



**HAL**  
open science

## L'éclosion du contentieux constitutionnel

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. L'éclosion du contentieux constitutionnel. La Mémoire du droit. La doctrine publiciste et le tournant des années 1970, sous la direction de W. Mastor et J.-G. Sorbara., pp.139-158, 2024, Contextes - Culture du droit. hal-04571873

**HAL Id: hal-04571873**

**<https://amu.hal.science/hal-04571873>**

Submitted on 22 May 2024

**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.

## L'éclosion du contentieux constitutionnel

Xavier MAGNON

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,

CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Contentieux constitutionnel, le temps des labos... il faut sans doute voir dans le découpage de ce colloque - mais, sans doute, et surtout, dans l'amitié qui me lie aux organisateurs - les raisons de ma présence pour traiter de ce sujet, en tant que directeur de l'Institut Louis Favoreu et pour avoir déjà tenté de systématiser de manière critique ce qu'il est convenu d'appeler l'école aixoise de droit constitutionnel<sup>1</sup>. Contentieux constitutionnel, temps des labos, et, plus précisément, tournant contentieux de la « science » du droit constitutionnel, le nom du Doyen Louis Favoreu est incontournable. Pour autant, s'il est juste de lui accorder une paternité évidente dans le développement de ce que l'on peut appeler un *droit constitutionnel jurisprudentiel*, à savoir un discours sur le droit constitutionnel<sup>2</sup> qui prend pour objet la jurisprudence constitutionnelle, cette dimension du discours n'a pu s'imposer et, pour un temps, dominer<sup>3</sup>, que parce qu'il a été suivi par d'autres et que, de fait, ce type de discours a constitué la manière dominante de faire du droit constitutionnel. Autrement dit, si le Doyen est à l'origine du mal, il n'est pas le seul coupable.

Quels que soient les liens institutionnels et affectifs existants ou ayant pu exister entre l'auteur de ces lignes et le Doyen Louis Favoreu, les propos sur l'éclosion du tournant contentieux seront

---

<sup>1</sup> Voir en particulier : « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 233-254 ; « Commentaire sous *Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution* de L. Favoreu », in *Les grands discours de la culture juridique*, W. Mastor, J. Benetti, P. Égea, X. Magnon, Dalloz, Collection Grands arrêts, 1ère édition, 2017, pp. 866-887.

Pour des conférences, non publiées : « Le Doyen Favoreu, l'école aixoise et le Conseil constitutionnel : liens, distances et influences », in *Les Cours constitutionnelles et la doctrine : quel dialogue ?*, Col-Loqui de Justicia Constitucional del Principat d'Andorra, Tribunal Constitucional, Andorra, 1<sup>er</sup> au 3 décembre 2011 ; « Que reste-t-il du positivisme aixois ? », in *Hommage à Louis Favoreu*, Pau, 22 mai 2015.

<sup>2</sup> Sauf indication contraire, cette expression entend désigner le discours scientifique sur le droit constitutionnel et non pas le discours du juge constitutionnel qui est également un discours sur le droit constitutionnel.

<sup>3</sup> C'est sans doute la prétention hégémonique, dont on pourrait d'ailleurs discuter de la pertinence, cette prétention relevant plus du sentiment que de l'observation empirique (voir, toutefois, *infra* sur les éléments à charge dans cette prétention, même si elle ne relève sans doute pas d'une volonté consciente en ce sens) qui a fait l'objet des plus vives critiques.

Dans les critiques les plus virulentes de l'école aixoise de droit constitutionnel et du Doyen Louis Favoreu, l'on retrouve les tenants du *droit politique* de l'Institut Michel Villey, dont les propos oraux, qui ne laissent pas toujours de traces, sont parfois plus virulents que leurs écrits sur la domination de l'école aixoise. L'on pensera en particulier aux propos tenus par Denis Baranger et Olivier Beaud à l'occasion du colloque toulousain QsQ 6, *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, qui s'est tenu les 29 et 30 septembre 2016. Contrairement à la plupart des autres contributions, celle de D. Baranger et d'O. Beaud ne sont pas disponibles en ligne sur Dailymotion. L'ensemble des contributions écrites à ce colloque ont été publiées : *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, sous la direction de X. Magnon et S. Mouton, Mare & Martin, 2022, 448 p.

critiques, même si la position générale défendue consistera à soutenir que cette éclosion a été salubre pour le discours sur le droit constitutionnel et qu'elle lui a permis, d'un point de vue scientifique, d'être aujourd'hui meilleur qu'il ne l'avait été auparavant. Dans le discours sur le droit constitutionnel, la domination du discours jurisprudentiel, après un discours notionnel relativement indéterminé, a ouvert la voie, nous le verrons en détail, à une réaction critique permettant d'améliorer encore le discours doctrinal constitutionnel. La science du droit constitutionnel se construit par étape et le moment de juridicisation du droit constitutionnel était une étape nécessaire pour permettre le renouvellement de la science du droit constitutionnel. Il est d'ailleurs assez savoureux de voir l'école de droit politique reprendre la thématique de la constitutionnalisation du droit, développée par Louis Favoreu<sup>4</sup>, pour en proposer une nouvelle lecture, plus critique. Les sujets restent, leur traitement évolue.

Une dernière précision, d'ordre épistémologique, dans l'appréhension du sujet mérite d'être faite et elle relève plus de l'aveu. Il arrive sans doute un moment, dans la constitution de sa pensée, à partir duquel les représentations subjectives du monde que l'on décrit l'emportent sur une observation strictement objective du réel que l'on est censé décrire. Ces représentations sont le fruit d'expériences de lectures, mais aussi d'échanges informels et d'expériences à partir desquelles des représentations du réel se sont construites, sans pour autant être totalement rattachées à une observation systématique et empirique du réel. Les constructions mentales subjectives l'emportent sur une observation systématique et objective ; la pensée se développe sans véritable observation du réel, ce que l'on pourrait qualifier de *pensée subjectivo-dégénérative*.

