tandis qu'en absence d'un tel instrument, la pratique politique ne serait que conflits et rivalités incessants. Prendre ce type de document constitutionnel comme le produit d'une négociation politique, qui serait donc le résultat d'un accord sociétal sur la façon d'encadrer les modalités de fonctionnement de la constitution politique, peut contribuer à l'activité gouvernementale et à l'art de gouverner (*the activity of Statecraft*). Mais dès lors que la constitution est supposée être la fondation pour toute activité (*engagement*) politique et un texte juridique qui est supposé être interprété et appliqué par les juristes, on commence à entrer dans une nouvelle phase. Dès lors que le texte constitutionnel moderne est traité comme une loi positive, l'idée de constitution connaît une évolution importante »<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 46-47.

Avec cette évolution, la doctrine traditionnelle du droit public attribue au pouvoir judiciaire une compétence primordiale : le monopole de l'interprétation constitutionnelle. Une abondante littérature de la *Judicial Review* a vu le jour sur cette base. Loughlin critique cette conception du rôle éminent du pouvoir judiciaire. Son analyse de la *Judicial Review* et de la place du pouvoir judiciaire dans la doctrine du droit public anglais sera examiné dans la section suivante.

*B. LE POUVOIR JUDICIAIRE, GARDIEN DE LA LIBERTÉ : LE CONSTITUTIONNALISME DU  
COMMON LAW*

Nous avons vu dans la section précédente que la constitution est venue à être comprise comme un ensemble de normes juridiques, sur lesquelles les tribunaux ont la mission de veiller afin qu'elles soient interprétées et appliquées correctement. Cependant, ces normes constitutionnelles ne sont pas dépourvues de substance. Une idée tenace en Angleterre, héritage de Blackstone et qui a survécu depuis le 18<sup>ème</sup> siècle, veut que l'Ancienne constitution qui donne aux juges le pouvoir de dire ce qu'est le droit a été la meilleure garantie possible contre la tyrannie et les abus qui existaient dans les autres régimes politiques en Europe et ailleurs. Autrement dit, les juges ont été les meilleurs défenseurs des libertés anglaises<sup>43</sup>.

Cette idée a trouvé sa formulation décisive dans l'œuvre d'Albert V. Dicey, le célèbre constitutionnaliste de la fin du 19<sup>ème</sup> siècle<sup>44</sup>. Sa conceptualisation du *Rule of law* fit du *Common Law* le bastion des droits et libertés traditionnels du peuple anglais. La non-reconnaissance d'une distinction entre le droit public et le droit privé fut l'autre partie de son héritage.

Alors que les quelques décennies d'après-guerre et la montée de l'État-providence avait été à l'origine d'une tendance à différencier le droit relatif aux institutions

---

<sup>43</sup> Pour une analyse détaillée de l'apport de Dicey à la théorie du droit public anglais, voir: LOUGHLIN Martin, *The British constitution, op.cit.*; BARANGER Denis, *Écrire la constitution non écrite*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 15-70; LOUGHLIN Martin, *Public law and political theory, op.cit.*, p. 139-163.

<sup>44</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 139-163 ; BARANGER Denis, *op. cit.*, p. 141-151.

gouvernementales du droit commun, la période néo-libérale et les politiques de l'ère Thatcher eurent pour résultat une certaine confusion entre les sphères privée et publique<sup>45</sup>. La réaction d'une grande partie des publicistes fut de retourner vers la perspective traditionnelle et familière du *Common law*. Cette tendance des constitutionnalistes britanniques a été qualifiée de « constitutionnalisme du *Common Law* »<sup>46</sup>. Dans un article édifiant, Thomas Poole, professeur de droit public à LSE, décrit ainsi les principaux arguments de ce type de constitutionnalisme<sup>47</sup> :

1. L'argument essentialiste : inspiré par Kant et le néo-kantisme, en particulier tel qu'il est formulé dans la théorie politique de John Rawls, selon lequel la politique est un type de décision morale. Il existe donc des valeurs morales à la base de la Constitution britannique. Puisque les positions du Parlement changent avec chaque changement de majorité parlementaire et que les membres du Parlement sont à la merci du bulletin de vote pour se voir réélire, l'impartialité nécessaire pour pouvoir donner l'interprétation morale « correcte » leur fait défaut. Ce ne sont que les juges de *Common law* qui détiennent cette capacité. Le meilleur représentant de cet argument est Sir John Laws<sup>48</sup>.
2. L'argument de la raison publique (*Public Reason argument*) : inspiré par la pensée de Jurgen Habermas et défendu notamment par T.R.S. Allan, selon lequel le *Common law* est l'institution qui « constitue » la Constitution d'Angleterre. C'est à l'occasion du *Judicial Review* que la réponse aux débats politiques et moraux se dégage, puisque les tribunaux servent comme un forum de raison publique. Le Parlement ne peut pas jouer ce rôle car il dépend des majorités changeantes et des politiques du jour. C'est donc à partir des décisions judiciaires que les lois de la Constitution vont être déduites. La Constitution n'est ce que qu'il ressort de ces décisions<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> POOLE Thomas, « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *Oxford Journal of Legal Studies*, 23, Autumn 2003, n° 3, p. 436.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 454.

<sup>47</sup> POOLE Thomas, *op. cit.*

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 440-441.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 442-444.

3. L'argument historique : développé par Paul Craig<sup>50</sup> et qui est un retour à l'ancienne thèse de Sir Edward Coke – le célèbre juriste des 16<sup>ème</sup> et 17<sup>ème</sup> siècles– selon laquelle l'ancienne constitution d'Angleterre était fondée sur la sauvegarde des libertés anglaises. Le rôle des tribunaux est de continuer cette tradition et de faire barrage aux excès de l'Exécutif. Craig illustre cette idée par maints exemples de l'histoire juridique afin de montrer que le pouvoir judiciaire a toujours été le gardien de la valeur constitutionnelle de liberté en Angleterre<sup>51</sup>.

En général, les constitutionnalistes politiques ne partagent pas cette confiance dans le pouvoir judiciaire. La position de Loughlin à cet égard montre l'influence de Griffith. Pour ceux-ci, la présupposition de l'impartialité des juges n'est simplement pas acceptable. Les juges sont aussi, comme les autres organes de gouvernement, « des animaux politiques à la poursuite des buts politiques qui sont beaucoup plus étroits, limités et de beaucoup plus courte durée que des abstractions telle que la justice ou la conscience de la communauté »<sup>52</sup>.

Pour Loughlin, cette thèse, comme les autres composantes de la doctrine politique du *Rule of law* est liée au libéralisme classique et la façon d'articuler le rapport entre le pouvoir politique et la liberté. Selon les libéraux, le pouvoir et la liberté sont antagonistes ; le pouvoir politique cherche à dompter et à limiter la liberté, comprise au sens négatif. Alors, un ensemble de règles juridiques est édicté pour brider le pouvoir. L'objectif de la doctrine du *Rule of law* est de mettre en place un cadre normatif qui « divise, limite et contraint l'exercice du pouvoir gouvernemental »<sup>53</sup>.

Loughlin part de la critique de ces thèses du constitutionnalisme juridique pour construire sa notion de constitution. Les détails de sa théorie seront explorés dans la deuxième partie du mémoire.

---

<sup>50</sup> Voir: CRAIG Paul, « Public Law, Political Theory and Legal Theory », *Public Law*, 2000.

<sup>51</sup> POOLE Thomas, *op. cit.*, p. 444-447.

<sup>52</sup> GRIFFITH J.A.G., « The Political Constitution », *op. cit.*, p. 18.

<sup>53</sup> LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, p. 337.

### Chapitre III - La doctrine du *Rule of law*

La constitution conçue comme la loi fondamentale, c'est-à-dire la norme qui supplante toutes les normes juridiques et qui est censé encadrer l'action gouvernementale en rendant sanctionnable toute action ou décision qui n'y est pas conforme, a pour corollaire la notion quasi-hégémonique du *Rule of law*.

Loughlin consacre un chapitre de *Foundations of Public law* à défendre son point de vue à l'égard de cette notion. En général, Loughlin pense que la notion de *Rule of law* manque de précision et ne présente aucun intérêt puisqu'elle n'arrive pas à expliquer le fonctionnement de l'État moderne et les nombreuses fonctions que l'État remplit dans le monde contemporain. Le *Rule of law* n'est qu'une notion vide qui relève de l'idéologie du droit, une notion destinée à justifier le rôle des juges et le *Judicial Review* dans le système constitutionnel anglais.

Loughlin avance deux arguments pour prouver que l'idéal du *Rule of law*, – gouverner par les lois –, ne présente aucun intérêt théorique :

« Il y a maintes raisons pour penser que le *Rule of law* n'est qu'un slogan. Bien que l'intention derrière cette idée soit admirable, 'un gouvernement de lois et non pas d'hommes'<sup>54</sup> reste un rêve impossible. La première raison en est que dans le monde moderne, le droit est reconnu comme une création humaine. On ne peut pas concevoir le droit comme quelque chose au-dessus de la volonté humaine ; le droit ne peut jamais être placé au-dessus d'un gouvernement d'hommes. Par ailleurs, il est inadmissible que l'on pense que les lois gouvernent, puisqu'il est évident que pour gouverner, il faut agir, tandis que les lois ne peuvent agir de leur propre chef. Il nous semble donc que le *Rule of law* relève tout simplement de la rhétorique »<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Cette description du *Rule of law* a été rendue célèbre par le président des États-Unis John Adams, qui reprenait en fait une formule de James Harrington – « *empire of laws, not of men* » – dans son *Commonwealth of Oceana*, ce dernier se référant à Aristote et Tite-Live. JOUANJAN, « L'État de droit démocratique » [en ligne], *Jus Politicum, Revue de droit politique*, Institut Michel Villey, [consulté le 6 mars 2022].

<sup>55</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 312 ; Olivier Jouanjan, un des juristes français de droit politique a une analyse similaire à l'égard de la notion de l'État de droit : « Conformément à ce mythe idéologique, l'État de droit serait « un gouvernement de lois et non pas d'hommes ». Il serait soumission au droit, règne du droit, « *Rule of law* ». Partant, avec l'avènement de la justice constitutionnelle, on voit « la politique saisie par le droit ». La constitution serait devenue « normative », normative par elle-même, d'elle-même. Autant de naïvetés qui ne voient pas que tout droit présuppose une politique et que toute politique présuppose un

En outre, le concept de *Rule of law* ou l'État de droit souffre d'une ambiguïté conceptuelle fondamentale. Cette ambiguïté vient de ce que dans la théorie de l'État de droit, l'État est censé être la source du droit, mais il est simultanément supposé en être le sujet. Ceci est la problématique bien reconnue pour la pensée juridique allemande des premières décennies du 19<sup>ème</sup> siècle et qui a été le sujet des tentatives théoriques de plusieurs défenseurs de cette notion, notamment Georg Jellinek qui a avancé la théorie de l'autolimitation<sup>56</sup> et Hans Kelsen qui identifie le droit à l'État, éliminant ainsi le problème<sup>57</sup>. Pour Loughlin, aucune de ces deux tentatives n'a abouti. Il accepte la position de Carl Schmitt sur l'ambiguïté et par conséquent, l'inutilité de la notion. Il appelle donc à son abandon total<sup>58</sup>.

La doctrine de *Rule of law*, selon Loughlin, est fondé sur des convictions libérales classiques. Son ambition est d'éliminer l'arbitraire, particulièrement par le biais de la séparation des pouvoirs. Il écrit à ce propos : « La doctrine de *Rule of law* cherche à établir un ordre constitutionnel fondé sur des règles. Le principe libéral à la base de cette doctrine est de penser la constitution comme une machine qui ' se déclenche par elle-même' <sup>59</sup> ». Alors que : « Les limites de la doctrine libérale du *Rule of law* sont particulièrement évidentes quand on considère l'idée selon laquelle la constitution crée un mécanisme qui peut fonctionner par lui-même. De même que les machines ont besoin

---

droit, si, comme l'écrit Hermann Heller, « au caractère créateur de pouvoir du droit correspond le caractère créateur de droit du pouvoir ». Le problème commun à toutes ces manières habituelles de parler, même chez les juristes, est que l'on fait du droit une instance séparée, autonome et comme située au-dessus du monde politique des hommes. Comme si le droit fonctionnait par lui-même. Comme si le droit avait une essence propre et apolitique. On s'imagine un droit qui serait pure idéalité qui pourrait ramener la politique à la raison pure. On ne s'aperçoit pas que ce qu'on appelle « le droit » est une *fiction*. Une norme ne s'applique pas elle-même. Il n'y a pas de « constitution normative » *en tant que telle*, car un texte constitutionnel ne s'applique pas de lui-même, par lui-même. Ce qui norme juridiquement un comportement humain, c'est la décision d'hommes, institutionnellement organisés, interprétant et concrétisant pour le cas d'espèce un texte en lui-même privé de force normative. La norme, qui règle un cas, une situation, présuppose un processus institutionnel et donc humain de normativisation. Le gouvernement des lois reste toujours un gouvernement des hommes ». JOUANJAN, *op. cit.*, p. 11-12.

