

La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel. Revue de droit d'Assas, Université Paris 2 Panthéon-Assas / Lextenso éditions, 2011, pp.39-45. halshs-00661271

HAL Id: halshs-00661271

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00661271>

Submitted on 19 Jan 2012

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

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



Centre de Théorie et Analyse du Droit
UMR CNRS 7074

La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel

Pierre Brunet

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Directeur du Centre de théorie et analyse du droit

Membre de l'Institut universitaire de France

Revue du droit d'Assas, 2011, p. 39-45

Au risque de donner l'impression que les constitutionnalistes sont d'infatigables coupeurs de cheveux en quatre, il convient de décortiquer un peu le sujet pour en identifier les présupposés avant de les vérifier.

Si on l'entend comme une affirmation, on présuppose que la doctrine a effectivement créé et crée encore aujourd'hui du droit constitutionnel, donc qu'elle en a le pouvoir. Il ne resterait plus alors qu'à exposer ce droit. On peut aussi entendre le sujet comme une question et se demande si la doctrine a le pouvoir de créer du droit constitutionnel. On présuppose alors que la doctrine a un pouvoir de création en général et on se demande ce qu'il en est plus particulièrement en droit constitutionnel.

Dans les deux cas, l'examen des présupposés permet de soulever une question plus générale : la doctrine a-t-elle un pouvoir de création en droit ou encore en quel sens peut-elle être considérée comme créatrice du droit constitutionnel ? Et quel droit crée-t-elle ? On mesure ainsi qu'on ne peut guère répondre à la question posée sans mobiliser une certaine théorie des sources du droit et une certaine théorie du droit.

Il faut ici distinguer trois théories possibles des sources du droit : l'une, non positiviste, une autre positiviste et formaliste, une dernière que l'on peut appeler, pour les besoins de la démonstration, réaliste.

Selon une conception non positiviste, le droit constitutionnel ne se limite pas aux normes positives créées par les organes juridiques mais s'étend à des principes moraux qui résultent d'une certaine nature des choses ou de principes sociaux qui sont essentiels à l'existence de la société. Mais en admettant que ces principes – ces valeurs – soient susceptibles de connaissance, ils ne sauraient faire l'objet d'une création quelconque. Ils s'imposent à ceux qui les « découvrent ». Mieux encore, ils s'imposent d'eux-mêmes et il n'est pas besoin de les découvrir : il suffit d'exercer son jugement moral pour les identifier. Selon cette théorie, la doctrine ne peut créer du droit qu'en un sens très large de « créer » :

elle le crée comme on dit d'un archéologue qu'il crée un site archéologique en mettant au jour des vestiges, ou comme un orchestre ou un musicien soliste « crée » une pièce musicale récemment écrite par un compositeur : ce dernier a écrit la pièce, les seconds l'interprètent pour la première fois. La création de l'un n'est pas (synonyme de) la création des autres.

Selon une conception positiviste, pris dans sa version formaliste, le droit est un ensemble de normes (de règles) créées par des organes habilités à le faire sur le fondement de normes juridiques relevant de l'ordre juridique objectif. Le droit est donc créé par les sources officielles de l'ordre juridique (Constitution, traités, lois, règlements et contrats) et ce droit est interprété par les juges. (La question de la part des juges dans la création du droit est sujet à discussion mais ce n'est ni le moment ni le lieu d'ouvrir cette boîte de Pandore). Dans ces conditions, la doctrine ne faisant pas partie des sources officielles du droit, il n'est guère besoin d'examiner la part de sa création. Elle est tout simplement nulle.