Ces représentations donnent d'ailleurs lieu, parfois, à des malentendus<sup>5</sup>, au point d'ailleurs que l'on peut considérer, avec d'autres, que « la réputation se réduit toujours à la somme des malentendus accumulés » sur sa personne<sup>6</sup>. Tout en espérant ne pas être totalement tombé dans ce moment de bascule de la pensée, il est difficile de ne pas concéder que certaines des affirmations proposées dans les lignes qui suivront sont le fruit de représentations accumulées depuis plus de 20 ans de recherche et d'expériences universitaires, qui mériteraient d'être réinterrogées, mais qui n'en témoignent pas moins d'une certaine vision de la science du droit constitutionnel. La part de vision subjective<sup>7</sup> est donc assumée au risque de la critique, mais, l'on

---

<sup>4</sup> Ce dernier étant d'ailleurs cité par les auteurs de la préface des numéros 20 et 21 de la revue *Jus politicum*, Olivier Beaud, Patrick Wachsmann et Philippe Conte, sur le thème *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et les différentes branches du droit*. Ce thème est décliné ensuite, comme l'école aixoise a pu le faire dans les années 90, par différents sujets, formulés peu ou prou, sous la forme « X dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », X étant la variable de différenciation des sujets.

<sup>5</sup> L'œuvre de Kelsen en est une illustration significative : de la pyramide, terme que l'on doit en réalité à son traducteur, à la norme fondamentale supposée, appréhendée comme une hypothèse hypothético-transcendentale. Voir en l'occurrence sur cette et ces questions : *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, direction d'ouvrage avec T. Hochmann, X. Magnon et R. Ponsard, Mare & Martin, Le sens de la science, 2019, 434 p.

<sup>6</sup> M. Onfray, *Contre-histoire de la philosophie I, Les sagesses antiques*, Le Livre de poche, Bibliothèque Essais, 2007.

<sup>7</sup> L'on pourrait, à la seule lecture de certains écrits, douter de la critique actuelle et sévère dont fait l'objet l'école aixoise de droit constitutionnel. Cette critique fait plus l'objet, on l'a vu, de discussions et de mises en cause orales que d'écrits affrontant frontalement la question.

peut se rassurer, la critique dans la science du droit se réduit souvent à l'effacement pure et simple de la pensée de l'adversaire (scientifique), en ne s'y référant pas<sup>8</sup>, ou à la caricature de sa pensée<sup>910</sup>, ce qui constitue deux moyens d'éviter la contradiction pourtant motrice du développement d'une pensée critique.

Pour en revenir plus directement au sujet, plus que l'éclosion du contentieux constitutionnel lui-même, parce qu'il est question, dans ce colloque, de la doctrine publiciste et le tournant des années 70, c'est la prise en compte de ce tournant contentieux par le discours sur le droit constitutionnel qui nous intéresse ici. Épargnons-nous ici le rappel de la construction jurisprudentielle du Conseil constitutionnel visant à intégrer dans la Constitution du 4 octobre 1958 son Préambule et les textes auxquels il y est fait référence - le coup d'État du 16 juillet<sup>11</sup>, l'arrêt *Blanco* des constitutionnalistes -, pour nous concentrer sur la manière dont le discours sur le

L'opposition école aixoise/école montpelliéraine du droit constitutionnel, à travers les personnes de D. Rousseau et Louis Favoreu n'aura donné lieu à une attaque frontale du premier à l'encontre du second, qu'après la mort de celui-ci, et dans une revue en ligne dans un article en anglais. Voir sur ce point : « Le droit constitutionnel au-delà du droit constitutionnel : la singularité du discours de droit constitutionnel de Dominique Rousseau », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Rousseau*, LGDJ-Lextenso, 2020, pp. 677-695.

Les querelles doctrinales sont, en général, peu formalisées dans des écrits, à l'exception, notable, par exemple, de la querelle, pour la plus connue sans doute, entre O. Pfersmann et M. Troper à la *Revue française de droit constitutionnel*, et celle de ce dernier avec D. De Béchillon à la *Revue de la recherche juridique* : D. de Béchillon, « Réflexions critiques », *RRJ-DP*, 1994, p. 247-266 ; M. Troper, « Réplique à Denys de BECHILLON », *RRJ-DP*, 1994, p. 268 ; O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 50, 2002, pp. 280-334 ; M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, n° 50, 2002, pp. 335-353.

Voir, toutefois, veillant à inverser cette tendance, la rubrique controversée de la revue *Les Cahiers Portalis*, ou celle, plus récente, de la *RFDC*.

<sup>8</sup> Voir par exemple, ne faisant aucune mention des thèses normativistes, pourtant défendues par plusieurs auteurs, dans des manuels, thèse ou article de doctrine : O. Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum*, n° 18, Juillet 2017, <http://juspolicum.com/article/Le-cas-francais-l-obstination-de-la-jurisprudence-et-de-la-doctrine-a-refuser-toute-idee-de-limitation-au-pouvoir-de-revision-constitutionnelle-1170.html>.

<sup>9</sup> Voir en ce sens, à propos de l'article précité « Qu'est-ce que le droit politique ? », la contribution d'A. Le Pillouer, « « Droit politique » et « Réalisme nanterrois ». Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel », *Jus politicum*, n° 24, Mai 2020, (<http://juspolicum.com/article/Droit-politique-et-Realisme-nanterrois-Considerations-sur-la-methode-et-l-objet-du-droit-constitutionnel-1328.html>), qui procède à, au moins, trois présentations caricaturales (en trois brefs paragraphes).

- A. Le Pillouer confond l'objet de cet article, l'identification de ce que serait le discours de « droit politique » d'un point de vue épistémologique et le positionnement théorique de l'un de ses auteurs (de l'un de ses auteurs seulement), à savoir le normativisme, afin de dévaloriser la portée du résultat de l'article qui ne serait finalement qu'une vision normativiste.
- Il s'oppose à la position selon laquelle l'école aixoise pourrait être considérée comme étant plus proche, dans sa dimension théorique, de la théorie réaliste que du normativisme, en faisant mine de penser que cette position, qui fait l'objet d'une note en bas de page seulement dans l'article critiqué, procéderait d'une confusion chez ses auteurs entre « interprétation authentique » et interprétation du juge, alors qu'aucun des propos de l'article ne le suppose et que les auteurs, pour en avoir discuté ailleurs, connaissent la position de M. Troper sur ce point, qui est, en l'occurrence, celle de Kelsen. L'on apprécie, en tout état de cause, la leçon du professeur de théorie du droit sur la pensée de son maître.
- Il suppose enfin que le normativisme considérerait que les réalistes nanterrois ne sauraient produire un discours critique sur le discours du juge, alors que, sous cet angle, la critique normativiste met seulement en évidence l'impossible appréciation de la régularité juridique des interprétations du juge et non pas l'absence de discours critique.