<sup>56</sup> Voir : JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit, Tome I: Théorie générale de l'État*, Georges Fardis (trad.), Paris, Éd. Panthéon-Assas, LGDJ diffuseur, 2005, p. 473.

<sup>57</sup> Voir : KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Béatrice Laroche (trad.) *suivi de : La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Valérie Faure (trad.) Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1997, p. 235-236 ; Pour une introduction générale à la pensée juridique de Kelsen, voir : HERRERA Carlos-Miguel, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, Presses de l'Université Laval, 2004.

<sup>58</sup> LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law, op.cit.*, p. 314.

<sup>59</sup> Cette expression est tirée du titre du livre de Michael Kammen, constitutionnaliste américain. Voir : KAMMEN Michael G., *A machine that would go of itself*, Transaction Publishers, 2006.

d'une action extérieure pour les mettre en opération, les mécanismes institutionnels des constitutions modernes doivent aussi être mis en mouvement par l'action sociale et politique »<sup>60</sup>. Pour Loughlin, « les limites de la doctrine de *Rule of law* sont évidentes, du moins puisque cette doctrine est fondée sur les convictions politiques relatives au gouvernement limité et c'est pour cela qu'elle n'a rien à voir avec le gouvernement dans le monde contemporain »<sup>61</sup>.

Nous avons précédemment vu qu'une des thèses du constitutionnalisme juridique que Loughlin conteste est celle de l'antagonisme entre le pouvoir et la liberté. Pour Loughlin, c'est cette opposition qui est à la base de l'idée de *Rule of law*. Loughlin prétend que pour avoir une meilleure conception d'un État fonctionnant à partir des lois, il convient de réévaluer ce rapport<sup>62</sup>.

Pour ce faire, il introduit une distinction entre les règles régulatrices (*regulative rules*) et les règles constitutives (*constitutive rules*). Les règles régulatrices sont celles qui influencent les comportements qui existent déjà, indépendamment de la règle (par exemple, la règle : ne courez pas dans les couloirs de l'école). Au contraire, les règles constitutives rendent possible une action qui ne pourrait pas se réaliser sans la règle. Le meilleur exemple en est les règles du jeu de l'échec. Ces règles « constituent » le jeu et sans ces règles, le jeu ne peut pas exister<sup>63</sup>.

Concernant le rapport du pouvoir et de la liberté, la différence entre les deux types de règles entraîne des conclusions différentes. À propos du pouvoir, tandis que les règles régulatrices posent des restrictions et des limites aux relations de pouvoirs existantes, les règles constitutives créent de nouvelles relations de pouvoir. Alors que concernant la liberté, les règles régulatrices restreignent et limitent celle-ci, tandis que les règles constitutives l'augmentent, puisqu'elles permettent à une action d'exister qui, sans elle, ne serait pas réalisable<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 337.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 336.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 338.

<sup>64</sup> *Ibid.*

Loughlin détecte la faille dans l'édifice du *Rule of law* dans cette distinction. Dans un passage intéressant, il démontre que pour que l'idée de *Rule of law* – c'est-à-dire de gouverner selon les lois – soit cohérente, il faudrait que toutes les règles constitutionnelles existantes soient des règles constitutives. Autrement dit, il faudrait que dans les régimes politiques qui se définissent comme des États de droit, aucune action gouvernementale ne soit possible sans adhérer à sa règle correspondante. Ce n'est évidemment pas le cas. Bien qu'une partie des règles régissant l'activité de l'État soient des règles constitutives –par exemple, les règles électorales qui constituent une partie intégrale de l'accès aux postes politiques–, il est tout à fait concevable pour un État de décider et d'agir, même en l'absence ou à l'encontre des règles existantes. Par exemple, il peut être stipulé par la constitution que l'État doit émettre une déclaration avant une invasion militaire. Pourtant, il peut arriver – et il arrive – que telle règle ne soit pas respectée. Ce fait indique qu'une partie et peut-être la plupart des règles constitutionnelles sont de type régulateur<sup>65</sup>.

En conséquence, Loughlin propose d'abandonner la notion de *Rule of law* en faveur des concepts qui peuvent mieux rendre compte de la réalité du fonctionnement étatique. Considérer la constitution comme une simple norme masque son autre facette, c'est-à-dire sa face politique qui est véritablement au fondement de sa normativité. Selon Loughlin, la méthode du droit politique est la seule qui puisse concevoir un concept de la constitution qui contienne les deux facettes en même temps. Cette conception de la constitution, que Loughlin propose pour remplacer les notions insuffisantes du normativisme du droit public, est l'objet de la deuxième partie de cette étude.

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 339.

## **DEUXIÈME PARTIE - CONSTITUTION COMME MODE D'ÊTRE POLITIQUE**

Dans la première partie, nous avons examiné les thèmes qui forment l'idée directrice du constitutionnalisme juridique, c'est-à-dire la constitution en tant que norme juridique. C'est à l'occasion des critiques qu'il adresse à ces thèmes et en réponse à celles-ci que Loughlin annonce ses points de divergence et argumente en faveur d'une notion alternative, plus générale de la constitution qui, au lieu de masquer l'aspect politique de la constitution, concilie les deux aspects juridique et politique en déployant la notion de droit politique.

Après l'étude de l'ensemble de l'œuvre de Loughlin, nous avons dégagé trois thèmes qui forment ensemble son idée de la constitution. En premier lieu, il articule une perspective de droit politique concernant le rapport entre le droit et la politique et entre la liberté et le pouvoir. Cela engendre une articulation différente du normativisme du statut de la constitution par rapport à la politique et à la manière dont le pouvoir politique est engendré (Chapitre I). Deuxièmement, il distingue conceptuellement les deux notions d'État et de gouvernement. Le résultat de cette distinction lui permet de dégager deux sens différents de la constitution (Chapitre II). En fin de compte, Loughlin tente de résoudre le problème de la relation entre le fait et la norme qu'engendre la reconnaissance du pouvoir constituant, qui se traduit dans le « paradoxe du pouvoir constituant » (Chapitre III).

## Chapitre I - Constitution comme source de pouvoir

Dans le deuxième chapitre de la première partie, nous avons vu que Loughlin trouve l'origine de la conception normativiste de la constitution dans l'idée libérale de l'antagonisme entre le pouvoir et la liberté. Vu sous un autre angle, la question du rapport entre le pouvoir et la liberté peut être également formulé en termes du rapport entre le droit et la politique. C'est en effet en employant ce vocabulaire que Loughlin formule le problème qui selon lui, mine la doctrine dominante du droit public. Dans *Swords and Scales* (2000), il entreprend de décrire et de réévaluer la façon dont le rapport entre le droit et la politique est articulé par le constitutionnalisme juridique ou comme il le nomme dans ce livre, le légalisme libéral<sup>66</sup>.

Loughlin s'attaque à l'idée sous-jacente du légalisme à l'égard de ce rapport, qui serait celle de l'antagonisme entre le droit et la politique. Les constitutionnalistes juridiques (les légalistes) présentent l'image d'un système constitutionnel dans lequel les normes constitutionnelles sont censés faire barrage et limiter les excès de l'action politique. C'est grâce à cette perspective qu'ils font confiance au pouvoir judiciaire auquel est confiée la mission de défendre les libertés du peuple contre les abus du gouvernement. Les juges représentent le droit et s'opposent aux gouvernants qui sont chargés de la politique.

Loughlin critique cette image du mécanisme constitutionnel. Pour celui-ci, présupposer un antagonisme entre le droit et la politique montre clairement l'impuissance du constitutionnalisme juridique à expliquer le fonctionnement des constitutions. Prétendre que le droit et les juristes font barrage à la politique est une idée héritée du libéralisme classique dans la pensée politique anglaise et ne présente plus aucun intérêt pour démontrer le fonctionnement des États contemporains.

Au contraire, le droit et la politique sont fondamentalement liés et agissent en concert. Ce n'est qu'en reconnaissant l'étroite interconnexion du droit et de la politique qu'il est possible d'atteindre une image exacte du mécanisme constitutionnel. C'est une erreur de voir les deux comme opposés, car la politique n'est pas un lieu de passions

---

<sup>66</sup> LOUGHLIN Martin, *Sword and scales*, *op.cit.*, p. 5.

dangereuses qu'il convient de limiter et de contrôler par le droit. Par conséquent, le projet du légalisme libéral est voué à l'échec. Loughlin écrit à ce propos : « Le projet d'établir le droit comme un cadre objectif de principes rationnels a échoué. En réduisant le droit à un ensemble de droits [*rights*], on ne peut échapper ni à l'histoire ni à la politique. Le processus de la juridicisation du politique n'a eu pour résultat que la politisation du droit »<sup>67</sup>. Si la politique et le droit sont, ainsi qu'il l'affirme, « profondément affectés l'un par l'autre, sont entrelacés, inclus mutuellement l'un dans l'autre<sup>68</sup> », il nous reste à préciser quelle est la modalité de ce rapport ? Loughlin articule sa position sur le rapport du droit et de la politique dans le cadre de l'État moderne à l'occasion de son effort de conceptualisation du droit public dans *The Idea of Public law*.

La méthode de Loughlin dans *Idea* consiste à décomposer la notion de droit public d'un point de vue historique et théorique en examinant chacune des notions qui en font partie, afin de dégager une théorie de droit public qui englobe celles-ci, évitant ainsi l'erreur du constitutionnalisme juridique qui occulte des notions fondamentales de droit public, telle que la gouvernance, la politique, le pouvoir constituant, etc., au nom de la pureté méthodique positiviste.

Loughlin annonce sa perspective du rapport du droit – en l'occurrence, du droit constitutionnel – à la politique dans le chapitre qu'il consacre à l'élucidation de la notion de politique. La politique, selon Loughlin, procède de trois niveaux, ou comme il les appelle, de trois « ordres »<sup>69</sup>.

Le premier niveau de la politique est l'objet même de celle-ci. Pour définir la politique, Loughlin adopte la célèbre définition de Carl Schmitt. Il adhère à la thèse primordiale de Schmitt qui consiste à poser le conflit au centre de la notion de politique. Étant donné que les individus ont des schémas moraux différents et qu'il en résulte des perceptions rivales du Bien et de la concurrence des intérêts, la politique est une activité centrée autour du conflit. Loughlin adopte ainsi une vision de la politique et

---

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 232-233.

<sup>68</sup> "Law and politics are deeply affected by one another, are enmeshed, mutually involved, and intertwined with each other". TOMKINS Adam, « In Defence of the Political Constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, 22, 2002, n°1, p. 163.

<sup>69</sup> LOUGHLIN Martin, *The Idea of public law*, *op.cit.*, p. 32-52.

subséquemment du droit public qu'il qualifie de « pure », c'est à dire qu'il conçoit la politique – et le droit public qui en est une des branches – comme un domaine autonome, indépendant de la moralité ou de la théologie<sup>70</sup>.

Tout en acceptant la fameuse définition de Carl Schmitt selon laquelle la politique est fondée sur la distinction entre amis et ennemis, il reproche à ce dernier de concevoir le conflit comme la situation par défaut de la vie politique en conférant un caractère « existentiel » au conflit. Mais pour Loughlin, le conflit est une exception. On ne peut pas faire de l'exception une norme. C'est pour combler cette faille qu'il se tourne vers la pensée politique de Machiavel. D'après la lecture que Loughlin fait de Machiavel, le conflit est bien entendu une des composantes de la vie politique, mais il ne peut pas être considéré comme la substance de la politique. La politique n'est pas le conflit lui-même, elle consiste en l'activité qui le gère. Le but en est de sauvegarder l'unité et la cohésion sociales. C'est à cette définition que Loughlin adhère. La politique devient alors l'art prudentiel de gérer les conflits. C'est ce qu'il dénomme le deuxième ordre de la politique<sup>71</sup>.

C'est à ce stade que Loughlin introduit le droit. Le droit a été et reste un des moyens les plus efficaces pour préserver l'unité sociale, parce qu'agir selon le droit donne à l'État le caractère d'impartialité, ce qui va engendrer à son tour de la légitimité. Pour Loughlin, établir un système encadré par le droit est une réussite, mais il ne faut pas perdre de vue la finalité du droit qui est de faciliter la gouvernance et la conduite de la politique. Par conséquent, il est faux de prétendre que le droit transcende la politique.

