

LA CONSTITUTION DU DROIT ?

LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE À LA RECHERCHE D'UNE LÉGITIMITÉ JURIDIQUE ET D'UN HORIZON PRATIQUE

PAR

Bastien FRANCOIS

Professeur agrégé de Science Politique

Le droit constitutionnel pouvait apparaître, jusqu'à la fin des années soixante-dix, comme étant doté d'une faible autonomie en tant que discipline juridique spécialisée et, surtout, sans autre horizon pratique que certains aspects très limités de l'activité politique ; il se présente aujourd'hui, en raison du développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme un savoir technique, réservé à des spécialistes, mais pouvant également intéresser des individus "ordinaires", très éloignés de la compétition politique. C'est la réunion réalisée entre un univers théorique jusqu'alors faiblement différencié, apanage des professeurs mais livré à des discours concurrents, politiques ou journalistiques, qui pouvaient d'ailleurs être plus légitimes, et un univers pratique du droit (le contentieux constitutionnel) qui a permis, à la fois, l'autonomisation du droit constitutionnel (il devient un savoir pour initiés, dont l'accès est impossible sans la médiation de spécialistes), sa reconnaissance comme étant un *vrai* droit (qui autorise son articulation avec l'ensemble des productions juridiques) et son contrôle par un corps de spécialistes de son interprétation¹.

L'*aggiornamento* contentualiste du droit constitutionnel tient d'abord

1. Sur cette transformation, voir de façon générale François (B.), *La Cinquième République dans son droit. La production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions*, thèse pour le doctorat en science politique, Université Paris I, 1992.

à une redéfinition des principes d'excellence de la production doctrinale du droit - dans le sens, pour le dire rapidement, d'une plus grande technicité - et, par là, des modalités et des conditions de la prise de parole sur les institutions. La restructuration (partielle) de l'étude des institutions politiques dans les limites (sans doute encore floues jusqu'au début des années quatre-vingt) d'un espace marqué par une pratique contentieuse, qui s'opère autour du contrôle de constitutionnalité des lois, revient en effet à redéfinir le langage adapté pour en parler : c'est poser le langage de la technique juridique comme *unique* mode d'entendement du contentieux constitutionnel, et plus largement consolider le droit comme la langue "naturelle" pour rendre compte du fonctionnement des institutions ; c'est pouvoir revendiquer également un élargissement du domaine des pratiques politiques saisies par ce langage². Aussi, dès lors qu'est posée par une partie de plus en plus importante de la doctrine constitutionnaliste l'identité entre le droit constitutionnel et la lecture contentieuse du texte constitutionnel, cette dernière peut être analysée comme tous les autres types de contentieux, au travers de l'unique matrice cognitive du droit³. Le droit constitutionnel peut alors prétendre être un droit "comme les autres", avec tous les signes extérieurs de la juridicité, en particulier dans l'univers de la production doctrinale du droit⁴.

Mais parce que la difficulté du droit constitutionnel à se poser comme un savoir savant à l'égal des autres savoirs juridiques tient avant tout à l'hétéronomie des savoirs spécialisés sur les institutions par rapport au champ du pouvoir politique, ce discours renouvelé sur le droit constitutionnel (et les investissements dans la juridicité qu'il recouvre) ne vise pas seulement le cadre restreint de la doctrine et de la transformation "interne" du droit constitutionnel. Le langage de la technique juridique appliqué au contrôle de constitutionnalité - dans la conjoncture favorable des années soixante-dix où

2. Voir, comme exemple d'un "objet" nouveau saisi par les constitutionnalistes : Association française des constitutionnalistes, *Campagnes électorales, principe d'égalité et transparence financière. L'encadrement juridique de la vie politique*, Paris, Economica, 1989.

3. Pour un exemple très éclairant voir Luchaire (F.), "De la méthode en droit constitutionnel", *Revue du droit public*, n°2, 1981.