Cette caricature fait obstacle à une véritable discussion, pas plus qu'elle ne permet à son auteur de rejeter les critiques qui ont été faites.

<sup>10</sup> Cette remarque, assez générale, pourrait être précisément rattachée à la tendance précédemment décrite, faute d'être rattachée à une analyse empirique systématique.

<sup>11</sup> CC, n°71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.

droit constitutionnel s'est saisi de cette éclosion. Il sera donc question non pas d'objet, du contentieux constitutionnel ou, plus exactement, du droit du contentieux constitutionnel, mais du discours sur cet objet et, plus précisément encore, d'un discours sur le droit constitutionnel qui a déplacé son objet d'étude quasi exclusivement vers le discours du juge constitutionnel, délaissant ainsi les énoncés textuels constitutionnels<sup>12</sup>.

La naissance d'un nouvel objet et la mise en place des conditions pour le développement d'une juridiction constitutionnelle en France ont conduit à développer un nouveau discours sur le droit constitutionnel nourrit d'un autre discours, celui du juge constitutionnel. Cette tendance n'a fait que rejoindre une autre tendance, existante dans tous les pays européens qui disposent d'une justice constitutionnelle, au sein desquels la doctrine de droit constitutionnel a juridicisé son objet. Le droit comparé, tout particulièrement pour l'école aixoise, a ainsi pu à la fois nourrir et légitimer l'approche contentieuse du droit constitutionnel.

Avec le tournant contentieux, le discours du droit constitutionnel ne sera plus seulement un discours sur les notions<sup>13</sup>, et donc un discours ayant essentiellement pour objet les discours doctrinaux constitutionnels<sup>14</sup>, mais également un discours sur le discours du juge portant sur la Constitution. L'objet d'étude n'est plus seulement notionnel, il intègre une concrétisation juridictionnelle de la Constitution. Réduit à la lecture de cette concrétisation, le discours sur le droit constitutionnel devient technique d'un point de vue juridique et pauvre de sens en dehors des situations contentieuses. De là, a pu être dénoncé l'appauvrissement du discours du droit constitutionnel<sup>15</sup>.

La perspective du tournant contentieux du droit constitutionnel et, plus largement, de l'approche jurisprudentielle du droit public, est d'ailleurs tout à fait éclairante de la manière dont est conçu le droit au sein des Facultés françaises qui se consacrent à cette étude<sup>16</sup>, à savoir principalement sous l'angle contentieux, à partir des discours des juges. D'un point de vue institutionnel universitaire, la noblesse du discours sur le droit en présuppose une lecture contentieuse, et impose donc une

---

<sup>12</sup> Pour ne prendre qu'une illustration de cette tendance, il faut mentionner l'affirmation selon laquelle la valeur constitutionnelle de la libre administration a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans une décision, alors pourtant que la libre administration des collectivités territoriales est consacrée dans la Constitution du 4 octobre 1958. Ainsi, dans la dernière édition du Précis Dalloz, l'on peut lire que « le principe de libre administration a été consacré pour la première fois comme principe à valeur constitutionnelle dans une décision n° 79-104 DC, 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle-Calédonie* ». (L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 2022, 24<sup>ème</sup> édition, § 702, p. 572).

<sup>13</sup> L'on parlera d'un *droit constitutionnel notionnel* et non pas d'un *droit constitutionnel conceptuel* dans la mesure où le discours sur le droit constitutionnel consiste à développer un certain nombre d'idées générales autour de différentes dénominations conceptuelles, « État », « souveraineté », « Constitution », sans proposer une définition précise et explicite du concept ainsi dénommé, c'est-à-dire un énoncé linguistique visant à décrire une réalité déterminée à partir de sa typicité. Voir sur ce point *infra*. **Réf art. Bioy**

<sup>14</sup> D'où la place significative dans ce mouvement accordés à l'étude d'écrits anciens d'auteurs males, blancs, hétérosexuels, morts, dominants, sacralisés, sans véritable distance critique.

<sup>15</sup> Voir en ce sens : A. Le Divellec, « Jus Politicum : le droit ressaisi par la politique ? », disponible à l'adresse suivante : [https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus\\_politicum\\_le\\_droit\\_ressaisi\\_par\\_la\\_politique.htm](https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum_le_droit_ressaisi_par_la_politique.htm), qui évoque approche « monotone » et « sclérosante » du droit constitutionnel.

<sup>16</sup> Ce qui peut apparaître également comme un cas de pensée autonome dégénérative.

lecture jurisprudentielle du droit, qui renvoie au modèle doctrinal privatiste et, en droit public, au modèle doctrinal du droit administratif, le « modèle Waline »<sup>17</sup> comme il a été qualifié au cours de cette journée par Grégoire Bigot. En définitive, cette lecture témoigne, et de manière paradoxale à bien des égards, d'une appréhension du droit à partir de la résolution de cas, même s'il s'agit, pour le discours sur le droit, moins d'étudier les cas que d'inférer de la résolution d'un cas particulier une règle générale et abstraite. Une logique pédagogique, la plus grande facilité à transmettre des connaissances à partir d'un cas concret, se mêlent à une logique ontologique, le droit est ce qui est dit par le juge, et une logique institutionnelle, la proximité de la doctrine, publiciste surtout, avec les juges des cours suprêmes pour renforcer ce mouvement.