De la sorte, Loughlin considère le droit constitutionnel comme le troisième ordre du politique :

« Nous devons commencer à considérer le droit constitutionnel en tant que le troisième ordre du politique. L'établissement d'un système juridique qui opère en accordance avec sa propre logique conceptuelle, tout en restant considérablement à l'abri des manipulations par les détenteurs du pouvoir, est une réussite très importante. Mais dès que cette idée moderne du gouvernement conforme à la loi

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 32-37.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 37-42.

(*Rule of law*) est mentionnée, l'image prépondérante est celle d'un système juridique dont le but est de trancher les litiges entre les citoyens ou d'assurer les bonnes procédures pour les sanctions pénales. [...] Dans un système juridique qui existe dans le but de régler les litiges entre les citoyens ou d'imposer les normes de la justice pénale, on peut penser que les juges jouent le rôle vital mais banal de règlement des litiges selon le système des règles posées. Cependant, les choses sont beaucoup plus complexes quand il s'agit du droit constitutionnel.

Le droit se présente ici, non pas comme l'expression de l'autorité souveraine de l'État, mais comme un moyen par lequel celle-ci est reconnue. L'image du droit comme commandement devrait, dans ce contexte, être abandonnée ; le droit se présente en ce moment comme une sorte de "droit politique" (*political right*). Dans un tel contexte, *le droit est mieux appréhendé comme un ensemble de pratiques qui sont inscrites et qui acquièrent leur identité dans un corps plus vaste de pratiques politiques.*

Il ne faut pas trivialement comprendre par cela que le droit constitutionnel est enraciné dans le politique, juste parce ce droit régit les institutions, les procédures et les décisions politiques. À la suite de Machiavel – et à un moindre degré, Schmitt – cette affirmation est fondée sur trois propositions. La première est l'autonomie de la politique. La deuxième consiste en la promotion d'une conception du droit constitutionnel comme un droit (*law*) qui n'est pas imposé du haut, mais qui existe en tant qu'une partie du processus autorégulateur d'un domaine politique autonome, et qui peut donc être conceptualisé comme des principes ou des maximes de prudence politique. La troisième proposition est que le politique ne peut pas être subsumé dans la logique des règles juridiques qui régissent les processus de prise de décisions, puisque la primauté du politique est une condition préalable du bien-être humain »<sup>72</sup>.

Ainsi, pour Loughlin, non seulement le droit ne transcende pas la politique, mais il n'est qu'une des manifestations de l'activité politique. Le droit fait partie de ces pratiques politiques qui constituent l'État moderne. C'est pour cette même raison que la thèse du *Rule of law* ne correspond pas à la réalité de l'appareil gouvernemental. Dans le chapitre III de la première partie, nous avons montré les détails de l'argumentation de Loughlin qui démontre l'insuffisance de cette notion à la lumière de la distinction entre les règles

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 42-44.

constitutives et les règles régulatrices. Or, au lieu de souligner l'importance de la gouvernance par la loi et ses principes de légalité et d'égalité devant la loi, il faudrait accepter l'évidence d'une certaine inégalité qui serait intrinsèque au rapport de gouvernance et le fait que le droit positif n'est qu'un moyen de gouvernance. Cependant, une question se pose : s'il est possible d'agir sans recourir aux règles juridiques ou même à l'encontre de celles-ci, pourquoi les gouvernants les respectent ?

Dans la perspective du constitutionnalisme juridique, c'est-à-dire d'une défense de la valeur morale de gouvernement conformément aux lois, la réponse serait que la constitution les y oblige. Cependant Loughlin, conformément à sa méthodologie qui consiste à connaître le phénomène de gouvernance à partir des faits et non à partir des idées préconçues, rejette une telle attitude moralisante et mystifiante envers la constitution.

Pour répondre au problème de la motivation des gouvernants à respecter les règles, Loughlin s'appuie sur l'analyse du politiste et constitutionnaliste américain Stephen Holmes. Ce dernier, examinant le concept de gouvernance selon le droit (*Rule of law*), explique que les hommes suivent les règles soit par moralité, soit parce que ce faire leur est avantageux. Loughlin penche vers la deuxième option pour expliquer la motivation des gouvernants à poser et à suivre des règles. Dans le cas de la gouvernance, suivre les règles présente un avantage considérable pour les gouvernants, puisqu'elles leur confèrent plus de pouvoir (*constraint as power-enabling*)<sup>73</sup>. Suivant Holmes, Loughlin affirme qu'un des avantages du respect des règles pour les gouvernants consiste en plus de contrôle, car cela leur donne la possibilité de nier leur responsabilité<sup>74</sup>. Vu sous cet angle, les préceptes de l'État de droit prennent un autre sens. En effet, selon Loughlin, « la différenciation des tâches gouvernementales, par exemple la différenciation entre les tâches exécutives et judiciaires ou entre les instances chargées de dire le droit (les juges) et les instances chargées de distinguer les faits (les jurys), n'est en réalité rien qu'un moyen de maintenir l'autorité »<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law, op. cit.*, p. 339.

<sup>74</sup> HOLMES Stephen, « Lineages of the Rule of Law », in *Democracy and the rule of law*, Cambridge University Press, 2003, p. 24. Cité par: LOUGHLIN Martin, *Ibid.*

<sup>75</sup> LOUGHLIN Martin, *Ibid.*

En effet, comme le but de la politique est de gérer les conflits, les gouvernants se servent de tous les moyens accessibles pour garder l'unité de l'entité étatique. Ils suivent les règles, parce que la prudence le nécessite et parce que les règles engendrent plus de pouvoir. Loughlin nous explique que :

« Bien que le conflit reste un élément important du politique, façonner un degré d'impartialité constitue un aspect vital de construction d'État (*State-building*). Pour que le conflit soit géré au mieux, il faut établir un ensemble moins biaisé de règles. La plupart des idées associées avec le droit, surtout l'idée de *Rule of law* et l'assimilation du droit à la justice contribuent à créer l'intimité, forger l'identité, générer la confiance et renforcer l'allégeance des individus. La croyance [populaire] dans la nature de l'État comme étant gouverné par la loi peut être un moyen de générer le pouvoir politique et un aspect fort du processus de construction de l'État »<sup>76</sup>.

Ailleurs, il écrit dans ce sens : « Les gouvernants gouvernent au moyen du droit, car cela augmente la loyauté des citoyens, ce qui à son tour, est un moyen de générer le pouvoir (*power-generating*). Quand les gouvernants respectent les règles constitutionnelles, ils sont surtout motivés par leur intérêt personnel »<sup>77</sup>.

Cette approche nous fournit une perception inversée de ce que nous avons appris dans les récits ordinaires du fonctionnement des constitutions modernes. La constitution n'est pas une restriction ni une limitation du pouvoir politique, au contraire, elle engendre elle-même le pouvoir politique, en tant que lieu de rencontre parfait entre le droit et la politique<sup>78</sup>.

Il est intéressant de mentionner que Loughlin ne prétend pas que cette idée est le résultat d'une innovation théorique. La pensée classique du droit politique a déjà formulé sous cet angle le rapport du droit et de la politique et la place de la constitution dans ce rapport. C'est dans l'œuvre de Jean Bodin que Loughlin trouve le germe de cette « idée majeure du droit public : que l'autorité augmente par l'imposition des contraintes »<sup>79</sup>, là où Bodin écrit :

---

<sup>76</sup> LOUGHLIN Martin, *The Idea of public law*, op. cit., p.42.

<sup>77</sup> LOUGHLIN Martin, op. cit., p. 340.

<sup>78</sup> LOUGHLIN Martin, *Sword and scales*, op. cit., p. 193.

<sup>79</sup> LOUGHLIN Martin, op. cit., p. 452.

« Il ne faut pas dépouiller les Magistrats de leur puissance, pour l'attribuer au Prince. Il n'y a chose qui plus ait ruiné de Républiques, que dépouiller le Sénat, et les Magistrats de leur puissance ordinaire, et légitime, pour attribuer tout à ceux qui ont la souveraineté. Car *d'autant que la puissance souveraine est moindre (réservé les vraies marques de la majesté) d'autant elle est plus assurée* <sup>80</sup>»<sup>81</sup>.

Bref, comme l'a remarqué Stephen Holmes, les règles du gouvernement opèrent comme les règles de grammaire<sup>82</sup>. De même que non seulement les règles de grammaire ne sont pas des barrières à la langue, mais qu'elles rendent au contraire la communication possible, ce sont les règles imposées au gouvernement qui lui confèrent plus de pouvoir. En conclusion, la constitution est un cadre au sein duquel le gouvernement s'organise sciemment sous la forme de règles juridiques, afin de générer et de multiplier le pouvoir politique. C'est ainsi que Loughlin parvient à faire de la constitution le lieu où la politique et le droit se rencontrent et se renforcent mutuellement.

Après être sorti ainsi de l'idée de l'antagonisme entre le juridique et la politique qui nous rend incapable de connaître la vraie fonction des constitutions, il est opportun de mettre la constitution en rapport avec la notion centrale du droit public : l'État. La thèse de Loughlin à l'égard du rapport de l'État et de la constitution fera l'objet du prochain chapitre.

---

<sup>80</sup> BODIN Jean, *Les six livres de la République* [en ligne], Gérard Mairet (éd.), Librairie générale française, 1993, p. 224.

<sup>81</sup> Pour les détails de l'analyse de l'œuvre de Bodin et son rapport à la théorie de droit politique, voir : LOUGHLIN Martin, *The Idea of Public Law*, p. 136-137; LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law.*, p. 452; LOUGHLIN Martin, *Political jurisprudence*, *op. cit.*, p. 15-16.

<sup>82</sup> HOLMES Stephen, « The Constitution of Sovereignty in Jean Bodin », in *Passions and constraint: on the Theory of Liberal Democracy*, p. 109. Cité par: LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 137.

## Chapitre II - Constitution d'État, constitution de gouvernement

Nous avons jusqu'ici montré de quelle manière Loughlin reconceptualise les notions négligées du droit public – telle que la constitution – afin de donner sens au phénomène du droit public, tel qu'il s'est développé en Europe au fur et à mesure des évolutions de l'appareil étatique. Une partie de cette tentative se focalise sur le concept de l'État.

La thèse que Loughlin défend à propos de l'État est en premier lieu celle de la nécessité d'une théorie de l'État pour une théorie de droit public<sup>83</sup>. Il peut paraître surprenant, pour les publicistes de l'Europe continentale, qu'un auteur raisonne pour montrer que l'État est « la » notion fondamentale du droit public ; tant il est évident que l'État est une des parties du rapport juridique qu'est le droit public. La définition courante du droit public dans les systèmes juridiques romano-germaniques, selon laquelle le droit public est l'ensemble des règles juridiques qui régissent l'organisation et le fonctionnement de l'État, en témoigne. Cependant, le droit anglais est assurément particulier à cet égard. Depuis Dicey, la doctrine du droit en Angleterre a rejeté la distinction entre le droit public et le droit privé, une distinction qui repose manifestement sur la reconnaissance de l'État en tant qu'une personne juridique de nature différente qui serait régie par de règles de nature différente.

Dès lors, la première étape de Loughlin consiste à conceptualiser l'État en tant que concept principal du droit politique (droit public). Dans la troisième partie de *Foundations of Public law* qu'il y consacre, il y parvient en examinant les différents aspects théoriques, sociologiques et historiques de l'État afin de le mettre en relation avec le droit politique.

Néanmoins, Dicey et ses disciples ne sont pas les seuls adversaires théoriques de Loughlin sur ce point. En mettant la notion de l'État au centre de son concept de droit politique, Loughlin s'oppose aussi à J.A.G. Griffith, son maître et le représentant principal du courant moderniste du droit public en Angleterre dans la période 1960-80<sup>84</sup>. Griffith, dans son célèbre article intitulé *The Political Constitution*, rejette la notion de l'État « comme une autre abstraction métaphysique inventée afin de masquer la réalité du

---

<sup>83</sup> Voir : LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 183-208.

<sup>84</sup> Voir: LOUGHLIN Martin, « John Griffith obituary », *op. cit.*

pouvoir politique »<sup>85</sup>. Pour Loughlin, au contraire, la notion de l'État est la « condition *sine qua non* »<sup>86</sup> du droit public. Afin de démontrer l'importance de cette notion, Loughlin étudie la genèse et de l'évolution de la notion d'État, du point de vue de l'histoire des idées juridiques en Europe. Parmi ces analyses, deux nous interpellent en particulier.