Selon une conception positiviste dans sa version réaliste, le droit est défini comme un ensemble de normes mais un ensemble de normes résultant plutôt de l'interprétation de ces sources par ceux qui les utilisent et non déjà tout entier construit par les « sources » formelles (la Constitution, les traités, la loi...). Le droit serait donc un ensemble d'interprétations produites à partir de divers énoncés (le texte de la loi, celui de la Constitution, etc.). Dans ces conditions, on ne peut manquer de considérer que le travail interprétatif de la doctrine participe à la création des normes et donc du droit constitutionnel (mais pas seulement). Toutefois, cette même conception réaliste insiste sur le fait que toutes les interprétations ne produisent pas les mêmes effets dans le système normatif. Or, si l'on peut aisément inscrire la doctrine parmi les interprètes des sources officielles du droit, elle est sans doute la moins bien armée pour conférer une quelconque autorité à ses propres interprétations. Certains juristes parviennent sans doute à exercer une influence notable sur les interprètes « authentiques » que sont les juges et autres autorités investies du pouvoir de décider. Mais ce ne sont que des influences, qui plus est, individuelles et non celles d'un groupe constitué. Autrement dit, quand bien même nombre d'interprétations doctrinales relèveraient d'un discours normatif ou prescriptif, le système juridique ne leur reconnaît pas la signification objective de norme juridique. Le fait est qu'il est bien difficile de trouver, dans l'histoire comme dans la période contemporaine, une constitution, une institution politique, un mécanisme, une norme quelconque – et on voit ainsi que se pose la question de savoir ce que l'on entend par « droit constitutionnel » – qui serait le fait de la doctrine. Sauf, peut-être, à entendre par « doctrine » les juristes qui ont pu prendre part aux débats constitutifs. Et encore. Cette redéfinition serait trompeuse car si certains juristes ont certes participé à la rédaction de certaines des constitutions que la France a connues, d'une part, ils n'étaient pas les seuls, d'autre part, ils n'étaient pas encore « la doctrine » et enfin, devenus « doctrine », les juristes ont bel et bien cessé de rédiger des constitutions¹.

Décidément, à bien y réfléchir, la part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel est nulle ou quasi nulle. On pourrait s'arrêter là. On peut aussi changer de question et se demander si la doctrine sert (quand même) à quelque chose, quelque chose d'autre qu'enseigner le droit constitutionnel que créent ceux qui en ont effectivement le pouvoir. La réponse est alors doublement positive car l'usage est une relation : la doctrine sert autant que l'on s'en sert. En deux parties, cela signifie, d'une part, qu'elle peut être utilisée

¹ Certes, à l'heure où l'on écrit ces lignes, des juristes rédigent ou participent à la rédaction de constitutions, en Tunisie, au Maroc, en Egypte, ou ailleurs. Mais ils ne sont pas pour autant « la doctrine » et n'agissent pas à ce titre...

comme un bazar institutionnel et, d'autre part, qu'elle peut aussi faire office de précepteur de principes prétendument rationnels.

I. Un bazar institutionnel

Il n'est pas rare de lire que certaines constitutions, ou certaines propositions de réforme constitutionnelle furent directement inspirées par certains membres de la doctrine. Mais on ne saurait s'en tenir là : encore faut-il examiner la nature des propositions et l'usage qui en est fait.

Ainsi, pour prendre un exemple connu, on impute volontiers à Raymond Carré de Malberg la responsabilité sinon de la Constitution, du moins de certaines dispositions clefs de la Cinquième République.

On sait en effet que, dans la conclusion de son livre *La loi, expression de la volonté générale*, publié en 1931, Carré de Malberg adopte une position très critique à l'égard de l'évolution du régime représentatif qu'il qualifie d'ailleurs de « fiction² ». Se faisant visionnaire, il explique que, sauf à conférer au peuple un certain rôle dans la législation, la loi demeurera le fait des députés en sorte que l'on devra abandonner l'idée qu'elle puisse être l'expression de la volonté générale. De plus, si l'on souhaite associer le peuple à la création de la loi, il faut en outre que soient reconnus aux citoyens, d'une part, un droit de réclamation contre la loi qui puisse donner lieu à un référendum abrogatif, d'autre part, un pouvoir d'initiative législative, mais aussi, un droit d'élire le chef de l'exécutif au suffrage universel, et enfin, la possibilité pour le Parlement, comme pour le Gouvernement, de saisir le peuple par référendum.

Inversement, explique-t-il, si l'on refuse au peuple toute participation au pouvoir législatif, il faut, d'une part, éviter que le Parlement cumule le pouvoir de faire les lois avec celui de réviser la Constitution, comme c'était encore le cas sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 et, d'autre part, chercher à limiter sa puissance. Là encore, deux mesures sont envisagées : l'une consiste en la délimitation matérielle du domaine de la loi qui permettrait au pouvoir réglementaire de retrouver quelque indépendance d'action, l'autre, consiste dans l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois qui serait confié à « une instance unique qui statuerait *erga omnes*³ ».