Toujours est-il que, selon cette perspective, les juristes valorisent la place du juge, tout en légitimant son pouvoir de poser, en substance, des normes générales et abstraites, dont il ne dispose pourtant pas dans l'ordre juridique. D'un point de vue théorique, la fonction de juger consiste à résoudre un différend sur l'application d'une norme générale et abstraite à une situation concrète, en posant une norme individuelle et concrète réglant d'un point de vue normatif cette situation. Surtout, du point de vue du droit positif français, il faut rappeler qu'en vertu de l'article 5 du code civil, les juges ne sauraient produire des arrêts de règlement, c'est-à-dire poser une règle générale et abstraite à l'occasion de la résolution d'un cas concret susceptible de s'appliquer à des cas entrant dans son domaine d'application. À cet égard, il faut souligner la légitimation par une doctrine qui a, par l'existence seule de son discours, validé le plus gros coup d'État juridique en France, à savoir l'arrêt *Blanco*, permettant, d'un point de vue sociologique, à la haute administration française de se faire juge de sa propre action, tout en posant elle-même les règles spécifiques, distinctes du droit commun, qu'elle s'appliquera à elle-même<sup>18</sup>.

Ce coup d'État premier, fondateur, éclaire la démarche de la doctrine administrativiste à la recherche d'un critère (légitimant) du droit administratif (service public, exorbitance du droit commun ou bases constitutionnelles). Il faudra d'ailleurs attendre que le défenseur de l'un de ses courants, celui des « bases constitutionnelles du droit administratif », soit lui-même juge constitutionnel<sup>19</sup> pour que le Conseil constitutionnel consacre deux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) permettant de fonder juridiquement, dans la Constitution, ce qui ne l'était pas, du moins sous l'angle de la fonction juridictionnelle, à savoir l'existence de la juridiction administrative<sup>20</sup>, à travers l'affirmation de son indépendance, et une réserve de compétence au profit des juridictions administratives<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Marcel Waline ayant d'ailleurs été le directeur de thèse du Doyen Favoreu.

<sup>18</sup> Un cas, encore, de pensée autonome dégénérative

<sup>19</sup> On peut, certes, tout à fait considérer qu'au regard des conditions de création des PFRLR ces deux principes peuvent être identifiés, mais qu'ils ont précisément été dégagés alors que le Doyen Vedel était rapporteur dans les décisions qui les ont consacrés.

<sup>20</sup> CC, n° 80-119 DC, 22 janvier 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*.

<sup>21</sup> CC, n° 86-224 DC, 20 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

La légitimation/valorisation de la place du juge est liée à la valorisation institutionnelle du discours portant sur le discours du juge : tout « juriste » devant avoir pour objet un discours jurisprudentiel. Avec le développement d'une jurisprudence constitutionnelle, le constitutionnaliste dispose désormais, comme les autres juristes, d'un discours jurisprudentiel à décrire. Le droit constitutionnel quitte le politique pour être saisi par le droit. Le discours sur le droit constitutionnel a ainsi suivi le modèle dominant, celui du droit administratif, le tournant contentieux permettant de légitimer ce discours d'un point de vue institutionnel au regard de son objet.

S'il faut sans doute créditer le Doyen Favoreu, du lancement et d'une structuration d'une recherche globale autour d'un laboratoire ayant pour objet le contentieux constitutionnel<sup>22</sup>, il ne faut pas oublier tous ceux qui l'ont accompagné ou suivi dans cette démarche de valorisation de la parole du juge constitutionnel dans l'étude du droit constitutionnel : Léo Hamon<sup>23</sup>, Dominique Rousseau<sup>24</sup>, Michel Verpeaux et Bertrand Mathieu<sup>25</sup>, Guillaume Drago<sup>26</sup>, Dominique Turpin<sup>27</sup> et Pierre Avril et Jean Gicquel<sup>28</sup>. La production de manuels de contentieux, de chroniques jurisprudentielles régulières, dans les grandes revues juridiques, la création de revues, gérées à Aix, la *Revue française de droit constitutionnel* ou l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, comme, plus largement, la production de thèses et d'articles ont ainsi assis une nouvelle vision, juridicisée, du droit constitutionnel. La démarche, la diffusion et le mouvement en faveur d'une approche jurisprudentielle du droit constitutionnel sont tellement importants que, d'une certaine manière, et jusqu'à récemment, avec, au début des années 2000, ce que j'appellerai le *tournant théorique* du droit constitutionnel, le droit constitutionnel jurisprudentiel l'a emporté sur le droit constitutionnel notionnel classique. L'opposition droit constitutionnel jurisprudentiel/droit constitutionnel notionnel se prolonge encore aujourd'hui en un *droit constitutionnel jurisprudentiel* et un *droit politique*<sup>29</sup>, même si la situation est sans doute plus complexe et qu'elle ne saurait être

---

<sup>22</sup> L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, pp. 5-120 ; « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie juridique ? », *D.* 1972, Chron. 267 ; par ailleurs, à partir de 1975, L. Favoreu et L. Philip publieront à la *RDP* (1-1975, pp. 165-211 ; 5-1975, pp. 1307-1358), une chronique régulière de jurisprudence du Conseil constitutionnel, confié plus tard, à partir de 1990, avec la création à Aix de la *RFDC*, à D. Rousseau.

<sup>23</sup> L. Hamon, « Quand les assemblées parlementaires ont des juges », Dalloz, 1959, Chronique XXXVIII, pp. 253-260 ; *Les juges de la loi, Naissance et rôle d'une contrepuissance : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987, 700 p.

<sup>24</sup> D. Rousseau sera le premier à publier un ouvrage de *Droit du contentieux constitutionnel*, en 1990 (Montchrestien, Domat Droit public, 404 p.), et il tiendra à la suite de L. Favoreu et L. Philip, à partir de 1990, la chronique de jurisprudence constitutionnelle à la *RDP*.

<sup>25</sup> L'on pensera en particulier aux chroniques régulières de jurisprudence constitutionnelle aux *Petites affiches voir année*

<sup>26</sup> G. Drago, *Contentieux constitutionnel*, PUF, Thémis, 1998, 580 p.

<sup>27</sup> D. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, PUF, Droit fondamental, 1986, 346 p.

<sup>28</sup> L'on pensera en particulier à la chronique de jurisprudence constitutionnelle dans la revue *Pouvoirs*, à partir de 1978.

<sup>29</sup> Sur cette question, voir, pour une lecture critique, avec A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, Décembre 2018, pp. 107-128 ; pour un dernier état du *droit politique* par ceux qui défendent ce positionnement : *Le droit politique face à la V<sup>ème</sup> République*, *Jus politicum*, n° 24, Mai 2020, <http://juspolicum.com/numero/Le-droit-politique-face-a-la-Cinquieme-Republique-77.html>.

réduite à cette opposition, la dimension contemporaine du droit constitutionnel, théorique et conceptuelle, transcendant cette opposition.