La première analyse porte sur la question de la fonction de la notion d'État. Plus précisément, c'est une réponse à la question : pourquoi est-il nécessaire de penser l'État, tant qu'il y a déjà des concepts comme le gouvernement, la Couronne, le régime politique ou le Royaume ? Pour répondre à cette question, Loughlin adopte une des thèses de Michel Foucault à l'égard de l'État. Comme l'explique Foucault dans sa leçon du 22 mars 1978 au Collège de France :

« Dans cette pensée politique qui cherchait la rationalité d'un art de gouverner, l'État a d'abord été un principe d'intelligibilité du réel. [...] L'État a été une certaine manière de concevoir, d'analyser, de définir la nature et les rapports de ces éléments [roi, souverain, magistrat, loi, territoire, habitants du territoire, la richesse du prince, la richesse du souverain] tous donnés. L'État, c'est donc un schéma d'intelligibilité de tout un ensemble d'institutions déjà établies, de tout un ensemble de réalités toutes données »<sup>87</sup>.

Loughlin incorpore cette idée en écrivant que l'État est « l'entité qui nous permet d'accéder à la nature de la réalité politique moderne : bref, l'État est un schème d'intelligibilité »<sup>88</sup>. En d'autres termes, l'État est une idée abstraite qui nous permet de penser et de lier les institutions et les agents divers qui pratiquent l'activité de gouverner sous une seule catégorie. Une idée, donc, qui nous rend le monde politique « intelligible ».

En ce qui concerne notre analyse, l'intérêt de ces précisions réside dans la différenciation qui en résulte à l'égard de la notion de gouvernement. En effet, la distinction entre l'État et le gouvernement dans le lexique de Loughlin lui ouvre la voie pour concevoir une idée de la constitution qui serait à l'opposé du sens courant d'une constitution juridique, c'est-à-dire une constitution comme norme.

---

<sup>85</sup> GRIFFITH J.A.G., « The Political Constitution », *op.cit.*, p. 16.

<sup>86</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 183.

<sup>87</sup> FOUCAULT Michel, *Sécurité, Territoire, Population ; Cours au Collège de France, 1977-1978*, Michel Senellart (éd.), Seuil/Gallimard, 2004, p. 294.

<sup>88</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 205.

Afin d'accéder à une définition de gouvernement, Loughlin approfondit la distinction entre les deux notions d'État et de gouvernement à l'occasion de l'analyse des composantes de l'État. Pour ce faire, il se tourne vers la *Staatslehre*, la discipline d'étude de l'État en Allemagne des 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles. Loughlin s'intéresse aux trois composantes de l'État dans cette tradition qui sont le territoire, l'autorité gouvernementale (*ruling authority*) et le peuple :

« Le premier aspect, *Staatsgebiet*, invoque l'existence de l'État dans un territoire indépendant, clairement délimité. Le monde entier se divise ainsi en plusieurs territoires délimités, c'est-à-dire des États. Le deuxième aspect, *Staatsgewalt*, porte sur l'appareil institutionnel des règles qui garantissent l'autorité souveraine, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur des frontières. Le troisième aspect, *Staatsvolk*, implique l'idée de l'État en tant qu'une agrégation des membres de l'association – sujets ou citoyens– à l'intérieur de ce territoire »<sup>89</sup>.

C'est en recourant à cette définition que Loughlin parvient à distinguer conceptuellement le gouvernement de l'État. Le gouvernement, dans le vocabulaire de Loughlin, est l'équivalent du *Staatsgewalt*, c'est-à-dire l'appareil institutionnel, l'ensemble des organes et des instances qui relèvent de l'autorité étatique. L'État, en revanche, se compose des trois aspects. Il est l'idée abstraite et générale, englobant tous les aspects de l'activité politique.

Il s'ensuit que le gouvernement n'est qu'une des composantes de l'État, et non pas comme le prétendent les normativistes, la translation de l'État dans le langage des normes juridiques. Ainsi, la différenciation entre l'État et le gouvernement permet à Loughlin d'articuler sa propre idée de la constitution, à la lumière de la critique méthodologique fondamentale qu'il adresse au normativisme. Selon lui, nous l'avons vu, le normativisme légaliste qui est la défense théorique de la positivisation de la loi fondamentale ne peut pas abolir la politique qui est l'art pratique de négocier les revendications contradictoires de droit. La conception positiviste est incapable de répondre à cette question : comment la constitution se maintient-elle en face de ses changements fondamentaux ? Il est donc nécessaire de supposer une constitution non-

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 192.

positive, non-juridique, métajuridique sous-jacente à la constitution positive et qui est au fondement de celle-ci<sup>90</sup>. La distinction entre l'État et le gouvernement permet à Loughlin d'accéder à un tel concept, puisqu'il rattache la constitution métajuridique à l'État et associe la constitution positive au gouvernement. Ainsi se manifeste l'importance de la notion de l'État pour sa théorie de la constitution.

Concernant sa théorie de la science du droit, c'est-à-dire son approche méthodologique du droit public, la distinction entre l'État et le gouvernement a pour corollaire la distinction entre le droit politique (le droit public) et le droit positif. Ces deux distinctions nous fournissent conjointement le moyen de déduire l'idée loughlinienne de la constitution. Loughlin rejette l'équivalence établie dans la doctrine du droit public entre le droit public et le droit positif. Les normativistes en droit public prétendent que ce droit se résume aux règles juridiques du droit positif, fussent-elles posées par le Parlement ou déduites par les tribunaux. Cependant, pour Loughlin, le droit politique a un champ beaucoup plus vaste que le droit positif. Le droit politique est l'ensemble de règles, de pratiques, de coutumes, de conventions, de procédures, d'habitudes, et de décisions des gouvernants, visant à gérer les conflits entre les individus et les groupes au sein de la société en employant la prudence politique.

Le droit positif ne constitue qu'une partie du droit politique, de la même façon que le gouvernement n'est qu'une des composantes de l'État. Désormais, il devient facile de lier les deux groupes de notions. La lecture la plus probable de Loughlin sur ce point serait de dire que l'État fonctionne par le biais du droit politique – qui, soulignons-le, n'est pas du droit au sens de règles à suivre, mais un type particulier de discours politique –, tandis que le gouvernement est régi par le droit positif.

Quelle en est la conséquence pour la constitution ? Il nous semble plausible de penser que Loughlin introduit implicitement deux sens distincts mais reliés de la constitution ;

1. La constitution au sens large, qui se rattache à l'État et qui fonctionne par le biais du droit politique. Nous pouvons nous hasarder à dire que la constitution, dans ce

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 297.

premier sens, est le « mode d'être politique » d'un peuple qui se manifeste dans le droit politique particulier à celui-ci.

2. La constitution au sens étroit, qui est la constitution du gouvernement et qui correspond à l'idée « juridique » de la constitution.

Par conséquent, on ne saurait prétendre avec exactitude que Loughlin voudrait éradiquer la notion juridique courante de la constitution. Une meilleure interprétation serait de dire qu'il accepte l'usage du mot « constitution » dans son sens étroit, tout en mettant ses interlocuteurs en garde contre la réduction de la constitution d'État à la constitution du gouvernement.

Finalement, pour Loughlin, « les Constitutions modernes sont des outils de gouvernance (*art de gouverner, Statecraft*). Elles ont deux fonctions qu'elles remplissent simultanément : le maintien et le changement. C'est-à-dire qu'elles permettent de maintenir un cadre fixe et stable de gouvernement, en même temps qu'elles accommodent les changements. Ces deux fonctions correspondent aux deux exigences d'utilité et d'autorité de la constitution. Pour que la constitution ait de l'autorité, il faut la concevoir comme étant au-dessus des lois ordinaires. Pour qu'elle soit utile, il faut qu'elle soit capable de s'ajuster aux changements. L'importance et la pertinence du droit politique pour comprendre les dispositifs constitutionnels modernes se manifestent dans ces mécanismes de maintien et de changement »<sup>91</sup>.

La distinction que Loughlin fait entre l'État et le gouvernement est assez convaincante, contrairement à sa distinction entre la constitution de l'État et la constitution du gouvernement. Loughlin ne fait allusion à cette différenciation qu'en passant, et ne le développe guère. En outre, la nature de la constitution de l'État n'est pas claire. Est-ce que l'État est la même chose que sa constitution, au premier sens de la constitution tel que théorisé par Carl Schmitt<sup>92</sup> ? Est-ce que la constitution de l'État est distincte de l'État

---

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>92</sup> Selon Carl Schmitt, la constitution au sens absolu (premier sens de la constitution) se définit par : « la structure globale concrète de l'unité politique et de l'ordre social d'un État précis ». En ce sens, la constitution est la même chose que l'État : « L'État n'a pas une constitution en vertu de laquelle la volonté de l'État se forme et se réalise, mais l'État est constitution, c'est-à-dire un état (*Zustand*) donné défini par son être, un *status* d'unité et d'ordre. » SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Lilyane Deroche (trad.), Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p. 132.

lui-même, et si oui, est-elle de nature juridique ? Autrement dit, est-elle la traduction du pouvoir constituant en termes de règles juridiques ? Dans ce cas, quel serait l'intérêt de sa distinction avec la constitution du gouvernement, la constitution au sens du droit positif ? Si la réponse est négative, comment appréhender concrètement une constitution formée à partir des préceptes du droit politique et comment garantir la conformité de la constitution du gouvernement (le droit positif) avec la constitution de l'État (le droit politique) ?

En outre, ce récit de la genèse de la constitution – constitué des quatre concepts : État, gouvernement, constitution d'État et constitution de gouvernement – suscite un autre problème : il ne s'accorde pas avec le récit loughlinien du pouvoir constituant, traité dans le prochain chapitre. Pour le moment, il est nécessaire de remarquer que Loughlin finit par adopter un schéma du pouvoir constituant dans lequel celui-ci, c'est-à-dire la nation, annonce sa volonté politique en générant une constitution politico-juridique, une constitution qui change et évolue selon l'expression graduelle de ce pouvoir. En conséquent, il semble que définir la constitution par l'acte à travers lequel, selon les mots de Loughlin, « une unité politique est constitué *par* un ordre juridique », met en péril l'intérêt de la notion même d'une constitution d'État. L'analyse des détails de son raisonnement nous aidera à évaluer la pertinence de cette notion.

A l'occasion de l'analyse de la notion du pouvoir constituant dans la section qu'il y destine dans *Foundations of Public law*, Loughlin cite un passage de Sieyès. À propos du pouvoir constituant, Sieyès écrit : « La volonté nationale, au contraire, n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité. Non seulement la Nation n'est pas soumise à une constitution, mais elle ne *peut* pas l'être, mais elle ne doit pas l'être, ce qui équivaut encore à dire qu'elle ne l'est pas »<sup>93</sup>. Dire que la nation ne *peut* pas être soumise à une constitution équivaut à ce que le pouvoir constituant, compris en ce sens, ne peut donner lieu à une quelconque notion de constitution d'État. La nation, nous dit Sieyès, « a simplement besoin de la réalité de son existence pour être légal. Elle

---

<sup>93</sup> SIÉYES Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-État, suivi de L'Essai sur les privilèges* [en ligne], Alexandre Correard (éd.), 1822, p. 85.

est l'origine de toute légalité ». Loughlin ne peut donc confirmer la distinction en question en se référant à Sieyès.

Le problème vient de l'ambiguïté de la notion de constitution d'État. La vision de Sieyès – et aussi de Schmitt influencé par ce dernier par rapport au pouvoir constituant – est cohérente avec le schéma des deux pactes. Un pacte initial fonde l'État et donne naissance au pouvoir constituant, lequel conclut un deuxième pacte qui est la constitution. Cette dernière équivaut à ce que Loughlin désigne comme la constitution du gouvernement, puisque selon l'analyse qu'il en donne, le pouvoir constituant se « canalise » dans des cadres juridiques et décide de l'appareil institutionnel censé être la concrétisation extérieure de l'État. En conclusion, la notion de de constitution d'État dans ce schéma nous semble inutile.

En examinant de manière plus détaillée le problème du pouvoir constituant dans la théorie de Loughlin (chapitre III), nous arriverons à une synthèse qui permettra de proposer une certaine définition loughlinienne de la constitution.

### Chapitre III - Le pouvoir constituant

Dans le chapitre précédent, nous avons vu la manière dont Loughlin explique la nécessité et les conséquences d'une distinction entre la constitution d'État et la constitution du gouvernement. Dans ce chapitre, nous aborderons la question du pouvoir qui est à l'origine de la constitution, le pouvoir constituant.