Sans doute ces propositions de réforme ont-elles exercé quelque influence sur ceux qui, en 1958, eurent la responsabilité d'élaborer une nouvelle Constitution dont le but avoué était précisément d'en finir avec « le régime des partis » et la souveraineté du Parlement, et nul ne saurait contester que plusieurs des mesures proposées par Carré de Malberg se retrouvent dans la Constitution de 1958. De là à faire de celui-ci un inspirateur privilégié de

² *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931, éd. Sirey, réimpr. Economica, 1984, p. 216. De même, dans ses « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme » (*RDP* 1931, p. 225 s.), Carré de Malberg complète sa critique envers la domination absolue du Parlement en proposant d'introduire la procédure référendaire, seule susceptible à ses yeux de rendre au peuple sa souveraineté et lui permettant d'exprimer réellement la volonté générale. Cet article retient l'attention à un second titre car, outre la proposition principale, on y trouve nombre de critiques à l'égard de ce que De Gaulle appellera par la suite le « régime des partis » ainsi qu'un appel à une « rationalisation du parlementarisme » dont on sait le succès qu'il remportera ensuite.

³ *La loi...*, p. 222.

celle-la, il y a pourtant un pas qu'on ne saurait franchir : si influence il y eut, il faut insister sur le fait que les rédacteurs de la Constitution se sont contentés de piocher dans la pile des idées sans néanmoins retenir la cohérence propre du système que Carré de Malberg proposait. Or, en droit constitutionnel comme en droit en général, certaines dispositions normatives trouvent leur cohérence ou leur justification du fait d'être intégrées dans un ensemble plus vaste.

Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser à une autre création fortement influencée par la doctrine : le quinquennat. L'exemple est intéressant en ce qu'il permet de mesurer le primat du tout sur les parties.

Votée dans le but avoué d'en finir avec la cohabitation, cette réforme fut accompagnée d'une superposition de la durée des mandats respectifs du Président et des députés, la loi organique du 15 mai 2001 ayant légèrement déplacé les élections législatives après l'élection présidentielle.

L'idée de cette réforme n'était pas nouvelle : elle avait déjà été envisagée peu de temps après la révision de 1962 qui a introduit l'élection du Président au suffrage universel direct. En effet, tirant les conséquences de cette élection, certains constitutionnalistes proposaient que la France se convertisse à ce qu'ils appelaient le « régime présidentiel » à l'américaine. Ils militaient alors pour la suppression de la responsabilité du Premier ministre devant l'Assemblée et pour que soit reconnu au Président comme au Parlement le pouvoir de provoquer des élections et éventuellement de recourir au référendum. Ainsi, Georges Vedel préconisait-il une concordance des mandats, eux-mêmes ramenés à cinq ans. Toutefois, afin d'éviter la suprématie que confère le droit de dissolution, il demandait qu'on imaginât une procédure, dont la mise en œuvre donnerait lieu à conciliation et avertissement préalable, afin de permettre au Président comme à l'Assemblée « sur un pied de parfaite égalité », de provoquer avant terme des élections générales intéressant à la fois le mandat présidentiel et les mandats législatifs. « La règle essentielle de ce jeu, ajoutait-il, serait que si le Président ou l'Assemblée entendaient remettre en cause le mandat de leur partenaire, ils remettraient aussi en cause le leur⁴ ».

Ces propositions avaient pour elles leur cohérence en ce qu'elles entendaient éviter que la réforme de 1962 ne laisse la Constitution de 1958 à mi-chemin entre une alternative qualifiée de « dangereuse » : « le retour au pseudo-parlementarisme de la IV^e République ou l'accentuation du consulat plébiscitaire⁵ ». L'Assemblée était pensée comme le partenaire du Président mais, précisément, un partenaire en situation d'égalité.

Or, il faut bien reconnaître que, des nombreuses réformes adoptées depuis, aucune n'est parvenue à modifier profondément les termes de la seconde branche de l'alternative. Ce n'est donc peut-être pas un hasard si l'on en vient aujourd'hui à parler d'« omni-présidence⁶ ». Certes, l'expression relève d'abord de l'affrontement politique et vise à

⁴ G. Vedel, « Vers le régime présidentiel ? », *Revue française de science politique*, n° 1, 1964, p. 20 s., spéc. p. 31 ; v. aussi F. Goguel, « Réflexions sur le régime présidentiel », *Revue française de science politique*, n°2, 1962. p. 289 s.