4. Comme on peut le saisir à travers la naissance de rubriques spécialisées de contentieux constitutionnel dans les revues de droit public : en 1975, dans la *Revue du droit public*, est créée une chronique régulière de "jurisprudence constitutionnelle" confiée à Louis Favoreu et Loïc Philip ; en 1981, la *Revue administrative* crée une rubrique du même intitulé confiée à M. de Viliers, tandis que le recueil *Dalloz* - plus proche du pôle privatiste - inaugure une rubrique au titre moins explicite de "Constitution et pouvoirs publics" confiée à Léo Hamon ; pour sa part, *L'Actualité juridique. Droit administratif* ne crée pas de rubrique spécialisée mais, depuis la même date, traite sous la forme de dossiers les grandes réformes (comme les nationalisations) qui ont donné lieu à un contentieux constitutionnel ; lors de sa création, en 1984, la *Revue française de droit administratif* propose une rubrique "Droit administratif et droit constitutionnel" dirigée par Louis Favoreu. La création d'une revue spécialisée en 1991 - la *Revue française de droit constitutionnel* - vient en quelque sorte parachever cette évolution, conférant au droit constitutionnel cette ultime marque de consécration, simultanément juridique, éditoriale et universitaire.

5. François (B.), "Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990.

commence à se dévaluer la référence à l'héritage institutionnel gaullien - tend également à mettre à distance la politique⁵. Les décisions du Conseil constitutionnel peuvent être alors distinguées de coups spécifiquement politiques par les différents acteurs (et pas seulement les juristes) qui y sont intéressés. Dans la mesure où ces décisions se présentent comme directement orientées vers un but pratique, de "nature" juridictionnelle, l'interprétation du texte constitutionnel par le Conseil qui en résulte peut être présentée comme n'étant pas sa propre fin ; c'est la "logique" du contentieux juridique qui est ainsi mise en avant à l'encontre de toute autre considération. Cette mise à distance du politique est également rendue possible par le fait que les décisions du Conseil constitutionnel peuvent être présentées comme l'aboutissement nécessaire d'une procédure qu'il ne maîtrise "politiquement" pas⁶. Tout se passe alors comme si le Conseil constitutionnel était placé dans la position du tiers médiateur, c'est-à-dire dans la position d'opérer une transformation des querelles entre les parti(e)s en un débat juridiquement réglé, prenant la forme d'une interprétation purement technique d'un corpus de textes non discutés - ou, plus exactement, non discutables en dehors de lui, dans les limites qu'il définit lui-même dans sa jurisprudence. Enfin, l'image d'un juge technicien des formalités, la technique d'interprétation en elle-même, tout autant que la panoplie des techniques contentieuses utilisées (comme celle de "*l'erreur manifeste d'appréciation*" ou celle de "*la conformité sous réserve d'interprétation*"), sont généralement présentées comme permettant de ne pas trancher politiquement un débat politique voire, pour ces dernières, comme contribuant à "consolider" l'Etat de droit.

L'investissement dans la juridicité des néo-constitutionnalistes positivistes doit être alors analysé comme permettant d'établir une *clôture savante* d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions. Dorénavant peut être mise en avant et revendiquée, pour l'intelligence des phénomènes institutionnels, la nécessité d'un savoir spécifique, libéré des contingences politiques, proprement juridique et de ce fait inaccessible aux différentes catégories de profanes qui, de façon cependant inégale, pouvaient jusqu'alors espérer dire leur mot. En produisant du *juridique à partir du juridictionnel*⁷, le droit constitutionnel tend ainsi à s'affranchir de ce texte trop "élémentaire" qu'est la Constitution (dans la mesure où il peut sembler être susceptible d'une lecture "directe", sans médiations), au profit d'un travail de codification continu permettant que chaque inflexion du droit appliqué se transmette au droit savant par un investissement supplémentaire dans l'abstraction et la juridicité, afin que soit instaurée et sauvegardée la clôture avec le monde des profanes.