La première étape de la démarche de Loughlin à propos du pouvoir constituant consiste à souligner son importance. Loughlin critique le normativisme qui a contribué à la méconnaissance de la notion du pouvoir constituant et de ses enjeux conceptuels dans le domaine du droit public. Afin de combler cette lacune, il montre la genèse et l'évolution de la notion dans l'histoire des idées politiques. En deuxième lieu, il porte son attention sur le problème divisant les deux approches du constitutionnalisme, c'est-à-dire le rapport entre la démocratie – l'expression du pouvoir constituant – et la constitution. Un des thèmes majeurs du constitutionnalisme politique est celui de l'antagonisme entre la constitution et la démocratie (cf. chapitre I de la première partie) et le problème de la justification des dispositifs constitutionnels qui limitent et cantonnent l'expression de la volonté démocratique à leur cadre. La prise de position de Loughlin à cet égard apporte une certaine complexité à sa pensée, de ce fait, il est difficile de le catégoriser définitivement comme un constitutionnaliste politique (A).

En outre, la notion du pouvoir constituant pose un problème en elle-même ; le pouvoir constituant, c'est-à-dire le peuple qui est censé engendrer la constitution, ne peut pas avoir une unité dotée de volonté sans être préalablement organisé par la constitution. Loughlin dénomme ce problème le « paradoxe du constitutionnalisme » ou le « paradoxe du pouvoir constituant » et tente de le résoudre en accordance avec sa théorie du lien entre le droit et la politique (B).

## A. LE CONSTITUTIONNALISME ET LA DÉMOCRATIE

La thèse principale de Loughlin, la *Political jurisprudence* (droit politique) consiste à regarder le droit et la politique comme deux dimensions d'une même activité, l'activité de gouverner (*governance*), qui, dans les temps modernes, se conduit au sein de l'État. C'est pour cela qu'il ne peut pas accepter l'antagonisme entre la constitution et le constitutionnalisme – le droit –, d'un côté et de la démocratie et de l'auto-détermination du peuple –la politique–, de l'autre. Défendant sa thèse sur ce terrain, Loughlin s'appuie sur la notion clé de « pouvoir constituant » pour lier l'un à l'autre, et montrer que le droit est le cadre, c'est-à-dire la forme d'expression du politique. En d'autres termes, la constitution rend la démocratie possible et de son côté, la démocratie donne son dynamisme à la constitution.

L'importance de la notion du pouvoir constituant se montre dès le premier ouvrage que Loughlin consacre au droit politique, *The Idea of Public Law* (2003). Le pouvoir constituant est une des notions dont il examine la genèse et l'évolution dans l'histoire des idées de droit politique. Il reprendra l'idée dans son *opus magnum* de 2010, *The Foundations of Public Law*. Il a également consacré un article au retracement de la notion dans l'histoire des idées politiques en Angleterre<sup>94</sup>.

Loughlin considère que le pouvoir constituant est une des notions-clé occultées par le normativisme dominant. Il estime qu'il est nécessaire de la réinsérer dans la théorisation du droit constitutionnel afin d'aboutir à une représentation précise des constitutions modernes. Il entreprend son analyse avec sa méthode habituelle, c'est-à-dire en retraçant la notion chez les auteurs classiques de droit politique<sup>95</sup>. Il identifie l'origine de l'idée du pouvoir constituant dans l'idée du consentement du peuple. Loughlin retrouve les premières traces de cette idée dans la pensée de Machiavel. Pour Loughlin,

---

<sup>94</sup> LOUGHLIN Martin, « Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice », in *The Paradox of Constitutionalism; Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>95</sup> Selon Loughlin, la méthode du droit politique était la méthode des penseurs classiques de la philosophie politique moderne pour penser la gouvernance et son droit. Il considère plusieurs auteurs des 16<sup>ème</sup> au 18<sup>ème</sup> siècles, dont Bodin, Machiavel, Montesquieu, Hobbes, Locke, Rousseau et Hegel, comme les précurseurs du droit politique.

Machiavel est le premier à reconnaître un rôle décisif pour le peuple dans un État, puisque contrairement à la conception organiciste du Moyen-Âge – dans lequel l'autorité du roi est fondée sur la volonté divine –, il pose l'opposition des gouvernants et gouvernés au cœur de dynamique d'un État. De la sorte, c'est avec Machiavel que le peuple entre sur la scène politique et devient une des parties du rapport politique. Avec Hobbes, Rousseau et Locke, le pouvoir constituant, fondé sur le consentement du peuple, prend des dimensions plus précises. On assiste à une sophistication de cette notion<sup>96</sup>.

Le moment constitutionnel américain marque le basculement décisif vers la conception normativiste. Madison, dans le numéro 10 des *Federalist Papers*, distingue entre le républicanisme et la démocratie. Il accorde sa préférence au républicanisme et raisonne contre l'idée de démocratie directe, parce que pour lui, le vrai gouvernement du peuple n'est possible et souhaitable qu'à l'intérieur des limites institutionnelles, c'est-à-dire le républicanisme :

« Une pure démocratie, par quoi j'entends une société comprenant un petit nombre de citoyens qui s'assemblent pour administrer le gouvernement en personne, ne peut admettre aucun remède aux méfaits des factions. [Dans une démocratie], il n'y a rien pour contrebalancer la motivation à sacrifier la partie la plus faible ou un individu odieux. C'est ainsi que de telles démocraties ont toujours offert le spectacle des troubles et des discordes, se sont toujours trouvés incompatibles avec la sécurité personnelle ou les droits de la propriété et ont en général été d'une vie aussi courte que d'une mort violente. [...] Une république, par quoi j'entends un gouvernement dans lequel l'idée de représentation est mise en place, ouvre une autre perspective, et promet le remède que nous cherchons »<sup>97</sup>.

En somme, Madison affirme que le républicanisme est la démocratie encadrée et rendue possible par la constitution. Selon lui, la démocratie représentative est le meilleur et le seul moyen d'avoir une gouvernance démocratique.

Loughlin se situe également dans cette lignée, et accentue le rôle clé du pouvoir constituant qui joint ensemble la démocratie et la constitution. Loughlin s'oppose à l'idée

---

<sup>96</sup> LOUGHLIN Martin, *The Idea of public law, op. cit.*, p. 101-105.

<sup>97</sup> HAMILTON Alexander, JAY John, MADISON James *et al.*, *Le fédéraliste*, Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 135-136.

de l'existence d'un antagonisme entre le droit – la constitution – et la démocratie. Cette fautive mais prévalente idée puise sa source dans les caractéristiques du droit et de la fonction de la démocratie, puisque, ainsi qu'il écrit dans une belle formule : « le droit regarde vers le passé, tandis que la démocratie et la volonté du peuple sont changeantes, vivantes et regardent vers le futur »<sup>98</sup>. Or, cette vision est faussée. Une telle idée vient de l'erreur initiale du normativisme, celle de la distinction des domaines respectifs du droit et de la politique.

De la sorte, il n'y aurait aucune contradiction entre la démocratie et le constitutionnalisme. La constitution fournit le cadre à l'intérieur duquel la démocratie, cette abstraction qui est la volonté du peuple, pourra se prononcer. Le pouvoir constituant s'exprime au moment où la volonté du peuple se traduit en règles juridiques ; des règles qui sont précisément posées pour permettre l'expression permanente du pouvoir constituant, lequel s'inscrirait dans le temps. De ce fait, le pouvoir constituant lie effectivement les dimensions politique et juridique de l'État. Loughlin résume ainsi son rôle : « *Le pouvoir constituant est le principe génératif des dispositifs constitutionnels modernes* [nous soulignons]. Il donne une expression juridique à ces forces qui irritent constamment la constitution formelle, de ce fait garantissant qu'elle puisse jouer sa fonction politique »<sup>99</sup>.

Ainsi, Loughlin résout le problème de la conciliation du constitutionnalisme et de la démocratie en recourant à la notion de pouvoir constituant. Il convient enfin de remarquer qu'en conciliant la démocratie et le constitutionnalisme et aussi dans la mesure où il accorde la préférence au républicanisme (gouvernement par représentation) à la démocratie (directe), Loughlin diffère de la plupart des constitutionnalistes politiques. Comme nous l'avons vu au chapitre I de la première partie, l'un des traits du constitutionnalisme politique est l'idée de l'antagonisme entre les deux. Cette optique complexifie la pensée de Loughlin qui résiste de ce fait aux catégorisations précipitées.

Le pouvoir constituant ne sert pas juste à lier la constitution et la démocratie, le droit et la politique. Outre la question du rapport entre la constitution et la démocratie, la notion

---

<sup>98</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 100.

<sup>99</sup> *Ibid.*

du pouvoir constituant porte en elle-même un problème théorique considérable, problème qui a été mis à jour par Carl Schmitt et préoccupe depuis lors les théoriciens de droit public. Loughlin y consacre également une partie de ses efforts théoriques dans *Foundations*. Nous examinerons, dans la section finale, la manière dont il résout le problème conceptuel du pouvoir constituant.

### B. LE PARADOXE DU POUVOIR CONSTITUANT

« Le constitutionnalisme a pour base deux impératifs fondamentaux qui sont antagonistes : le premier est que le pouvoir gouvernemental a pour fondement le « consentement du peuple », et le deuxième est que pour que ce pouvoir soit effectif, il faut qu'il soit divisé, contenu et exercé à travers des formes institutionnelles distinctes. Le peuple, comme l'a dit Maistre, est un souverain qui ne peut pas exercer la souveraineté. Le pouvoir que le peuple possède, ne peut être exercé qu'à travers des formes constitutionnelles qui sont déjà en place ou qui sont en cours d'établissement. Cela est, dans sa formulation la plus rudimentaire, ce que l'on appelle le paradoxe du constitutionnalisme »<sup>100</sup>.

C'est avec ce paragraphe édifiant que Loughlin et Walker introduisent le recueil d'articles consacré à la réflexion sur la contradiction apparente qui existe dans le concept de pouvoir constituant. La notion du pouvoir constituant se fonde sur la reconnaissance d'une distinction entre deux pactes. Cette distinction, dont l'occultation par le normativisme est la cible de l'attaque loughlinienne, repose sur l'acceptation d'une entité préalable à la constitution « juridique ». Cette entité consiste en l'unité politique qui « constitue » l'office du gouvernement par sa volonté. Par conséquent, nous avons affaire à deux pactes. Le premier crée l'unité politique – c'est-à-dire l'État –, et le deuxième conçoit la constitution du gouvernement, c'est-à-dire l'ensemble des règles du droit positif. Le pouvoir constituant, dans ce tableau, ainsi que Loughlin l'écrit, est « le résultat du pacte politique, qui à son tour, autorise le contrat constitutionnel »<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> LOUGHLIN Martin et WALKER Neil, « Introduction », in *The Paradox of Constitutionalism ; Constituent Power and Constitutional Form*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>101</sup> “The power created as a result of the political pact, which then authorizes the constitutional contract, is the constituent power”, LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, p. 221.

Le problème peut être formulé en ces termes. Au commencement de l'histoire de l'État, un premier pacte existe qui forme l'unité politique et donne naissance au pouvoir constituant. Le pouvoir constituant, après avoir été formé, désigne les formes et le cadre institutionnel dans lequel il consent à être gouverné. Mais le problème qui surgit n'est pas anodin : vu que le pouvoir constituant est censé être la volonté collective du peuple, comment une multitude d'individus se sont mis d'accord sur la constitution sans avoir été organisée et institutionnalisée préalablement ? Le pouvoir constituant (l'État-nation) a-t-il sa propre constitution ? Si ce n'est pas le cas, comment expliquer que la nation (le pouvoir constituant) décide de la constitution du gouvernement sans être organisée pour sortir de l'état d'une « multitude » et former une « unité » ?

Plus simplement, le premier pacte qui donne naissance au pouvoir constituant est aussi celui par le biais duquel l'unité politique voit le jour. Alors qu'il faudrait qu'il existe préalablement une unité, au lieu d'une multitude d'individus, pour conclure le pacte. Loughlin expose de la sorte ce problème : « Une multitude d'individus – dans sa diversité et sa pluralité– ne peut détenir ce pouvoir [le pouvoir constituant]. Ce concept doit incorporer une notion de peuple en tant qu'un « corps collectif », conscient de son existence politique et de sa capacité d'action. Comment réconcilier l'aspect symbolique – gouvernement fondé « sur, *on* » the people – et l'aspect empirique – multitude d'individus et le conflit qui résulte de leurs actions, gouvernement « par, *by* » le peuple – ? »<sup>102</sup>. Ce problème est formulé sous l'expression de « paradoxe du constitutionnalisme »<sup>103</sup> ou « paradoxe du pouvoir constituant »<sup>104</sup>.