⁵ *Ibid.*

⁶ « La pratique de l'exécutif depuis l'entrée en fonction du Président de la République marque une inflexion, sans doute une rupture, une mutation qui vient de ce que j'appelle l'« omni-présidence ». Et lorsqu'il ne s'exprime pas – cela peut lui arriver – ce n'est pas vous qui intervenez, monsieur le Premier ministre, c'est le secrétaire

dénoncer une pratique. On pourrait d'ailleurs objecter que, juridiquement, le Parlement dispose des moyens d'infléchir la politique du Gouvernement – moyens que les réformes récentes ont accentués – et qu'il suffirait d'appliquer le texte de la Constitution pour en finir avec la pratique dénoncée. Mais on pourrait alors songer à une autre objection que Vedel faisait lui-même en 1962 : « soutenir qu'un texte a toutes les vertus sauf d'être appliqué est un refuge assez abstrait ». Si l'on admet que les institutions ont, comme on dit, leur logique, on ne peut exclure que cette pratique procède en définitive moins de choix individuels que d'une certaine nécessité. La coïncidence des élections et la superposition de la durée des mandats sont de ces toutes petites modifications qui produisent de très grands effets. Elles ont contribué à accroître la relation de dépendance entre le Président, le Parlement et le Premier ministre et à priver la fonction de ce dernier de sa raison d'être initiale. À cet égard, ceux qui plaident pour un « retour à la normalité » ne sont sans doute pas au bout de leur peine car, en la matière, tant le retour que la normalité seront des objectifs difficiles à définir autant qu'à atteindre tant que l'on n'aura pas pris la mesure du déséquilibre provoqué. Mais l'épisode est riche d'enseignement et permet de comprendre que, dans ce cas comme dans d'autres, les propositions doctrinales sont bien souvent utilisées comme des outils en vue d'une fin qui leur est étrangère.

Il arrive également que la doctrine constitutionnaliste fournisse d'elle-même un éventail de principes prétendument rationnels.

II. Un précepteur de principes rationnels

La doctrine constitutionnaliste a longtemps recherché et cru trouver des principes susceptibles de servir de fondements ultimes aux constructions que les constitutions dessinent. De même, aujourd'hui, elle n'hésite pas à proposer des interprétations « justes » du texte constitutionnel, notamment lorsqu'aucun juge n'est susceptible de se prononcer pour trancher autoritairement un débat interprétatif.

Au titre des principes fondateurs, on peut penser à certaines distinctions conceptuelles très connues. Ainsi, par exemple, la distinction entre la souveraineté populaire et la souveraineté nationale⁷.

Cette distinction n'est pas posée par le droit positif lui-même mais certains énoncés du droit positif emploient l'un ou l'autre terme et parfois les deux. Sur le fondement de ces usages, la doctrine a construit une distinction qui se présente de la façon suivante : d'une part, il existe non pas une seule mais deux théories de la souveraineté ; d'autre part, chaque théorie

général de l'Élysée qui annonce le calendrier. Ce sont des conseillers présidentiels qui donnent le contenu des réformes. Au point que, sans vous faire offense, la question se pose de savoir quelle est exactement la tâche qui vous revient», François Hollande, AN, séance du mardi 3 juillet 2007 (discours prononcé à l'Assemblée nationale en réponse à la déclaration de politique générale du Premier ministre), <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2006-2007-extra/20071001.asp> ; v. aussi L. Fabius, « Nicolas Sarkozy, c'est l'omniprésidence de courte vue », *La Croix*, 20 avr. 2008.

⁷ On pourrait aussi ajouter la distinction entre régime parlementaire et régime présidentiel, entre gouvernement parlementaire et régime d'assemblée, entre changements constitutionnels formels et changements constitutionnels informels, entre règles et principes constitutionnels, entre démocratie moniste et démocratie dualiste, etc.

détermine une forme de gouvernement spécifique. Ainsi, selon la théorie de la souveraineté nationale, la souveraineté appartient à la nation, or, la nation étant une personne morale abstraite, elle ne peut exercer sa souveraineté que par ses représentants, lesquels, en retour, ne peuvent être liés par aucun mandat impératif mais doivent délibérer librement. En revanche, selon la théorie de la souveraineté populaire, la souveraineté appartient au peuple, or, le peuple étant composé d'individus concrets, ces individus n'ont pas besoin de représentants et peuvent voire doivent se gouverner directement. Dès lors, la souveraineté nationale conduirait au gouvernement représentatif, tandis que la souveraineté populaire conduirait au gouvernement direct⁸.

