

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire	VII
Principales abréviations	IX
Remerciements	XIII
Avertissement	XV
Préface	XVII
Introduction générale	1
Section 1. L'utilité d'une étude des lacunes constitutionnelles	2
§ 1. Un objet de pensée flou	2
A. Délimitation préliminaire des lacunes	3
B. La place des lacunes dans les discours doctrinaux	5
1° Une importance contrastée	5
a) Des instruments jugés relativement accessoires pour l'étude du droit positif	5
b) Des objets jugés primordiaux pour la théorie du droit	8
2° Un objet protéiforme	16
a) La lacune comme catégorie juridique	17
b) La lacune comme concept juridique	20
c) La lacune comme fragment d'un argument	22
§ 2. Les insuffisances de l'appréhension doctrinale du phénomène	25
A. Une représentation détachée du droit positif	25
1° La désignation de « vraies » lacunes	26
2° Les classifications « autoréalisatrices »	29
B. Le défaut de précision lexicale et conceptuelle	31
1° Un objet désigné par différents termes : essai de lexicologie	34
2° Des termes désignant plusieurs objets : essai de typologie	44
Section 2. Les contours de l'étude des lacunes constitutionnelles	48
§ 1. Le choix d'une méthode	49
A. Le cadre de l'analyse	50
1° L'abandon des positions objectivistes et sceptiques	51
2° Le choix d'une position intermédiaire	54

B. La conception du droit	57
§ 2. Un cheminement déterminé	60
A. Des obstacles identifiés	60
1° La question de la légitimité de l'évaluation doctrinale de l'œuvre du constituant	60
2° L'inexistence normative	63
B. Les jalons d'une démonstration	66

Première partie

Les fondements dogmatiques des lacunes constitutionnelles

Titre 1. La difficile connaissance des lacunes	73
Chapitre 1. Des obstacles systémiques	75
Section 1. La structuration dogmatique des représentations juridiques	78
§ 1. Les propriétés consensuelles d'une norme juridique	80
A. L'attribution d'un statut déontique à un cas générique	80
1° Une fonction essentielle des normes régulatrices	80
2° Une fonction importante des normes habilitantes	82
B. Les modalités de l'attribution d'un statut déontique à un cas générique	84
1° L'indifférence de la modalisation déontique à la précision du terme qui en est le support	85
2° La normativité de tous les énoncés formellement rattachés à un système normatif	87
§ 2. Les représentations divergentes des systèmes normatifs	90
A. La portée dogmatique de l'activité doctrinale	91
1° Une portée déterminante	91
2° Une portée critiquée	94
B. Le système normatif, fruit d'une rationalisation controversée	97
1° Le rattachement des normes à un ensemble structuré	97
a) L'esprit de système	98
b) La recherche de certitudes	100
2° L'assimilation de la Constitution de 1958 à un système	101
a) Une assimilation procédant d'un acte de volonté	102
b) Les limites stipulées de la Constitution de 1958	104
Section 2. L'objectivité limitée d'une lacune normative	105
§ 1. L'imaginaire dogmatique de la complétude	106
A. La complétude, qualité assignée par la doctrine	106
1° La complétude, de l'objectif au dogme	107

2° Le Code civil, support de l'imaginaire de la complétude	110
a) Le rejet de la complétude par les auteurs du Code civil	110
b) L'imaginaire de la complétude, édifice doctrinal	112
B. La complétude, propriété dépendante de son observation	115
§ 2. Les critères ouverts de la lacune normative	117
A. La délimitation objective du concept abstrait de lacune normative	118
B. Les obstacles à l'identification objective des manifestations d'une lacune normative	120
1° La part de choix dans l'identification du cas générique pertinent	120
a) Présentation de la pertinence du cas générique	121
b) Illustration de la pertinence du cas générique par la Constitution de 1958	122
2° La part de choix dans l'appréhension de l'inexistence normative	124
a) L'espace vide de droit selon K. Bergbohm	124
b) Le non-droit selon J. Carbonnier	125
Chapitre 2. Des obstacles linguistiques	131
Section 1. L'ambiguïté de l'énoncé	134
§ 1. Les manifestations de l'ambiguïté en droit	136
A. L'ambiguïté affectant le contenu sémantique de l'énoncé	137
1° Le défaut du contenu sémantique en général	137
2° Le défaut du contenu sémantique de l'énoncé normatif constitutionnel	138
B. L'ambiguïté affectant le contenu pragmatique de l'énoncé	141
1° Le défaut du contenu pragmatique en général	141
2° Le défaut du contenu pragmatique de l'énoncé normatif constitutionnel	143
a) Le contenu pragmatique des énoncés normatifs	143
b) Le risque de controverses à propos du contenu pragmatique des énoncés normatifs	145
§ 2. Les conséquences ponctuelles de l'ambiguïté sur l'identification d'une lacune normative	147
A. L'identification d'une lacune normative affectée par l'ambiguïté d'un énoncé	148
B. La rareté des phénomènes d'ambiguïté	148
Section 2. La texture ouverte et le vague des catégories juridiques	149
§ 1. Les manifestations de la texture ouverte et du vague en droit	151
A. L'identification d'une lacune affectée par la texture ouverte	151
1° La texture ouverte des concepts en général	151
a) La texture ouverte des concepts selon F. Weismann	151
b) La texture ouverte des concepts selon L. Wittgenstein	153
2° La texture ouverte des catégories juridiques	154
a) Les représentations doctrinales de la texture ouverte	154
<i>b) La texture ouverte des catégories juridiques selon H. L. A. Hart</i>	155