Pour répondre à ce paradoxe, Loughlin se tourne vers Rousseau qu'il considère comme un des penseurs classiques du droit politique et qui avait déjà mis en lumière ce problème dans sa philosophie politique. Rousseau découvre le paradoxe au moment de la conclusion de son fameux Contrat Social et de la fondation de la société politique. En effet, selon les termes de Loughlin, Rousseau pose cette question : « Comment est-il possible qu'une multitude d'individus, étrangers les uns aux autres puissent se

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>103</sup> LOUGHLIN Martin et WALKER Neil, « Introduction » to *The Paradox of Constitutionalism ; Constituent Power and Constitutional Form*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>104</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 226.

rencontrer, délibérer et rationnellement s'accorder sur un cadre commun de gouvernement ? »<sup>105</sup>. Rousseau remarque que le pouvoir constituant, censé être un sujet unifié, doté de volonté collective et fonder l'État, ne peut voir le jour qu'après la formation de l'État :

« Pour qu'un peuple naissant pût goûter les saines maximes de la politique et suivre les règles fondamentales de la raison d'État, il faudrait que l'effet pût devenir la cause ; que l'esprit social, qui doit être l'ouvrage de l'institution, présidât à l'institution même ; et que les hommes fussent avant les lois ce qu'ils doivent devenir par elles. Ainsi donc le législateur ne pouvant employer ni la force ni le raisonnement, c'est une nécessité qu'il recoure à une autorité d'un autre ordre, qui puisse entraîner sans violence et persuader sans convaincre »<sup>106</sup>.

Examinant l'histoire des idées, Loughlin fait de la sécularisation de l'autorité gouvernementale l'évènement dont le résultat a été l'apparition de ce paradoxe. En effet, si la source du pouvoir politique est la volonté divine, si c'est Dieu qui veut que les individus obéissent à leur monarque, le problème ne se pose pas. Le pouvoir constituant appartient au monarque comme représentant de la volonté divine<sup>107</sup>. Dès que l'on conçoit le peuple comme sujet, en même temps que l'objet du rapport de gouvernement, le paradoxe du pouvoir constituant se manifeste. Plusieurs individus sont censés agir en tant que corps collectif distinct, muni d'une volonté distincte – la volonté générale – pour conclure le pacte qui fonde l'État, alors ce corps n'existera qu'en tant que résultat d'un tel pacte. Loughlin énonce cette question dans une formule simple : « Quel est le pouvoir constituant, ce corps unifié et concerté, alors qu'avant l'État, il n'y a que des individus en conflit ? »<sup>108</sup>. Il écrit : « Dans le cadre du pouvoir constituant, cette question est finalement la question de la nature de l'identité collective <sup>109</sup> ».

À cette question, généralement deux types de réponses ont été apportées dans la pensée du droit public. Celle du positivisme juridique et celle des adversaires du positivisme, particulièrement Carl Schmitt. Mais Loughlin estime les deux solutions

---

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du Contrat Social ou Principe du droit politique* [en ligne], Union Générale d'Éditions, 1792, p. 37.

<sup>107</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 226.

<sup>108</sup> LOUGHLIN Martin, *The Idea of public law*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>109</sup> LOUGHLIN Martin, *op. cit.*, p. 226.

insuffisantes. Une troisième voie est nécessaire afin d'appréhender correctement la constitution, à la croisée du politique et du juridique.

La première solution est celle du normativisme. Nous l'avons vu précédemment, pour Loughlin, le normativisme dominant a contribué à ce que la notion du pouvoir constituant soit totalement mise de côté dans le droit public. Selon la méthodologie positiviste des normativistes, la science du droit doit être purifiée de toutes considérations non-juridiques, fussent-elles politiques, morales, ou théologiques. Il en résulte que la doctrine dominante a fini par reléguer le pouvoir constituant au rang des concepts qui ne concernent pas directement la discipline du droit. Dans l'image positiviste de la constitution, le pouvoir constituant s'est prononcé une fois dans l'Histoire, au moment de la création de la constitution « juridique » et s'est manifesté sous la forme des normes de la constitution. Dès lors, il est considéré comme une notion politique, objet de la réflexion des philosophes politiques, et doit être maintenu hors du champ de l'analyse juridique. Ainsi, le normativisme a contribué à l'occultation totale du concept du pouvoir constituant, car il ne reconnaît que le pouvoir constitué. Loughlin estime que « les lectures normativistes considèrent la fondation [de l'État] comme un acte de pure représentation et de ce fait, absorbent le pouvoir constituant dans le pouvoir constitué »<sup>110</sup>.

Loughlin se situe dans la lignée de Carl Schmitt pour critiquer cette réponse, ou plutôt le refus d'une réponse de la part des positivistes constitutionnalistes en Angleterre. Il s'inspire de Schmitt et de l'importance primordiale que le pouvoir constituant prend dans la théorie constitutionnelle de celui-ci. En effet, Schmitt a mis en garde contre la vision positiviste kelsénienne selon laquelle la constitution comme norme se fonde sur elle-même et la notion de pouvoir constituant n'a pas lieu d'être. Au contraire, il insiste sur le lien entre l'être (le fait) et le devoir-être (la norme) et montre que le pouvoir constituant – la volonté du peuple – est au fondement de la constitution : « En réalité, une constitution est valide parce qu'elle émane d'un pouvoir constituant, et est posée par la volonté de celle-ci. Par opposition aux simples normes, le mot « volonté » pose une puissance définie par son être comme l'origine du devoir-être. La volonté est donnée

---

<sup>110</sup> *Ibid.*

existentiellement, sa puissance ou son autorité résident dans son être »<sup>111</sup>. Par conséquent, le pouvoir constituant doit nécessairement être pris en compte dans une explication théorique de la constitution.

Loughlin accepte la première partie de l'énoncé de Schmitt. Il trouve, à l'instar de ce dernier, que le pouvoir constituant doit avoir une place dans la théorie du droit public. Mais à propos de la nature de l'identité collective, c'est-à-dire de l'origine du pouvoir constituant, Loughlin n'accepte pas la réponse de Schmitt. À la question de l'origine ce peuple unifié, doté de volonté collective, ce pouvoir constituant, Schmitt répond que le peuple s'est formé à travers l'histoire, donc tout simplement que le peuple « existe ». Autre façon de dire qu'il ne s'encombre pas du paradoxe, puisque le peuple, doté de volonté collective, « est », et « sa puissance ou son autorité réside dans être »<sup>112</sup>. Plus loin, Schmitt applique cette notion du pouvoir constituant au peuple allemand et la Constitution de Weimar : « L'unité du Reich allemand ne repose pas sur ces 181 articles et leur validité, mais sur l'existence politique du peuple allemand. La *volonté* du peuple allemand –donc un élément existentiel – fonde l'unité politique et de droit public. La constitution de Weimar est valide parce que le peuple allemand s'est donné cette constitution »<sup>113</sup>.

Loughlin nie précisément cette qualité d'existentielle au pouvoir constituant. Bien qu'il s'accorde avec Schmitt sur l'importance de la reconnaissance de la notion du pouvoir constituant pour une analyse lucide du mécanisme de la gouvernance, il ne peut accepter la dimension existentielle et quasi-mystique du peuple qui existe chez Schmitt<sup>114</sup>: « Schmitt maintient que le pouvoir constituant est l'expression du pouvoir direct du

---

<sup>111</sup> SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 137.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>114</sup> La notion du peuple chez Schmitt trouve son sens à la lumière de sa théorie théologico-politique. Il existe une littérature considérable sur la pensée politico-juridique de Carl Schmitt. Pour une analyse d'une perspective de philosophie de droit, voir: KERVÉGAN Jean-François, *Que faire de Carl Schmitt*, Paris, Gallimard, 2011; JOUANJAN Olivier, « Et si l'on ne faisait rien de Carl Schmitt », *Philosophiques*, 39, 2012. Pour des analyses sur sa théorie de constitution et de droit public, voir: DYZENHAUS David (dir.), *Law as politics*, Durham, Duke University Press, 1998. Pour une analyse des arguments du débat entre Schmitt et Kelsen à propos du pouvoir constituant et de ses conséquences sur le rapport entre la démocratie et l'État de droit, voir: LINDAHL Hans, « Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood », in *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Ed. by : Martin Loughlin & Neil Walker, *op. cit.*, p. 9-24.

peuple, afin de se donner une forme constitutionnelle. Mais là où le normativisme est purement formel et auto-fondé, l'unité existentielle de Schmitt présuppose une mystérieuse égalité substantielle antérieure pour le peuple »<sup>115</sup>.

C'est sur la base de cette définition du peuple que Schmitt pense l'antagonisme entre la démocratie et le constitutionnalisme, entre la présence immédiate du peuple et sa représentation. Schmitt suppose une opposition entre représentation et présence, puisque le peuple, s'il est représenté, ne peut plus être présent. Loughlin refuse de souscrire aux conséquences de ce raisonnement. Il n'accepte ni la réponse des positivistes, ou de Kelsen, qui voient seulement le pouvoir constitué, c'est-à-dire l'appareil institutionnel des normes digne d'intérêt pour la discipline du droit, ni la réponse schmittienne dont la conséquence serait de concevoir une volonté générale sans aucune organisation ou cadre juridique, car ce serait une « représentation », alors que le peuple est censé être présent et « créer » du néant la loi, sans aucune médiation. Pour Loughlin, aucune des deux réponses ne peuvent expliquer le paradoxe du pouvoir constituant. Ce serait méconnaître la structure des constitutions des États modernes que de vouloir gommer le fait, le présent et le pouvoir constituant au nom de la norme, de la représentation et de l'appareil institutionnel constitué des règles – ce que fait le normativisme kelsenien –, ou l'inverse, c'est-à-dire ce que font tous les théoriciens qui défendent la démocratie en opposition à l'État de droit et au constitutionnalisme dans la lignée de Schmitt.

Dès lors, le paradoxe du pouvoir constituant ne peut être résolu qu'en surmontant l'opposition entre représentation et présence, entre la factualité du peuple et sa volonté d'un côté, et de l'autre, la normativité des normes qui émane de son pouvoir constituant. Telle solution, Loughlin le trouve dans la contribution du philosophe contemporain du droit, Hans Lindahl, professeur à l'Université de Tilburg. Loughlin s'appuie sur l'analyse édifiante de Lindahl sur la notion d'autoconstitution et le sens exact de l'identité collective du peuple, telle que celui-ci le présente dans l'article incorporé dans le recueil « The

---

<sup>115</sup> LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law*, op. cit., p. 226.

Paradox of Constitutionnalism » dirigé par Loughlin, intitulé *Constituent Power and Reflexive Identity : Towards an Ontology of Collective Selfhood*<sup>116</sup>.

Dans cet article riche et détaillé, Lindahl défend l'idée de « l'identité réflexive » du peuple, comme la solution pour sortir de l'opposition déroutante entre représentation et présence. Lindahl défend deux thèses : selon la première, l'impasse du débat Kelsen-Schmitt sur la nature de l'identité collective vient de leur définition incorrecte de « l'identité » dans l'« identité collective », c'est-à-dire le « nous » composé de chaque « je », duquel émane la volonté constituante<sup>117</sup>. Lindahl part de la distinction entre deux notions d'identité, qui est fondée sur la distinction de Paul Ricoeur entre *idem* (identité-mêmeté) et *ipse* (l'identité au sens de soi-même)<sup>118</sup>. Lindahl applique cette distinction sur l'identité collective présumée du peuple. Il distingue deux significations du mot identité : identité collective au sens d'être « identique, le même » (*sameness*), c'est-à-dire l'établissement d'un rapport d'identité-mêmeté entre gouvernants et gouvernés ; et identité au sens d'être « soi-même » (*collective selfhood*). Pour Lindahl, la confusion commence quand on pense que l'identité du corps du peuple est l'identité au sens que les gouvernants et les gouvernés sont les « mêmes », alors que dans la formule « autoconstitution » du peuple, « auto » réfère au peuple « identique à soi-même »<sup>119</sup>. La grande différence entre l'identité-*idem* et l'identité-*ipse* est que l'identité-mêmeté s'oppose à la « différence », tandis que l'identité au sens de soi-même s'oppose à « l'altérité, à l'autre ».

Quelle en est la conséquence pour l'identité collective ? Lindahl nous explique : « L'action intentionnelle partagée est réflexive sous deux aspects : premièrement, les membres d'un groupe se voient – et sont donc l'objet d'une intention – comme l'unité qui veut (a l'intention) d'agir en collectif, d'où la notion d'un sujet collectif. Deuxièmement, l'acte est pris pour le bien du collectif. Cette double réflexivité se manifeste quand on

---

<sup>116</sup> LINDAHL Hans, *op. cit.*

<sup>117</sup> LINDAHL Hans, *op. cit.*, p. 14.