Le problème est que, en droit, les choses ne se passent pas du tout ainsi : il arrive que des constitutions attribuent la souveraineté au peuple et mettent place un régime représentatif⁹. Ainsi, en 1793, la Constitution montagnarde proclame que (article 7) « *Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français* ». Elle a certes prévu que les assemblées primaires pourraient exercer une réclamation contre les lois proposées par le Corps législatif et qu'à défaut de réclamation, la loi proposée serait adoptée quarante jours après son envoi. Mais cette Constitution n'a nullement fait disparaître la représentation. Mieux encore, on ne peut guère conclure que cette Constitution mettait en place une démocratie directe, lorsqu'on sait que le domaine de la loi était très limité et que nombre de sujets importants étaient confiés au décret, acte qui échappait à la surveillance des assemblées primaires¹⁰.

De même, la Constitution de l'An III dispose (article 2) que « *L'universalité des citoyens français est le souverain* », et met en place le premier système bicaméral que connaîtra la France et ce, sans qu'on puisse y voir la moindre trace de démocratie directe. De même encore, la Constitution de 1848 proclame (article 1) que « *La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français* ». Pour autant, elle ne met nullement en place le moindre gouvernement direct mais dispose que (article 20) « *Le peuple français délègue le pouvoir législatif à une Assemblée unique* ». Enfin, un siècle plus tard, l'article 3 de la Constitution de 1958 dispose que « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* » et semble, à l'aune de cette grille d'analyse, tout simplement incompréhensible.

Cette distinction entre deux théories de la souveraineté ne se vérifie donc pas dans les textes. Elle ne nous donne aucune information sur la forme du gouvernement. Dans ces conditions, à quoi sert-elle et comment expliquer qu'on la trouve si fréquemment exposée ?

Historiquement, cette distinction entre les deux titulaires de la souveraineté est systématisée au XIX^e siècle par ceux qui veulent éviter tout avènement de la démocratie. On ne peut exclure que de nombreux juristes l'aient reprise à leur compte pour mieux promouvoir le gouvernement représentatif contre la démocratie, comme on oppose le bien au mal.

Sert-elle toujours à cela à l'heure où l'on parle sans difficulté de « démocratie représentative » ? Sans doute pas. Mais en présentant cette distinction comme une donnée

⁸ La responsabilité de Carré de Malberg n'est ici pas mince mais il fut loin d'être le seul : Duguit, Esmein, Hauriou pour ne citer qu'eux raisonnaient de la même façon.

⁹ Mais on ne connaît pas de constitution qui attribuerait la souveraineté à la nation et confierait l'exercice du pouvoir législatif directement au peuple.

¹⁰ Je me permet de renvoyer à P. Brunet, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2004, p. 263 s.

objective, les constitutionnalistes qui l'utilisent raisonnent comme si les formes politiques devaient nécessairement découler de principes rationnels susceptibles, par eux-mêmes, d'être utilisés pour faire naître des formes politiques simples et pures : de même que la démocratie est une forme simple où le titulaire de la souveraineté est le peuple, de même le gouvernement représentatif serait une forme simple où le titulaire de la souveraineté est la nation.

Et pourtant, si la démocratie est certainement une forme simple, le gouvernement représentatif est plutôt une forme mixte¹¹ qui mêle des éléments aristocratiques peu contestables – absence de mandats impératifs, indépendance du représentant vis-à-vis des représentés – et des éléments démocratiques – l'élection directe des représentants (encore qu'on puisse même discuter ce dernier point compte tenu des modalités pratiques de l'élection et trouver le tirage au sort des représentants bien plus démocratique). Cette forme de gouvernement se combine d'ailleurs aussi bien avec la pratique référendaire qu'avec le contrôle de constitutionnalité.

Cette distinction, comme beaucoup d'autres, est contestable sinon inutile d'un point de vue logique et cognitif – mais on doit reconnaître qu'elle est très utile à ceux qui s'en servent. Elle permet en effet de dissimuler, sous un voile d'objectivité et de science, un certain nombre de jugements de valeur desquels on tire des normes et des normes que l'on fonde sur des jugements de valeur. Ainsi, de ce que la souveraineté sera déclarée populaire ici ou nationale là, on croit pouvoir justifier la nécessité de l'élection d'un président au suffrage universel ou l'existence du contrôle de constitutionnalité ou encore la limitation des pouvoirs du parlement.