<i>ii) La texture ouverte des catégories juridiques selon une partie de la doctrine française</i>	156
b) La texture ouverte dans la Constitution de 1958	157
B. L'identification d'une lacune affectée par le vague	160
1° Les propriétés du vague	162
a) Le vague des concepts	162
b) Le vague des catégories juridiques	165
<i>i) Les singularités du vague en droit</i>	165
<i>ii) Le vague en droit constitutionnel</i>	169
2° Les conséquences du vague	174
§ 2. Les conséquences de la texture ouverte et du vague sur l'identification d'une lacune normative	179
A. Les lacunes de reconnaissance et les lacunes normatives, concepts imperméables	179
1° L'assimilation des formes d'indétermination linguistique à un type singulier de lacune	180
a) Une assimilation courante	180
b) Une assimilation presque exclusive selon J. Raz	183
2° Une assimilation conceptuelle impossible selon C. E. Alchourrón et E. Bulygin	187
B. Les lacunes de reconnaissance et les lacunes normatives, phénomènes interférents	189
Conclusion du titre 1	192
Titre 2. L'impossible négation des lacunes	193
Chapitre 1. Les normes subsidiaires	197
Section 1. La norme subsidiaire ponctuelle	199
§ 1. La dilution des systèmes normatifs en général	201
A. Les champs de la dilution	202
1° La dilution du droit positif dans le droit naturel	203
a) Les diverses représentations du droit naturel comme complément du droit positif	204
b) Les limites des prétentions attachées au droit naturel	210
2° La dilution du droit positif dans le droit positif d'autres ordres juridiques	211
B. Les instruments de la dilution	213
1° Les principes implicites selon R. Dworkin	215
2° Les « exigences d'optimisation » selon R. Alexy	218
§ 2. La dilution de la Constitution	220
A. L'« au-delà » constitutionnel	221
1° Les normes ponctuelles subsidiaires en matière constitutionnelle	221
a) Les racines cachées de la constitution positive	222

b) La normativité silencieuse des pratiques	224
2° Les normes ponctuelles subsidiaires adjointes à la Constitution de 1958	228
a) Les « points-limites » de la Constitution de 1958	228
i) <i>L'argument de « l'esprit » de la Constitution</i>	228
ii) <i>L'argument de la supraconstitutionnalité</i>	231
b) Les normes sans texte attachées à la Constitution de 1958	234
i) <i>Les principes constitutionnels</i>	234
ii) <i>Les coutumes constitutionnelles</i>	237
iii) <i>Les conventions constitutionnelles</i>	242
B. Évaluation de l'« au-delà » constitutionnel	244
Section 2. La norme subsidiaire générale	248
§ 1. Le principe de liberté	249
A. Les justifications apportées au principe de liberté	250
1° La norme fondamentale générale négative selon E. Zitelmann	253
2° La norme générale exclusive selon D. Donati	254
3° La pertinence juridique selon S. Romano	256
4° La clôture de l'ordre juridique selon H. Kelsen	257
B. Les difficultés soulevées par le principe de liberté	259
1° La réduction de la norme subsidiaire générale à un principe de liberté	259
2° La portée incertaine du principe de liberté	260
a) Les propriétés attachées au principe de liberté	260
b) Le caractère nécessaire ou contingent du principe de liberté	263
§ 2. Le principe constitutionnel de liberté	265
A. L'hypothèse de la norme subsidiaire générale en matière constitutionnelle	266
1° La garantie constitutionnelle de la liberté des citoyens	266
a) Un principe de liberté à destination des citoyens	266
b) La garantie de la liberté des citoyens dans la Constitution de 1958	269
2° La question de l'existence d'une liberté constitutionnelle des organes institutionnels	270
a) L'idée d'un principe de liberté à destination des organes institutionnels	270
b) La liberté des organes dans la Constitution de 1958	273
i) <i>La négation des lacunes constitutionnelles par G. Vedel</i>	273
ii) <i>L'introuvable principe de liberté dans la Constitution de 1958</i>	276
B. Évaluation de l'hypothèse de la norme subsidiaire générale	278
Chapitre 2. Les actes supplétifs	281
Section 1. L'habilitation expresse	284
§ 1. Les supports législatifs de l'habilitation à combler les lacunes	285
A. Les clauses assignant un objectif sans prescrire le cheminement	287
1° La prohibition du déni de justice, manifestation d'une méfiance à l'égard des juges	288