Ce mouvement global a permis de construire l'objet « juridiction constitutionnelle » en France, tout en légitimant l'existence et l'action. La critique est longtemps apparue feutrée, s'en tenant le plus souvent à des critiques purement techniques, pouvant porter, parfois, sur des questions de ponctuation ou de respect des règles de grammaire. Cette démarche visant à légitimer l'institution a pu d'ailleurs être assumée par une partie de la doctrine qui n'en était pas pour autant dupe. Il faut penser aux propos prononcés par Guy Carcassonne ici même, à Toulouse, lors de la synthèse du deuxième QsQ, *La QPC façonnée par ses acteurs, quelle(s) tendance(s)*, qui expliquait qu'il a longtemps limité ses critiques à l'égard de l'institution pour éviter que cette institution, fragile, ne soit remise en cause<sup>30</sup>.

Au risque de frôler l'excès de pensée subjectivo-dégénérative, le mouvement de légitimation a été d'une ampleur telle qu'il a contribué à faire croire que la France était dotée d'une Cour constitutionnelle à l'instar des autres États européens comme l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne ou le Portugal. La dimension performative du discours doctrinal est tout à fait significative. Le discours de la science du droit constitutionnel a pris au sérieux le Conseil constitutionnel, en ayant pour objet d'étude scientifique le discours, peu motivé, d'une institution, qui ne rend qu'une dizaine de décisions par an, composée, le plus souvent, d'hommes politiques plus ou moins obscurs, qui rend des décisions dans un délai d'un mois, qui accueillent en son sein les anciens présidents de la République, qui n'exige aucune compétence juridique particulière de ses membres, qui dispose de moyens matériels en personnel, en particulier, dignes d'une autorité administrative indépendante sur la régulation du marché de la pêche et qui est située géographiquement dans une aile du Palais Royal entre la Comédie française et le Conseil d'Etat. Telle a été *la grande mystification de la science du droit constitutionnel* que d'avoir fait croire que nous disposions, en France, d'une cour constitutionnelle. Dans cette mystification, il faut souligner la dimension paradoxale du droit comparé : le comparatisme, mobilisé parfois à l'appui d'un discours prescriptif faisant du Conseil constitutionnel une Cour constitutionnelle aurait pu, en réalité, être précisément mobilisé pour démontrer qu'il n'en était rien<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Voir : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cabiers-du-conseil-constitutionnel/question-sur-la-question-la-qpc-faconnee-par-ses-acteurs-quelles-tendances-0>.

<sup>31</sup> Il faut d'ailleurs rappeler qu'en 1967, le Doyen Favoreu défendait la spécificité du Conseil constitutionnel. Pour reprendre ses mots : « Le Conseil constitutionnel est donc une juridiction constitutionnelle : mais, c'est une juridiction constitutionnelle d'un type spécial qui non seulement n'a pas été créée à partir de modèles préexistants ainsi que nous l'avons vu au début de cette étude, mais encore ne se rattache à aucune des catégories connues.

Juge constitutionnel, le Conseil contrôle la formation des actes juridiques fondamentaux. Il est donc sans objet de lui adresser des critiques au regard des particularités de systèmes étrangers : on ne compare que des entités comparables. Il aurait été absurde par exemple de critiquer le manque de pouvoirs du président de la République française de 1946 en considération des attributions du Président des États-Unis. Ils appartiennent au même genre, mais non à la même espèce. Il en va de même pour le Conseil constitutionnel et les autres juridictions constitutionnelles. Ou bien, on remet en cause toute l'institution, ou bien on l'admet telle qu'elle est c'est-à-dire ayant seulement pour mission la régulation de l'activité normative et non la protection des individus ou le maintien de l'équilibre politique » (« Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *précit.*, p. 119).

Le développement de ce discours sur le droit constitutionnel a également pu bénéficier de conditions institutionnelles et politiques favorables. Sa diffusion a été d'autant plus forte que ceux qui l'ont développé ont siégé dans les instances de validation des compétences universitaires, conseil national des universités et premier concours national d'agrégation de droit public, les institutions de monopolisation de l'universel aurait dit Bourdieu<sup>32</sup>, et que ceux qui souhaitaient poursuivre une carrière universitaire ont accepté ce jeu institutionnel.

Toujours d'un point de vue institutionnel, il faut encore ajouter, et ce de manière plus scientifique, qu'à Aix-en-Provence, avec le Groupe d'études et de recherche sur la justice constitutionnelle (Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle), la structuration de la recherche autour d'un laboratoire de recherche, sur la justice constitutionnelle et le droit comparé, a permis le développement d'une dynamique de recherche collective, de diffusion d'un savoir-faire et d'une identité qui a renforcé la diffusion du modèle. La production de thèses, le plus souvent financées, a permis la construction d'un savoir jurisprudentiel sur le droit constitutionnel.

Il reste encore à expliciter ce tournant contentieux dans sa dimension épistémologique, c'est-à-dire au regard de la manière dont s'organise ce discours d'un point de vue méthodologique, avant de voir en quoi il nourrit et peut nourrir aujourd'hui un discours de droit constitutionnel scientifique et ambitieux. Nous pouvons ainsi proposer d'*épurer le passif en mettant en évidence les dimensions épistémologiques du discours de droit constitutionnel jurisprudentiel du tournant* (§ I), avant de *valoriser l'actif en révélant l'épistémologie du discours du droit constitutionnel aujourd'hui* (§ II). Les deux éléments sont liés, car le tournant contentieux a conduit à ce qu'est aujourd'hui le discours du droit constitutionnel et il est tout à fait pertinent de mesurer le chemin parcouru sous l'angle épistémologique et, plus largement, les progrès, sous cet angle, du discours sur le droit constitutionnel. Dans cette approche dynamique et comparée, il n'est pas interdit de penser que ce progrès n'a été possible que parce que le tournant jurisprudentiel a eu lieu. La rupture épistémologique impliquée par le droit constitutionnel jurisprudentiel, qu'elle ait été suivie ou qu'elle ait fait l'objet de contestations, a nécessairement changé le discours sur le droit constitutionnel. Tel est, évidemment, le chemin du discours scientifique : chaque changement épistémologique nourrit la réflexion méthodologique, appelle à la discussion ou à des oppositions, et conduit à améliorer la qualité de ce discours, même s'il existe, toujours, des tentations de *statu quo*, voire de retour en arrière<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> P. Bourdieu, *Sur l'État. Cours au Collège de France (1989-1992)*, Seuil, 2012, p. 166 (« la genèse de l'État, c'est la genèse d'un lieu de gestion de l'universel, et en même temps d'un monopole de l'universel, et d'un ensemble d'agents qui participent du monopole de fait de cette chose qui, par définition, est de l'universel »).