6. Par un mouvement classique chez les publicistes (en cela qu'il a déjà été expérimenté en droit administratif), c'est le dévoiement politique du recours au Conseil constitutionnel qui est dénoncé, et c'est par exemple un appel à une "*déontologie*" de la saisine parlementaire qui est lancé au moment d'en établir le bilan (Habib (L.), "Bilan de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel de 1981 à 1986", *Pouvoirs*, n°13, 1986, 2e éd.).

7. Sur cette opération, cf. François (B.), "Du juridictionnel au juridique : travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité", in Jacques Chevallier, dir., *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993.

Ainsi, contrairement aux analyses critiques qui tendent à expliquer principalement la dynamique du développement et des transformations contemporaines du droit constitutionnel français par une stratégie de ses spécialistes visant à se donner les moyens d'intervenir dans les luttes politiques au nom et grâce à un savoir renouvelé, il faut considérer que le cœur de cette dynamique est avant tout un investissement non pas dans la politique, mais dans la *juridicité*. Pour cette discipline fortement déconsidérée dans les années cinquante et soixante⁸, l'enjeu principal est en effet de se définir comme appartenant à l'ensemble des disciplines du droit, avec tout ce que cela signifie d'une conformation à un modèle de juridicité partagé par les autres "branches" du droit. La "*juridicisation*" du droit constitutionnel ne peut être alors appréhendée indépendamment d'une analyse des transformations de ses rapports avec les autres "branches" du droit ; rapports qui concernent au premier chef la production *doctrinale* du droit tant il est vrai que le droit constitutionnel, "droit de professeurs", reste très dépendant d'une définition universitaire⁹. Dans cette perspective, on cherchera à montrer ici que l'*aggiornamento* contentialiste du droit constitutionnel à partir des années soixante-dix s'accompagne d'une *conformation* à un modèle de juridicité partagé dans le champ de la production juridique, mais également d'une forme de *concurrence* inédite entre les différentes "branches" du droit, dans la mesure où l'investissement dans la juridicité des néo-constitutionnalistes positivistes est lié à une tentative de recomposition de la hiérarchie symbolique des disciplines juridiques.

I. LA CONFORMATION À UN MODELE DE JURIDICITÉ

C'est en s'appuyant sur le succès et la force du modèle de juridicité hérité du droit administratif - c'est-à-dire, comme l'écrivent souvent les administrativistes, une construction "*prétorienne*" du droit -, que la revendication de juridiction des constitutionnalistes, à travers l'invention et la consolidation de la figure du juge constitutionnel, va pouvoir s'inscrire dans des catégories recevables par le champ juridique¹⁰. On peut ainsi montrer, point par point, comment ce qui constitue l'orthodoxie d'une juridicité contentialiste se met peu à peu en place dans la construction doctrinale de ce qu'est la *justice*

8. Voir, par exemple, Burdeau (G.), "Une survivance : la notion de Constitution", *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956.

9. Comme l'écrivait Georges Vedel au début de la Quatrième République, "*la définition du droit constitutionnel est plus pédagogique (au sens large du mot) que logique. Le droit constitutionnel est formé, selon l'expression de M. J. Laferrière, par des "têtes de chapitres" qui se prolongent dans les autres branches du droit public, et en particulier du droit administratif. [...] La tradition, les habitudes, et même les programmes universitaires jouent un rôle important pour en déterminer le contenu*" (*Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 6, souligné par l'auteur).

10. Sur cette question, cf. François (B.), "Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Cinquième République", *Politix*, n°10-11, 1990.