En définitive, cela revient à trouver des fondements ultimes aux institutions politiques à défaut desquels ces institutions ne seraient pas rationnelles, ou justes ou vraies. Or, parce qu'une constitution vise plusieurs objectifs à la fois, elle est le fruit de choix politiques, certes justifiés mais ni toujours cohérents ni toujours rationnels. La forme de gouvernement à laquelle elle aboutit est rarement pure.

Par ailleurs, et enfin, parce que la constitution n'est pas toujours appliquée par un juge mais bien souvent par les organes non juridictionnels qu'elle crée, il arrive que certains conflits interprétatifs échappent à la compétence du juge constitutionnel. La doctrine n'hésite alors pas à faire valoir l'interprétation du texte qu'elle estime « exacte » ou « juste » .

On peut illustrer ce point à l'aide de l'exemple très connu tiré de l'interprétation de l'article 13 de la Constitution de 1958. Le texte dispose que le « *Président signe les ordonnances* ». Mais quelle norme contient-il ? S'emparant de cette question en 1986, la doctrine a très largement contribué à produire tout un éventail d'arguments en faveur de l'une ou l'autre position¹². Pour les uns, il ne faisait aucun doute que ce texte contenait une obligation faite au Président de signer les ordonnances. Pour les autres, au contraire, il ne lui conférerait aucune obligation mais une simple faculté.

C'était là donner une dimension juridique à une discussion évidemment politique ou, pour le dire autrement, habiller d'arguments juridiques des réponses très évidemment motivées par les positions politiques des uns et des autres. Or, aussi judicieux et subtils étaient les arguments des uns et des autres, cette discussion était assez vaine car seul le Président

¹¹ V. B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, rééd. Flammarion, 1996.

¹² V. not. M. Troper, « La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 87.

disposait réellement du pouvoir de donner une interprétation « authentique », c'est-à-dire une interprétation objectivement valide dans le système constitutionnel, de l'article 13¹³.

Dès lors, quand bien même la doctrine aurait voulu imposer au Président une obligation de signer les ordonnances, et fonder cette obligation sur le texte de la Constitution, elle aurait eu bien du mal à atteindre son but. Inversement, si en 1986 le Président Mitterrand s'était fondé sur l'autorité de la doctrine pour justifier sa propre interprétation de l'article 13 de la Constitution, nul n'aurait été assez dupe pour imputer, à cette doctrine, la responsabilité de la norme selon laquelle le Président dispose du pouvoir de refuser, s'il le souhaite, de signer les ordonnances : les opinions des uns et des autres n'engageaient qu'eux et, encore aujourd'hui, on ne peut y voir que des interprétations du texte, confirmées le cas échéant par celles des autorités qui seules disposent du pouvoir d'imposer les leurs.

Mais que cette discussion ait pu se dérouler dans la presse est significatif de ce que les uns et les autres raisonnaient en pensant qu'il pouvait y avoir des « interprétations vraies » du texte constitutionnel, quand l'étude du droit constitutionnel semble au contraire permettre de démontrer – plus encore que l'étude d'autres branches du droit – la relativité des interprétations, l'absence de pertinence du critère tiré de la vérité pour évaluer ces mêmes interprétations, l'absence, en définitive, de fondements rationnels ultimes du droit en général.

Si l'on peut donc sérieusement douter que la doctrine participe directement à la création du droit constitutionnel, qui plus est en tant que « doctrine », on ne peut exclure que ceux qui créent le droit constitutionnel s'inspirent de la doctrine, la forçant un peu parfois comme on force une serrure en espérant découvrir une mine de trésors. Mais, dans cette affaire, on ne saurait non plus écarter le consentement du propriétaire.

¹³ On pourrait procéder à la même démonstration à propos de l'article 11 : on sait que De Gaulle s'en est servi pour réviser la Constitution afin d'y introduire l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. On sait aussi qu'après le référendum du 28 octobre 1962, le Conseil constitutionnel fut saisi, par le Président du Sénat, de lois adoptées par le peuple et qu'il se déclara incompétent. Mais nul ne pouvait le saisir de la décision du Président d'utiliser le référendum de l'article 11 en vue de réviser la Constitution. De sorte qu'il faut se résoudre à l'évidence : seul le Président disposait du pouvoir de donner une interprétation juridiquement et objectivement valide de ce texte.