<sup>33</sup> Il n'est d'ailleurs pas certain que le refus, encore assez fréquent, de poser des concepts précis d'analyse sur les objets du droit constitutionnel ne constitue pas une survivance du discours notionnel. Il ne s'agit pas ici de réfuter l'intérêt d'un discours notionnel, mais seulement de soutenir qu'un tel discours doit conduire, en dernière analyse, à poser un concept de connaissance. Dans cette dernière situation, il faut en effet, parmi tous les éléments étudiés comme relevant de la notion, choisir celui ou ceux qui sont décisifs à la connaissance de l'objet d'étude et donc de trancher la discussion notionnelle par des choix de définition mettant à la juste place chacun des éléments notionnels.

## § I – Épurer le passif : l'épistémologie du discours de droit constitutionnel jurisprudentiel du tournant<sup>34</sup>

Il nous semble possible de mettre en évidence 7 caractéristiques de la manière dont s'est organisé le discours de la science du droit avec le tournant contentieux.

Il faut tout d'abord souligner la « juridicisation » du droit constitutionnel dans des conditions qu'il convient d'explicitier. La juridicisation passe plus par le juge que par la mobilisation autonome des énoncés constitutionnels écrits. Les règles de droit constitutionnel mobilisables sont vues à travers le prisme de leur concrétisation juridictionnelle pour résoudre des questions de régularité constitutionnelle de la loi et donc de leur interprétation jurisprudentielle. La juridicisation ne passe pas par l'interprétation autonome des énoncés constitutionnels, mais par leur interprétation par le juge. La juridicisation est paradoxale, dans la mesure où elle passe par un oubli des normes constitutionnelles écrites, mais le paradoxe n'est sans doute qu'apparent. Le modèle du droit administratif est prégnant et le droit administratif n'a longtemps été qu'un droit sans énoncé textuel. Les constitutionnalistes ont suivi le schéma en oubliant dans une certaine mesure que le juge constitutionnel appliquait des textes préexistants.

Ce lien du discours de la science du droit constitutionnel avec celui de la science du droit administratif est fort sous l'angle épistémologique<sup>35</sup>. La science du droit constitutionnel s'est « administrativisée », dans le sens du mimétisme méthodologique, en faisant du commentaire d'arrêt la production décisive de la science du droit constitutionnel<sup>36</sup>. Dans ce type d'exercice, la tendance à la répétition du discours objet, le discours du juge, sans construction conceptuelle autonome est ici relativement significative. Au-delà des commentaires d'arrêts, l'on retrouve cette tendance dans la litanie d'un certain type de formulation de sujet de thèse du type : « X dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ». Le discours doctrinal révèle et systématise le discours objet, sans véritable distance critique.

Il faut également souligner le déplacement des objets d'étude de la science du droit constitutionnel en fonction des objets qui sont saisis par le juge constitutionnel, au regard des compétences qui sont attribuées à ce dernier et des domaines des décisions rendues. Sous cet angle, le droit constitutionnel institutionnel a été largement délaissé, tout comme la réflexion sur les concepts d'analyse qui s'y rattachent (démocratie, séparation des pouvoirs...). Le droit constitutionnel a une tendance à se réduire à l'étude des dimensions de celui-ci qui ont fait l'objet de décisions du juge constitutionnel.

---

<sup>34</sup> Nous nous contenterons de renvoyer à nos précédentes contributions sur le sujet pour des références aux écrits de Louis Favoreu ou aux différentes thèses soutenues sous sa direction qui témoignent de ces principes épistémologiques.

<sup>35</sup> L'usage du terme science du droit constitutionnel est utilisé ici par commodité, sans évaluation sur la qualité de celui-ci, pour distinguer de manière claire le discours sur le droit constitutionnel du droit constitutionnel lui-même, objet de ce discours.

<sup>36</sup> Voir, en particulier, sur cette question : Alexandre Viala, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrétiste. Questions de méthode », *RDP* 2016, n° 4, pp. 1137-1162.

Ces tendances n'ont toutefois pas écarté toute réflexion conceptuelle. La conceptualisation a porté sur le droit du contentieux constitutionnel, les modèles de justice constitutionnelle, les caractéristiques du contrôle de constitutionnalité, la notion de cour constitutionnelle, les droits fondamentaux... Le plus souvent, cette conceptualisation est une conceptualisation de droit positif mais également théorique, qui conduit à la production de concepts de premier et de second niveau. Si le niveau 0 de production conceptuelle consiste en la reproduction des concepts du droit positif, le niveau 1 implique la construction de concepts de droit positif, c'est-à-dire, susceptibles de décrire des situations de droit positif, et le niveau 2 la construction de concepts théoriques, potentiellement descriptifs de n'importe quel droit positif.

La mobilisation de la comparaison entre systèmes étrangers est également une tendance forte, à la fois dans une dimension de connaissance d'exemples étrangers mais, aussi, de manière prescriptive. Le comparatisme a ainsi une portée prescriptive pour rapprocher la France des systèmes étrangers disposant d'une Cour constitutionnelle, même si cette réflexion s'est parfois accompagnée de la défense d'un singularisme français, le Doyen Favoreu ayant par exemple défendu le principe de l'exclusivité d'un contrôle *a priori* en France. Il reste que le comparatisme pratiqué à Aix est un comparatisme exigeant, défendant l'usage de documents de première main, tout en mobilisant, du moins telle a été la formation proposée dans le cadre de l'école doctorale à Aix, la théorie du droit comme instrument permettant d'établir des termes de comparaison pour pouvoir entreprendre une analyse comparatiste.