2° Un effet limité sur les lacunes d'un système normatif	291
B. Les clauses prescrivant le processus à suivre pour atteindre l'objectif	293
1° Présentation des « clauses de rattachements subsidiaires hiérarchisés »	293
2° Présentation des clauses prescrivant un comportement	297
a) La prescription d'une contrainte procédurale	297
b) La prescription d'une norme substantielle	300
c) L'attribution expresse d'une marge de liberté pleinement discrétionnaire	300
§ 2. Les supports constitutionnels de l'habilitation à combler les lacunes	304
A. Les singularités de l'habilitation constitutionnelle	305
1° Le support de l'habilitation du juge dans une constitution	305
a) L'habituelle généralité des énoncés habilitants formellement constitutionnels	305
b) La rare justiciabilité des comportements constitutionnellement pertinents	307
2° Le support de l'habilitation du Conseil constitutionnel	308
a) La prohibition du déni de justice constitutionnelle	309
b) Les clauses d'habilitation	313
B. Évaluation de la thèse de la complétude garantie par une habilitation expresse	314
Section 2. L'habilitation implicite	316
§ 1. L'habilitation législative implicite	316
A. Le cadre de l'habilitation implicite	317
1° Les arguments fondés sur une clause implicite d'équité	317
2° Les arguments fondés sur les « procédés de l'investigation auxiliaire »	321
a) Une contribution contestable au comblement de lacunes	321
b) Une contribution indirecte au comblement de lacunes	323
i) <i>L'argument a fortiori</i>	323
ii) <i>L'argument a contrario</i>	324
iii) <i>L'analogie</i>	325
B. Le comblement comme fait	332
1° Un comblement jugé inévitable	332
a) L'abandon du « noble rêve » de l'application d'un droit préexistant	334
i) <i>Les « juristes inquiets » français</i>	335
ii) <i>Le « droit libre » allemand</i>	337
iii) <i>La « théorie du droit sociologique » américaine</i>	338
b) Des débats de politique juridictionnelle	340
2° Un comblement jugé vertueux	343
a) La modération	343
b) La modernisation	344
c) La légitimité	345

§ 2. L'habilitation constitutionnelle implicite	346
A. Le comblement d'une lacune constitutionnelle en l'absence d'énoncé habilitant apparent	347
1° L'habilitation implicite du juge dans une constitution	347
a) L'habilitation implicite en matière institutionnelle	349
b) L'habilitation implicite en matière de droits et de libertés	350
2° L'habilitation implicite du Conseil constitutionnel	353
a) L'analogie en matière de droits et de libertés	356
i) <i>Identification de l'analogie en matière de droits et de libertés</i>	356
ii) <i>Évaluation de l'analogie en matière de droits et de libertés</i>	364
b) L'analogie en matière institutionnelle	367
i) <i>Identification de l'analogie en matière institutionnelle</i>	368
ii) <i>Évaluation de l'analogie en matière institutionnelle</i>	372
B. Évaluation de la thèse de la complétude garantie par une habilitation implicite	373
1° La représentation d'une norme d'habilitation implicite	373
2° La prétention à garantir la complétude de tout système normatif	374
Conclusion du titre 2	379
Conclusion de la première partie	382

Seconde partie

La portée pragmatique des lacunes constitutionnelles

Titre 1. Les lacunes constatées par la doctrine	387
Chapitre 1. Des instruments limités, les lacunes subjective et technique	389
Section 1. Les lacunes subjectives	390
§ 1. La portée prescriptive d'une lacune subjective	393
A. La structure d'une lacune subjective	393
B. La diversité des personnes susceptibles de désigner une lacune subjective	397
§ 2. Des lacunes subjectives dans la Constitution de 1958	401
A. Typologie des principales lacunes subjectives dans la Constitution de 1958	402
1° Les principales finalités de la désignation de lacunes subjectives	402
a) Un meilleur fonctionnement des institutions	402
b) La garantie affermie de droits et de libertés constitutionnels	404
c) L'effectivité accrue des normes existantes	406
d) L'extension du contrôle effectué par certains organes	408
e) Une articulation affinée entre ordres juridiques	412
2° Les procédés argumentatifs utilisés lors de la désignation de lacunes subjectives	414