<sup>118</sup> Voir: RICŒUR Paul, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990.

<sup>119</sup> LINDAHL Hans, *op. cit.*, p. 15.

parle de la constitution « d' » un peuple, qui s'oppose à une constitution « étrangère [extérieure] », bref, une constitution imposée à un peuple »<sup>120</sup>.

Appréhender l'identité collective en tant que *selfhood*, nous permet de dévoiler le vrai sens de l'autoconstitution collective, qui est de « constituer *par* un soi collectif, le soi collectif » (*constitution 'by' and 'of' a collective self*)<sup>121</sup>. C'est pour cela que la conception schmittienne d'un peuple qui existe déjà de lui-même et crée la constitution à partir du néant – comparable au geste créateur de Dieu et la loi naturelle –, n'est pas convaincante. Dans un procédé réflexif, le pouvoir constituant et la constitution s'engendrent mutuellement. Le peuple « se » donne une constitution, mais elle est en même temps le produit de la constitution. Ainsi que Lindahl écrit : « Schmitt a raison de dire que les actes fondationnels suscitent une présence qui interrompt les pratiques de représentation, mais cette rupture ne révèle pas – et ne peut pas révéler– un peuple à soi-même, comme immédiatement présent à soi, en tant qu'un sujet collectif <sup>122</sup>». Définir le peuple, désigner quels individus y sont inclus et quels sont les intérêts suivis par ce groupement, se fait au moyen de la constitution. En effet, Lindahl affirme : « Il ne peut pas y avoir un 'nous' qui forme un peuple, en l'absence d'un acte qui opère la fermeture, prenant l'initiative politique de décider quels buts ou intérêts joignent la multitude en une multitude, et quels individus font partie du 'peuple' »<sup>123</sup>. Ce qui fait que « l'autoconstitution commence comme un acte qui constitue le soi collectif, dans le même procédé qui consiste à agir en son nom »<sup>124</sup>.

Conséquemment, pour Lindahl : « Le paradoxe du pouvoir constituant indique que l'autoconstitution commence par la constitution d'une unité politique *par* un ordre juridique, et non pas la constitution d'un ordre juridique par une unité politique. Quelqu'un doit prendre l'initiative de déterminer quels sont les intérêts partagés par le collectif et qui y appartient » <sup>125</sup>.

---

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 22; Pour des analyses similaires en français, voir: BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « Démocratie et représentation: Pour une critique du débat contemporain », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique : essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Olivier Jouanjan

Loughlin incorpore la thèse de Lindahl dans sa propre position sur le pouvoir constituant. Il écrit donc que « le pouvoir constituant ne concerne pas seulement l'exercice du pouvoir par un peuple : il constitue simultanément un peuple<sup>126</sup> ». Appréhender le rapport entre le pouvoir constituant et le pouvoir constitué (la constitution) en termes de relation réflexive donne finalement une cohérence à la thèse principale de Loughlin à l'égard de la constitution, c'est-à-dire la constitution comme générateur du pouvoir politique, en tant que phénomène politico-juridique qui est à la croisée des chemins entre le juridique et le politique.

---

(trad.), Paris, LGDJ, 2000, p. 294-314; JOUANJAN Olivier, « Herman Heller : Crise de l'État, crise de la théorie », in *La crise de la théorie de l'État*, Paris, Dalloz, 2012.

<sup>126</sup> LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, p. 226.

## CONCLUSION

Vu à la lumière de son *droit politique*, la constitution pour Loughlin est une idée politico-juridique qui désigne la totalité des pratiques, règles, coutumes et institutions qui constituent un État particulier.

Dans sa quête théorique pour dévoiler la meilleure méthode d'appréhension du phénomène de droit public dans le monde moderne, et pour expliquer l'évolution du sens de la constitution depuis l'apparition de l'idée moderne du constitutionnalisme, Martin Loughlin montre l'erreur de la méthode positiviste qui réduit la constitution et le droit constitutionnel à un ensemble de normes juridiques. Dans le cadre de la nouvelle méthode de connaissance de droit public – le droit public en tant que droit politique, *Political Jurisprudence* – qu'il espère avoir fondée, la constitution n'est pas simplement constituée de normes juridiques. Les règles juridiques n'en forment qu'une partie. En outre, la normativité des règles est en rapport réflexif avec la facticité de la politique, la volonté constituante et la voix du peuple qui mettent en marche l'appareil institutionnel du gouvernement.

La constitution, pour Martin Loughlin, a un sens assez proche de la constitution dans la pensée grecque. Les constitutions sont l'ensemble de pratiques, de règles et de coutumes formées à travers le temps, qui traduisent le *mode d'être politique* de chaque peuple. Ainsi, chaque constitution est propre à chaque unité politique, à chaque État-nation. Les constitutions, pour celui-ci, sont « les articulations loyales du cadre normatif qui convient à un peuple particulier »<sup>127</sup>.

Contrairement à la vision de la constitution selon le normativisme, avec son recours réitéré aux concepts idéologiques telle que l'État de droit (*Rule of law*) ou la *Judicial review*, la constitution n'est pas un rempart juridique contre les abus du politique. De la même manière, les juges n'ont pas le monopole de l'interprétation de la constitution. Avec les transformations qu'a subi l'État moderne, s'en tenir à ces vieilles doctrines inspirées

---

<sup>127</sup> LOUGHLIN Martin, *Political jurisprudence*, *op. cit.*, p. 4.

de l'antagonisme pouvoir/liberté du libéralisme classique n'a aucun sens ; surtout que partout en Europe, et même au Royaume-Uni où l'étatisme au sens continental est absent, l'État bureaucratique est venu à prendre en charge tous les domaines de la société. Il nous faut une nouvelle approche pour examiner le rôle et le fonctionnement de l'État dans la société et le rôle du droit dans le fonctionnement de l'État. Cela n'est possible qu'en considérant la constitution et son droit politique comme le lieu où la politique et le droit se rencontrent, ou pour mieux dire, où la politique se traduit en termes de droit. Non seulement le pouvoir politique n'enchaîne pas la liberté, au contraire, lui-même produit par le processus dynamique et réflexif de la politique, il rend la liberté possible. Pour ce faire, le pouvoir s'autolimité et se manifeste dans les règles juridiques. Dans un procédé paradoxal, le pouvoir se limite et se divise pour s'augmenter. La constitution est ce qui sort de ce processus.

Dans le cadre de cette étude, nous avons vu sous quel angle Loughlin critique l'idée de la constitution comme norme et avance une définition plus large de celle-ci. Étant donné que la recherche loughlinienne se poursuit, et vu l'ambiguïté de certaines de ses analyses, il est difficile de défendre l'interprétation entreprise dans le cours de cette étude comme certaine et définitive. Malgré cela, il nous apparaît juste d'associer la pensée constitutionnelle de Loughlin au particularisme conceptuel, l'anti-normativisme (fonctionnalisme), l'antirationalisme<sup>128</sup>, le réalisme juridique, le constitutionnalisme politique et le positivisme juridique<sup>129</sup>. L'idée que nous attribuons ici à Loughlin à propos de la constitution est celle qui nous semble avoir le plus de pertinence à la lumière du grand projet de Loughlin : le droit public en tant que *Political Jurisprudence*.

Des doutes ont été exprimés sur le succès du projet de Loughlin, dont l'analyse est hors de notre sujet et de notre compétence, puisqu'ils portent notamment sur la théorie de

---

<sup>128</sup> L'antirationalisme et l'anti-universalisme de Loughlin lui vient de l'influence de Michael Oakeshott. Il est fortement influencé par la pensée de Oakeshott et sa critique du rationalisme dans la pensée politique, dans son analyse de la nature de l'État moderne. Voir: LOUGHLIN Martin, *op. cit.* ; OAKESHOTT Michael, *De la conduite humaine*, Olivier Sedeyn (trad.), Paris, Presses universitaires de France, 1995 ; OAKESHOTT Michael, *Rationalism in politics and other essays*, Londres, Methuen&Co Ltd., 1962.

<sup>129</sup> Loughlin est positiviste au sens qu'il ne conçoit pas une autre source pour le droit que la volonté humaine, et décidé par l'État souverain.

l'État et de la politique du professeur<sup>130</sup>. Dans le cadre de la présente étude, nous nous sommes bornée à quelques remarques dans la perspective de la théorie du droit public.

En premier lieu, il semble que Loughlin ne formule pas clairement les conséquences de sa théorie pour la doctrine du droit public. Que ce soit dans le manuel qu'il a consacré à la constitution britannique, ou ses autres ouvrages, il n'applique pas sa vision du droit politique pour résoudre des problèmes juridiques concrets. Son approche ne nous dit presque rien sur le travail pratique d'un juriste. Si l'on accepte la distinction entre le droit politique et le droit positif, entre la constitution de l'État et la constitution de gouvernement, quelle en est la conséquence pour le contenu des règles ? Comment peut-on différencier entre ce qui est légal et ce qui est illégal ? Dans le contexte du droit constitutionnel britannique, quelle en est la conséquence pour le problème de l'interprétation constitutionnelle – décision sur le contenu de la constitution non-écrite – sur des sujets importants comme la souveraineté parlementaire, le *Human rights Act*, le Brexit et son impact sur le droit ? Malgré l'intérêt théorique considérable et la profondeur des analyses de Loughlin, la théorie ne semble pas avoir un impact sur l'aspect technique du travail des constitutionnalistes.

Deuxièmement, vu que Loughlin préfère la méthode descriptive de la science politique à la méthode normative et « idéologique » du droit, il devient difficile de distinguer le métier du juriste constitutionnel et le métier du politologue. Si la constitution d'un pays est « sa manière de faire les choses » en politique, observer et connaître cette manière doit suffire pour savoir ce qu'est sa constitution. Dans ce cas, quel est le rôle du juriste ? Si la constitution d'un pays n'est que les règles de l'activité gouvernementale posées par le gouvernement lui-même qui constitue et est constitué dans un même mouvement par le pouvoir constituant, comment distinguer ce qui est constitutionnel de ce qui ne l'est pas ?

En outre, l'explication de Loughlin sur l'autolimitation volontaire de l'État – qui lui permet de transformer la légalité en légitimité – ne paraît pas totalement convaincante. Loughlin définit la politique comme l'art prudentiel de gérer les conflits au sein de la société afin

---

<sup>130</sup> WILKINSON Michael A. et DOWDLE Michael W., *Questioning the foundations of public law*, Oxford, New York, Hart, 2018.

d'en sauvegarder l'unité, conflits impossibles à résoudre à cause des différences entre les schémas éthiques des individus. Mais si la prudence et la nécessité dicte aux gouvernants, par exemple, d'ôter les droits et libertés d'une minorité, ou créer provisoirement une ambiance de terreur et de persécution afin de combattre un danger imminent, de manière que cette décision prudentielle ne soit pas raisonnablement contestable, peut-on qualifier un tel ordre politique d'ordre constitutionnel ?

Il semble qu'il existe dans la notion de la constitution moderne, une présence indispensable de droits individuels et de division des pouvoirs. Loughlin, en premier lieu concerné par le « sauvetage » de l'art de la politique des excès du juridisme, montre la présence de ces composantes dans la genèse de la notion moderne de la constitution, mais détourne l'analyse de telle sorte qu'elle ne lui permet pas de rendre compte de l'apparition des droits civiques et individuels dans le droit public.

Si l'on retourne sa propre méthode – qui consiste à plonger dans l'histoire des idées et des penseurs classiques – contre lui, nous pouvons constater que Loughlin occulte la dimension morale<sup>131</sup>, universaliste et rationaliste qui est au fondement du constitutionnalisme moderne. Ou pour mieux dire, il la reconnaît mais la rejette. Cela se remarque surtout quand il discute de Kant<sup>132</sup>, ou dans les critiques qu'il adresse aux philosophes du droit moralistes (jusnaturalistes ou autres) par exemple Ronald Dworkin.

D'autre part, il semble que Loughlin veut conserver sa description de l'État constitutionnel la plus exacte possible. C'est pour cette raison qu'il reconnaît un fondement moral au constitutionnalisme. Il en résulte en une certaine ambiguïté qui donne l'impression que Loughlin est tiraillé entre la dimension juridique du droit public – avec toutes ses composantes dont le constitutionnalisme moderne fondé sur la garantie des droits et la séparation des pouvoirs – et la dimension politique de l'idée, héritée de Schmitt et qui comprend la constitution comme l'équivalent de l'État.