Ce droit constitutionnel jurisprudentiel témoigne d'une adhésion formelle et explicite au normativisme<sup>37</sup>, même si ce rattachement n'en est pas moins paradoxal alors qu'il aboutit à observer le droit constitutionnel à partir des significations des énoncés constitutionnels établies par le Conseil constitutionnel qui ne sont, précisément pas, du droit<sup>38</sup>, sa jurisprudence étant observée comme posant des normes générales et abstraites contrairement aux prescriptions du système juridique. Ce paradoxe est quelque peu difficile à résoudre. Sans doute, peut-on proposer une explication selon laquelle, si les juges ne créent pas les normes constitutionnelles formelles, ils lui font cependant produire des effets et, de la sorte, la juridicisent. La norme constitutionnelle formelle se juridicise grâce au discours du juge qui lui fait produire des effets. Il reste que l'appréciation de la régularité constitutionnelle de la jurisprudence constitutionnelle, le calcul des défauts, au regard des normes constitutionnelles formelles mobilisées par le juge, demeure plus que marginal.

Enfin, la production doctrinale trouve sa forme privilégiée dans le commentaire du discours du juge et donc dans le commentaire d'arrêt ou dans la systématisation jurisprudentielle. Ainsi, la construction des concepts se fait à partir du discours du juge sur les normes constitutionnelles

---

<sup>37</sup> Telle est la position soutenue par Louis Favoreu dans le premier numéro de la *RFDC* en 1990 (« Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », p. ), et, dans le prolongement, la partie théorique du précis Dalloz de *Droit constitutionnel*, est rédigée par Otto Pfersmann.

<sup>38</sup> Voir, refusant de voir dans l'école aixoise de droit constitutionnel une adhésion à la théorie réaliste de l'interprétation, un défenseur de cette dernière théorie, à savoir A. Le Pillouer dans sa contribution précitée dans la revue *Jus politicum*.

(niveau 1) ; la production du concept n'est donc pas autonome, elle n'est que systématisation des usages d'un concept par le juge.

## § II – Valoriser l'actif : l'épistémologie du discours sur le droit constitutionnel d'aujourd'hui

Le constat, et il s'agit bien là d'un constat et non pas d'un programme épistémologique pour demain, d'un tournant théorique du discours du droit constitutionnel doit être chronologiquement situé au début des années 2000<sup>39</sup>. Ce tournant n'a pas forcément eu d'équivalent dans les autres disciplines du droit public, du moins dans la discipline mère, le droit administratif. Cette situation peut d'ailleurs être liée au fait que ce tournant théorique peut être rattaché aux travaux de deux personnes qui sont des constitutionnalistes, à savoir Michel Troper et Otto Pfersmann, qui demeurent deux figures tutélaires en France de la théorie du droit. Ils représentent deux écoles théoriques, le réalisme nanterrois, pour le qualifier de manière géographique, sans utiliser le nom de son défenseur, et le normativisme kelsénien, une opposition d'écoles qui laissera de très belles pages d'échanges d'arguments au sein de la *Revue française de droit constitutionnel*<sup>40</sup>.

La concrétisation de ce mouvement se traduit, à partir des années 2000, pour les précurseurs, puis de manière de plus en plus systématique jusqu'à aujourd'hui, par le nécessaire aveu théorique fait en introduction de la majorité des thèses en droit constitutionnel<sup>41</sup>. Dans le champ de la science du droit constitutionnel, il est apparu nécessaire pour les thèses dans cette discipline de se situer sur un plan théorique, soit dans l'école réaliste, soit dans l'école normativiste, soit dans aucune des deux d'ailleurs, car, comme l'on peut assez souvent le lire dans certaines thèses, chacune d'entre elle est soit trop radicale, soit trop simpliste, soit dépassée, selon la lecture plus ou moins bienveillante et/ou maladroite proposée de ces courants doctrinaux.

Ce tournant théorique semble pouvoir (re)mettre les choses en place dans le sens d'une prétention scientifique du discours juridique, et on ne voit d'ailleurs pas très bien pourquoi il n'existerait pas un discours juridique scientifique, c'est-à-dire répondant à des exigences méthodologiques minimales et générales communes à toutes les disciplines scientifiques et disposant d'une définition générale de son objet et d'une description de la manière dont il fonctionne en général. L'on ne voit pas très bien pourquoi le discours juridique aurait une « spécificité » qui ferait qu'il ne pourrait être scientifique. Sur cette question, l'on peut se contenter de seulement mentionner certaines de ces exigences minimales (caractère descriptif du

---

<sup>39</sup> Les premiers positionnements théoriques à Aix dans les thèses se retrouvent dans les thèses de Wanda Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels* (2001), et Caterina Severino, *La doctrine du droit vivant* (2001) et dans la thèse *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italiens* (2002), autant de docteurs qui ont suivi les séminaires de théorie du droit au sein de l'école doctorale aixoise dispensés par Otto Pfersmann.

<sup>40</sup> Voir *infra* la note n° 6.

<sup>41</sup> Au-delà du syndrome de la pensée subjectivo-dégénérative, nous pouvons ici nous appuyer sur notre expérience de qualification aux fonctions de maître de conférences au CNU pendant 5 ans, tout comme la participation à des jurys de thèses, et, plus largement, à la lecture des thèses en droit constitutionnel.

discours, respect de la logique formelle dans les propositions d'analyse, problématisation des connaissances, c'est-à-dire une description critique de son objet d'analyse mettant en évidence les questions générales qu'il soulève), pour se concentrer sur les questions de mobilisation du langage et de la construction de concepts.

La tendance de la science du droit constitutionnel peut être synthétisée autour de trois dimensions dans l'usage du langage : théorique, conceptuel et positif. Ces trois dimensions ne se situent pas sur le même plan, il est question d'une ontologie (*droit constitutionnel théorique*), d'une méthode (*droit constitutionnel conceptuel*) et d'un objet (*droit constitutionnel positif*).