B.	Évaluation des lacunes subjectives	417
1°	Évaluation de l'assimilation de phénomènes à des lacunes subjectives	417
a)	L'utilité de la désignation de lacunes subjectives	417
b)	Une utilité tributaire d'une forme singulière de déontologie doctrinale	418
2°	Évaluation du concept de lacune subjective	419
a)	Évaluation interne	420
b)	Évaluation externe	422
Section 2.	Les lacunes techniques	424
§ 1.	Les effets neutralisateurs d'une lacune technique	426
A.	La structure d'une lacune technique	426
1°	L'exclusion de représentations lâches de la lacune technique	426
2°	Le choix d'une représentation restreinte de la lacune technique	427
a)	Les lacunes techniques horizontales	428
b)	Les lacunes techniques verticales	430
B.	Des exemples de lacunes techniques verticales en droit constitutionnel	434
1°	Des exemples de lacunes techniques verticales à l'étranger	434
2°	L'inertie du législateur habilité à régler le droit de grève	435
§ 2.	Les lacunes techniques dans la Constitution de 1958	437
A.	Les lacunes techniques obsolètes dans la Constitution de 1958	439
1°	La régularité des lacunes techniques depuis 1958	440
2°	L'exemple révélateur de la procédure de destitution du président de la République	445
B.	Une lacune technique verticale actuelle dans la Constitution de 1958	448
Chapitre 2.	Un instrument prometteur, la lacune institutionnelle	453
Section 1.	La définition de la lacune institutionnelle	454
§ 1.	Une définition par exclusion	455
A.	L'imprécision des représentations traditionnelles des lacunes constitutionnelles en matière institutionnelle	455
1°	Les limites de l'assimilation d'une lacune à l'inexistence d'une institution	455
2°	L'assimilation courante des lacunes institutionnelles à des lacunes subjectives ou techniques	457
B.	Précision du concept de lacune institutionnelle par exclusion	459
1°	Délimitation du champ d'application du concept de lacune institutionnelle	459
a)	L'exclusion des principes fondant des droits et des libertés	460
b)	La compréhension précise du principe de liberté	461
2°	Méthode d'identification des phénomènes correspondant au concept de lacune institutionnelle	463
a)	Le refus du comparatisme prescriptif	463

b) Le refus de la fragmentation des formes juridiques applicables à un cas générique	468
§ 2. Une définition par sélection	474
A. Le risque d'une difficulté institutionnelle	475
1° Le choix d'une représentation conséquentialiste de la lacune	476
2° L'écart par rapport au fonctionnement régulier des institutions	477
B. Le défaut de résolution normative de la difficulté institutionnelle par une disposition constitutionnelle	479
Section 2. Identification de lacunes institutionnelles dans la Constitution de 1958	483
§ 1. Trois lacunes institutionnelles actuelles	484
A. Le vote du Conseil constitutionnel bloqué par l'empêchement de son président	484
B. La paralysie de la déclaration de l'empêchement définitif du président de la République	488
1° Le cadre normatif de la lacune	488
2° La mutation de l'empêchement provisoire en empêchement définitif	490
3° L'empêchement définitif immédiat	491
C. L'impossible détermination de la fin du mandat du président de la République intérimaire	493
§ 2. Deux lacunes institutionnelles obsolètes	495
A. Les conséquences du non-respect des délais prévus pour prendre les ordonnances nécessaires à la mise en place des institutions	495
B. Le décès d'un candidat entre les deux tours de l'élection présidentielle	497
Conclusion du titre 1	504
Titre 2. Les lacunes façonnées par les interprètes authentiques	505
Chapitre 1. La lacune axiologique, modèle d'analyse stratégique	507
Section 1. L'analyse stratégique, cadre de l'appréhension d'une lacune axiologique	509
§ 1. Les modalités de l'analyse stratégique	511
A. La marge de liberté de l'interprète, condition de l'analyse stratégique	511
1° Les bornes contournées de la liberté juridique	512
2° La liberté effectivement perçue, cadre de l'expression d'une stratégie	514
B. Les attributs de l'analyse stratégique	515
1° Les qualités supposées du stratège	515
a) La rationalité	515
b) La conscience	517
c) L'ambition	518
2° L'argumentation, clé d'accès à la stratégie supposée	519
a) Une information fructueuse	520