Le fait que Loughlin ne critique pas radicalement la séparation des pouvoirs et ne remet pas en question l'importance de la garantie des droits dans le domaine du droit politique,

---

<sup>131</sup> Pour une critique de l'idée de l'autonomie du droit public à l'égard du droit et de la morale (la théorie pure du droit public), voir : BARBER N.W., « Professor Loughlin's "Idea of Public Law » , *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, Spring 2005, n° 1.

<sup>132</sup> LOUGHLIN Martin, *Sword and scales*, *op. cit.*, p. 175.

mais avant tout cherche à montrer que l'État s'exprime et se manifeste à partir et au moyen des règles juridiques, montre que la méthode descriptive de la science politique ne suffit pas pour masquer que la constitution moderne contient une dimension juridique, irréductible à la politique.

Loughlin montre lui-même comment la constitution moderne est articulée intentionnellement dans le langage du droit par les théoriciens du contractualisme des 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> siècles, puisqu'ils voulaient enchaîner la politique *par* le droit pour l'obliger à respecter ses engagements à l'égard du gouverné démuné de droits. De la même manière que Loughlin accuse, à juste titre, ses adversaires normativistes d'occulter la dimension politique du droit public et de la constitution, il semble que désigner le droit public comme une sous-catégorie de la politique occulte la dimension normative et abstraite, bref, la nature juridique du droit public.

Il est non seulement impossible, mais aussi naïf de nier la politique qui forme une constitution et qui lui donne son contenu. En la matière, l'attitude méthodologique de Loughlin par rapport à la science du droit public est justifiée. Néanmoins, il est possible que deux sciences – en l'occurrence la science politique et le droit public – étudient le même phénomène sous différentes perspectives, sans pour autant abandonner leur méthodologie spécifique. Le droit est par nature une science normative, puisqu'il est concerné par le devoir-être. Le juriste ne peut pas se limiter à remarquer quels sont les dispositifs constitutionnels – ce qui a résulté de l'activité politique – de son pays. Un juriste doit trancher sur la légalité d'une action spécifique d'un gouvernant et pour ce faire, il a besoin de désigner des normes qui tiennent lieu de règles constitutionnelles, tout en prenant en compte leur dynamisme qui résulte de la manifestation constante du pouvoir constituant.

Finalement, il semble que le projet de Loughlin consiste à concilier le droit et la politique, le constitutionnalisme politique et le constitutionnalisme juridique. Il est constitutionnaliste juridique quand il concilie le constitutionnalisme et la démocratie et quand il articule les règles juridiques comme « le » moyen de générer le pouvoir politique au sein des États modernes. Il est constitutionnaliste politique par sa théorie de subordination du droit

public à la politique et son idée de la constitution comme le mode d'être particulier d'un peuple. Ce projet serait-il trop ambitieux ?

Juger du succès de Loughlin n'est pas possible en ce moment. Il convient d'attendre et d'observer l'influence de sa doctrine juridique en Europe. Eu égard à la similitude de sa méthode et de ses thèses avec les penseurs français du droit politique<sup>133</sup>, plusieurs champs de réflexion pourraient être ouverts si son œuvre attirait plus d'attention en France.

---

<sup>133</sup> Pour une théorie similaire de la constitution, fondé sur la critique du normativisme en France, voir : BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadridge/LAMY-PUF, 2003, p. 257-266.

## BIBLIOGRAPHIE

BAGEHOT Walter, *The English Constitution*, Ithaca: New York, Cornell University Press, 1966.

BARANGER Denis, *Écrire la constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, 7ème éd., Paris, Que sais-je, 2017.

BARBER N.W., « Professor Loughlin's 'Idea of Public Law' », *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, Spring 2005, n° 1, p. 157-167.

BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadridge/LAMY-PUF, 2003, p. 257-266.

BELLAMY Richard, *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2007.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « Démocratie et représentation : Pour une critique du débat contemporain », in : *Le droit, l'État et la constitution démocratique : essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Olivier Jouanjan (trad.), Paris, LGDJ, 2000, p. 294-314.

BODIN Jean, *Les six livres de la République : un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583* [en ligne], Gérard Mairet (éd.), Paris, Librairie générale française, 1993, [http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin\\_jean/six\\_livres\\_republique/six\\_livres\\_republique.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/six_livres_republique.html)

CRAIG Paul, « Public Law, Political Theory and Legal Theory », *Public Law*, 2000, p. 211-239.

DENQUIN Jean-Marie, « Situation précédente du constitutionnalisme ; Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Institut Michel Villey, 2019, p. 111-121.

DYZENHAUS David (dir.), *Law as politics: Carl Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998.

FOUCAULT Michel, *Sécurité, Territoire, Population ; Cours au Collège de France, 1977-1978*, Michel Senellart (éd.), Seuil/Gallimard, 2004.

GOLDONI Marco, « Two internal critiques of political constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 10, October 2012, n° 4, p. 926-949.

GRIFFITH J.A.G., « The Political Constitution », *Modern Law Review, Wiley*, 42, January 1979, n° 1, p. 1-21.

HAMILTON Alexander, JAY John, MADISON James *et al.*, *Le fédéraliste*, Paris, Classiques Garnier, 2012.

HELLER Hermann, *La crise de la théorie de l'État*, Olivier Jouanjan (trad.), Paris, Dalloz, 2012.

HERRERA Carlos-Miguel, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Québec, QC, Presses de l'Université Laval, 2004.

HIRSCHL Ran, « The Political Origins of the New Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11, Issue 1, Article 4, p. 71-108.

HOLMES Stephen, « Lineages of the Rule of Law », in Adam Przeworski et José María Maravall (dir.), *Democracy and the rule of law*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2003, p. 19-61.

HOLMES Stephen., « The Constitution of Sovereignty in Jean Bodin », in: *Passions and constraint: on the theory of liberal democracy*, Nachdruck, Chicago, University of Chicago Press, 1997.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit, Tome I : Théorie générale de l'État*, Georges Fardis (trad.), Paris, Éd. Panthéon-Assas, LGDJ diffuseur, 2005.

JOUANJAN Olivier, « Et si l'on ne faisait rien de Carl Schmitt », *Philosophiques*, 39, automne 2012, n° 2, p. 475-482.

JOUANJAN Olivier, « Herman Heller : Crise de l'Etat, crise de la théorie », *La crise de la théorie de l'Etat*, Dalloz, 2012.

JOUANJAN Olivier, « L'État de droit démocratique » [en ligne], *Jus Politicum*, *Revue de droit politique*, Institut Michel Villey, n° 22, [consulté le 6 mars 2022], <http://www.juspoliticum.com/article/L-Etat-de-droit-democratique-1284.html>

KAMMEN Michael G., *A machine that would go of itself: the Constitution in American culture*, New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 2006.

KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Béatrice Laroche (trad.) suivi de : *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Valérie Faure (trad.) Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1997.

KERVÉGAN Jean-François, *Que faire de Carl Schmitt*, Paris, Gallimard, 2011.

LINDAHL Hans, « Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood », in: *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Martin Loughlin et Neil Walker (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 9-24.

LOUGHLIN Martin, *Against Constitutionalism*, Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press, 2022.

LOUGHLIN Martin, « Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice », in: *The Paradox of Constitutionalism; Constituent Power and Constitutional Form*, Martin Loughlin et Neil Walker (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 27-48.

LOUGHLIN Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

LOUGHLIN Martin et WALKER Neil, « Introduction », in: *The Paradox of Constitutionalism; Constituent Power and Constitutional Form*, Martin Loughlin et Neil Walker (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007.

LOUGHLIN Martin, « John Griffith obituary » [en ligne], *The Guardian*, 25 mai 2010, [consulté le 1 février 2022], <https://www.theguardian.com/education/2010/may/25/john-griffith-obituary>

LOUGHLIN Martin, *Legality and locality: the role of law in central-local government relations*, Oxford, New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1996.

LOUGHLIN Martin, « McCormick conversations : Prof Martin Loughlin », [consulté le 8 août 2022], *Chaîne Youtube de la faculté de droit d'Édimbourg* ; [https://www.youtube.com/watch?v=67jjg9eL-Ig&list=TLPQMDgwODlwMjloaAtwMsqW\\_Q&index=1&ab\\_channel=EdinburghLawSchool](https://www.youtube.com/watch?v=67jjg9eL-Ig&list=TLPQMDgwODlwMjloaAtwMsqW_Q&index=1&ab_channel=EdinburghLawSchool)

LOUGHLIN Martin, « McCormick Fellow Seminar : Prof Martin Loughlin », [consulté le 19 août 2022], *Chaîne Youtube de la faculté de droit d'Édimbourg*, [https://www.youtube.com/watch?v=XMsBm5jbW-4&ab\\_channel=EdinburghLawSchool](https://www.youtube.com/watch?v=XMsBm5jbW-4&ab_channel=EdinburghLawSchool)

LOUGHLIN Martin, « Nomos », in: *Law, liberty and state: Oakeshott, Hayek and Schmitt on the rule of law*, David Dyzenhaus et Thomas Poole (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 65-95.

LOUGHLIN Martin, *Political jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

LOUGHLIN Martin, *Public law and political theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

LOUGHLIN Martin, « Public Law as Political Jurisprudence », in: *Political Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 11-21.

LOUGHLIN Martin, *Sword and scales: an examination of the relationship between law and politics*, Oxford, Portland, Hart, 2000.

LOUGHLIN Martin, *The British constitution: a very short introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

LOUGHLIN Martin, « The Constitutional Imagination », *The Modern Law Review*, 78, January 2015, n° 1, p. 1-25.

LOUGHLIN Martin, *The Idea of public law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

LOUGHLIN Martin, « The Nature of Public Law », in: *After public law*, Cormac Mac Amhlaigh, Cláudio Michelon et Neil Walker (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 11-24.

LOUGHLIN Martin, *The Political Constitution Revisited*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 18/2017, <https://ssrn.com/abstract=3077947>.

LOUGHLIN Martin, « What is Constitutionalisation? », in: *The Twilight of constitutionalism*, Petra Dobner et Martin Loughlin (dir.), Oxford, New York, Oxford University Press, 2010, p. 47-69.

OAKESHOTT Michael, *De la conduite humaine*, Olivier Sedeyn (trad.), Paris, Presses universitaires de France, 1995.

OAKESHOTT Michael, *Rationalism in politics and other essays*, Londres, Methuen & Co Ltd., 1962.

PAINE Thomas, *The Rights of man*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, New York, J.M. Dent & Sons Ltd.; E.P. Dutton & Co. Inc., 1954.

PLESSIX Benoît, *Le droit public*, Paris, Que sais-je, 2022.

POOLE Thomas, « Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *Oxford Journal of Legal Studies*, 23, Autumn 2003, n° 3, p. 435-454.

RAYNAUD Philippe, *Le juge et le philosophe : Essais sur le nouvel âge du droit, la lettre et l'idée*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2020.

RICŒUR Paul, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du Contrat Social ou Principe du droit politique* [en ligne], Paris, Union Générale d'Éditions, 1792, [http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau\\_jj/contrat\\_social/contrat\\_social.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/contrat_social.html)

SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Lilyane Deroche (trad.), Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

SHAPIRO Martin, « Political Jurisprudence », *Kentucky Law Journal*, 52, 1963-1964, n°2, p. 294-345.

SHKLAR Judith N., *Legalism: law, morals, and political trials*, Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press, 1986.

SIÈYES Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-État, suivi de L'Essai sur les privilèges* [en ligne], Paris, Alexandre Correard (éd.), 1822, [http://classiques.uqac.ca/classiques/sieyes\\_emmanuel\\_joseph/qu\\_est\\_ce\\_que\\_tiers\\_et\\_at/qu\\_est\\_ce\\_que\\_tiers\\_etat.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/sieyes_emmanuel_joseph/qu_est_ce_que_tiers_et_at/qu_est_ce_que_tiers_etat.html)

SKINNER Quentin, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Jérôme Grossman et Jean-Yves Pouilloux (trad.), Paris, Albin Michel, 2009.

TOMKINS Adam, « In Defence of the Political Constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, 22, 2002, n° 1, p. 157-175.

WILKINSON Michael et DOWDLE Michael, « Introduction to Martin Loughlin's Foundations of Public Law, A Critical Review », *Jus Politicum, Revue de droit politique*, Institut Michel Villey, Juillet 2016, n° 16, p. 3-13.

WILKINSON Michael A. et DOWDLE Michael W., *Questioning the foundations of public law*, Oxford, New York, Hart, 2018.

ZOLLER Elisabeth (dir.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.