*Un droit constitutionnel conceptuel.* Tout discours scientifique se doit de reposer sur l'usage d'un langage précis, ce qui implique de mobiliser des concepts d'analyse, à savoir des énoncés linguistiques visant à décrire une réalité déterminée en fonction de sa typicité. Il faut ici opposer la précision du concept face aux réflexions d'ordre notionnel<sup>42</sup>. Alors qu'avec ces dernières, il s'agit de développer une discussion générale autour d'éléments jugés constitutifs d'une réalité déterminée, poser un concept impose, précisément, de retenir seulement ceux qui, parmi ces différents éléments, sont décisifs pour identifier l'objet décrit et dans leur juste proportion pour pouvoir mettre en évidence la réalité décrite. La discussion notionnelle est un préalable nécessaire. Elle permet de faire état de l'ensemble des éléments permettant, potentiellement, d'identifier la réalité à décrire ; le concept permet de trancher dans la part juste de chaque élément révélé par la réflexion notionnelle pour caractériser de manière pertinente cette réalité. La science du droit se doit ainsi de construire des concepts d'analyse permettant de connaître son objet.

Ces concepts d'analyse se doivent d'être *autonomes* par rapport à ceux du langage objet, à savoir le droit constitutionnel formel ou la jurisprudence du juge constitutionnel<sup>43</sup>, afin de disposer d'instruments de connaissance permettant une lecture critique de l'objet. Construire un concept de « séparation des pouvoirs » ne saurait se faire exclusivement par une synthèse de ce qu'en dit le juge constitutionnel, si tant est qu'il en dise quelque chose d'un point de vue conceptuel, pour révéler ce que serait la « séparation des pouvoirs », mais bien par une synthèse de tout ce qui est écrit sur la séparation des pouvoirs, du discours objets (droit positif et discours des juges sur le droit positif), à la science du droit, mais également ce qui est produit par les autres sciences sociales pour pouvoir, on l'a vu, identifier tous les éléments caractéristiques de la notion, en apprécier la portée respective et choisir parmi ces éléments ceux qui sont pertinents et dans quelle proportion ils le sont pour poser un concept valable d'analyse.

---

<sup>42</sup> Voir, pour une approche savante : X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, sous la direction de G. Tusseau, Economica, 2009, pp. 21-55.

<sup>43</sup> La jurisprudence constitutionnelle, sans être objet premier de la science du droit, peut en constituer un objet second, en ce qu'elle témoigne d'un processus de concrétisation de l'ordre juridique, aboutissant à poser une norme individuelle et concrète.

Supposons ici que la prise en compte de la jurisprudence comme objet de la science du droit soit entendue en ce sens.

Cette production de concepts doit être ensuite *juridique*, quelles que soient d'ailleurs les éléments mobilisés pour le construire, provenant en particulier d'autres sciences sociales. La production de concept par la science du droit doit être *spécifique* pour apporter ainsi un regard singulier, distinct de celui proposé par les autres sciences sociales. La science du droit constitutionnel, en particulier dans les manuels, mobilise fréquemment des concepts à partir de leur signification posée par d'autres sciences sociales, comme avec l'État, la souveraineté ou la séparation des pouvoirs, en ne proposant que très rarement des concepts purement juridiques. Par concept juridique, nous entendrons des concepts qui renvoient à la spécificité de l'objet « droit », en tant que *devoir être*. Sous cet angle, pour qu'un concept soit proprement juridique, il doit être formulé à partir d'énoncés déontiques ou à partir d'éléments de définition du droit, quelle que soit, par ailleurs, la définition du droit que l'on peut retenir. Le langage mobilisé pour construire les concepts pour décrire le droit renvoie ainsi à la spécificité de cet objet en empruntant les formes, à savoir les différents types d'énoncés déontiques, ou les éléments constitutifs de la définition du droit<sup>44</sup>.

*Un droit constitutionnel théorique.* La théorie du droit, parce qu'elle entend définir le droit en général et décrire comment il fonctionne en général, propose un cadre catégoriel général d'analyse et donc des concepts permettant de décrire le droit en général. Elle permet ainsi au discours sur le ou les droits positifs de disposer de catégories d'analyse de celui-ci à même de constituer une grille de lecture de ces droits. Cette dimension théorique est d'ailleurs nécessaire pour développer un discours de droit comparé, la comparaison nécessitant un *tertium comparationis* suffisamment général pour pouvoir englober toutes les situations de droit positif. D'un point de vue épistémologique, le choix d'une théorie du droit permet de clairement identifier ce qui sera considéré comme étant du droit et de situer ainsi tous les objets qui s'y rapportent ou s'en éloignent (ce qui permet, par exemple, de résoudre la question de savoir si la jurisprudence est ou n'est pas du droit). De plus, en proposant un discours général permettant de décrire comment fonctionne le droit en général, la théorie du droit permet de décrire de manière cohérente chaque question concrète susceptible de se poser en droit positif. Il est, par exemple, décisif de pouvoir décrire comment, dans un ordre juridique, une norme peut-elle être valable, alors qu'elle est pourtant irrégulière.

*Un droit constitutionnel positif.* La juridicisation de l'objet droit constitutionnel impose un retour aux textes constitutionnels formels. Il s'agit de défendre ici le passage d'un droit constitutionnel jurisprudentiel à un droit constitutionnel positif ou dispositionnel, pour reprendre une expression chère à Régis Ponsard, par un retour aux énoncés juridiques textuels, plutôt qu'au discours du juge comme objet du discours. Cette démarche permet de développer une appréciation sur la régularité du discours du juge au regard des normes qu'il concrétise et pratiquer un calcul des défauts.

---

<sup>44</sup> Ainsi, les libertés fondamentales peuvent être définies comme des *permissions* d'agir, formulation du concept à partir d'un énoncé déontique, la permission d'agir ; l'État comme un *ordre juridique*, le concept étant ici défini par rapport à un élément de définition du droit, un ordre juridique étant un ordre normatif globalement efficace et sanctionné.

Ce programme est sans doute également un programme d'émancipation de la science du droit constitutionnel de celle administrative, qui renvoie en définitive à l'objet profondément différent de ces deux droits : là où le droit constitutionnel est un *droit contre les pouvoirs*, de limitation du pouvoir de l'État, le droit administratif est un *droit pour le pouvoir*, d'accompagnement de la supériorité de l'État.