b) Une information limitée	521
§ 2. Les propriétés du modèle d'analyse stratégique	522
A. Un modèle éprouvé	522
1° Les qualités de l'analyse stratégique	522
2° L'intérêt ancien pour l'analyse stratégique	524
a) Une tradition endogène	524
b) Une tradition exogène	526
i) <i>Les racines américaines de l'analyse stratégique</i>	526
ii) <i>L'importation en France de modèles formulés aux États-Unis</i>	529
B. Un modèle limité	529
1° L'imparfait lien de causalité entre l'argumentation et la stratégie	530
2° La difficile mesure de l'écart entre la norme et son application	530
Section 2. Un modèle argumentatif	531
§ 1. Délimitation par exclusion	534
A. La lacune axiologique, un type singulier de lacune	534
1° Les lacunes axiologiques, distinctes des lacunes normatives	534
2° Les lacunes axiologiques, distinctes des lacunes subjectives	535
B. La lacune axiologique, distincte de la « défaisabilité » des normes et des raisonnements juridiques	537
§ 2. Délimitation par sélection	540
A. La définition d'une lacune axiologique	540
1° Les lacunes axiologiques selon C. E. Alchourrón et E. Bulygin	540
2° La définition retenue	542
B. Les étapes casuistiques de la désignation d'une lacune axiologique	544
1° L'identification de la norme ayant vocation à s'appliquer	544
2° La distinction entre deux cas infra-génériques	544
a) Les lacunes axiologiques « par défaut d'inclusion »	545
b) Les lacunes axiologiques « par défaut de distinction »	546
3° La création d'une antinomie entre la norme préexistante et la norme créée	547
4° La résolution de l'antinomie en faveur de la norme créée	548
a) La conciliation équitable	548
b) Le « noble rêve » de l'application d'un droit préexistant	551
Chapitre 2. Les lacunes axiologiques, arguments subversifs	555
Section 1. Identification de lacunes axiologiques	556
§ 1. L'appréhension ardue des lacunes axiologiques institutionnelles	557
A. La lacune axiologique institutionnelle, instrument original	557
1° La position privilégiée du président de la République pour désigner une lacune axiologique dans la Constitution de 1958	558

2° La portée singulière de l'interprétation des constitutions par les chefs d'État	561
B. Une lacune axiologique institutionnelle désignée dans l'article 11 de la Constitution de 1958	563
1° La désignation de la lacune axiologique	563
2° La légitimation doctrinale de la désignation de la lacune axiologique	565
a) Le rejet des positions définitives	565
b) Le choix d'une position modérée	568
§ 2. L'appréhension possible des lacunes axiologiques juridictionnelles	569
A. Les lacunes axiologiques juridictionnelles, instruments couramment utilisés	570
1° Les lacunes axiologiques dans les systèmes de <i>common law</i>	571
a) Le « manque » d'une exception fondée sur un principe de <i>common law</i>	571
b) Le « manque » d'une exception fondée sur l'équité	573
2° Les lacunes axiologiques dans la jurisprudence administrative française	574
a) La lacune axiologique à l'origine de la jurisprudence administrative	575
b) La lacune axiologique, fondement de la théorie des « circonstances exceptionnelles »	577
<i>i) La légitimation dogmatique sans invocation d'une lacune</i>	578
<i>ii) La légitimation dogmatique par la négation de la possibilité de lacunes</i>	579
<i>iii) La légitimation dogmatique par la désignation de lacunes</i>	581
B. Des lacunes axiologiques juridictionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel	582
1° Les difficultés affectant l'identification de lacunes axiologiques	582
2° Les lacunes identifiées	585
a) Le contournement du droit de grève	585
b) Le contournement du vote personnel des membres du Parlement	589
c) Le contournement du principe d'égalité	591
d) Le contournement de la possibilité d'attribuer une organisation particulière aux seuls territoires d'outre-mer	594
Section 2. Évaluation de la désignation de lacunes axiologiques	596
§ 1. L'efficacité indubitable de la désignation de lacunes axiologiques	596
A. Une stratégie juridiquement incontestable	596
B. Une légitimation doctrinale de la stratégie	597
1° Une stratégie niée	598
2° Une stratégie édulcorée	599
§ 2. La portée subversive de la désignation d'une lacune axiologique	603
A. La neutralisation de dispositions constitutionnelles substantielles	603
B. La neutralisation des règles d'interprétation habituelles des dispositions constitutionnelles	605
Conclusion du titre 2	607

Conclusion de la seconde partie	609
Conclusion générale	611
Sources	615
Bibliographie	635
Index	759