constitutionnelle. Cela vaut d'abord (y compris chronologiquement) pour ses aspects les plus formels, comme la technique de rédaction des décisions¹¹. Mais on peut aussi mesurer cet "emprunt" - et c'est sans doute plus important - à travers les catégories dans lesquelles les différents concurrents dans le champ juridique stigmatisent la non juridicité du droit constitutionnel ou, à l'inverse, rappellent et jouent des principes de l'orthodoxie. C'est ainsi que les juridictions administrative ou judiciaire pourront s'opposer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel au motif que ses décisions, parce qu'il était une juridiction, n'avaient que "l'autorité de la chose jugée"¹², tandis que les néo-constitutionnalistes positivistes ne manquent pas de rappeler que "l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'aux décisions prises individuellement et non aux principes, à la doctrine que le Conseil est parfois appelé à dégager : se considérant comme une juridiction le Conseil ne rend pas des arrêts de règlement"¹³. On peut également saisir cet "emprunt" à travers quantité de signes moins explicites comme l'importance accordée à la relation entre la doctrine et la jurisprudence¹⁴ - qui est au cœur de la dynamique d'un droit qui se présente comme essentiellement jurisprudentiel¹⁵ - ou encore le discours récurrent sur "l'incapacité technique" du législateur¹⁶ et la stigmatisation de "la dictature du suffrage universel"¹⁷, qui n'est que la reproduction, y compris dans les termes, du langage de la doctrine publiciste (en fait administrativiste) française de la fin du XIX^e siècle¹⁸.

11. Par exemple : "La forme de la décision [...] sur le règlement de l'Assemblée en 1959] est curieuse, car, ne distinguant pas motifs et dispositif, elle ne ressemble pas aux arrêts du Conseil d'Etat. [...] Dès janvier 1960 [...] le Conseil constitutionnel] utilise la technique de rédaction par "considérant", qui est celle du Conseil d'Etat" (Favoreu (L.), Philip (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1986, 4^e éd., p. 38-39).

12. Voir par exemple : "Conseil d'Etat, 12 décembre 1969, conclusions Baudouin", *Actualité juridique. Droit administratif*, 1970, p. 103 ; Touffait (A.), "Conclusions sur cassation criminelle, 26 février 1974", *Gazette du palais*, 27-28 mars 1974 — dans ce dernier cas la chambre criminelle était présidée par le premier président de la Cour de cassation et les conclusions prononcées par le procureur général, ce qui en indique bien l'enjeu. Louis Favoreu et Loïc Philip en tirent la conclusion, parfaitement logique au regard de la théorie du droit, que le Conseil constitutionnel est bien une juridiction... (*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*).

13. Favoreu (L.), "Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 37, n. 17.

14. Cf. par exemple Vedel (G.), "Doctrine et jurisprudence constitutionnelles", *Revue du droit public*, n°1, 1989, qui s'ouvre par un rappel à un article de Jean Rivero sur le même thème mais concernant le droit administratif ("Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1955).

15. Voir François (B.), "Du juridictionnel au juridique", *art. cité*.

16. On trouvera une illustration de ce type de discours dans Cappelletti (M.), "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", in Favoreu (L.), dir., *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1982.

17. Pavia (M.-L.), "La justice constitutionnelle en Europe", communication (orale) au colloque *Un nouveau droit de l'Homme : l'exception d'inconstitutionnalité en France et en Espagne*, CERCOP et Institut des droits de l'homme, Montpellier, décembre 1990.

18. Cf. Redor (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris, Economica, 1991.

On ne cherchera cependant pas ici à mesurer, dans tous ses dimensions, l'influence que le modèle administrativiste a pu exercer sur un "droit constitutionnel jurisprudentiel" naissant, en dressant en particulier le catalogue des techniques contentieuses communes au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel. Car, non seulement cette question a déjà fait l'objet de nombreuses études¹⁹, mais surtout, en centrant l'attention sur la technique juridique, on risque de manquer l'essentiel, c'est-à-dire les *bénéfices* que les néo-constitutionnalistes positivistes peuvent retirer d'une conformation à un modèle de juridicité reconnu *dans* le champ juridique. Ces bénéfices sont d'une double nature. Comme on vient de l'indiquer, ils concernent d'abord l'univers des spécialistes. En permettant aux constitutionnalistes de se poser aux yeux de leurs pairs comme des professionnels du droit à part égale, la juridicité revendiquée et (aujourd'hui) reconnue de leur pratique (encore limitée, et ce n'est pas sans importance, à un horizon essentiellement savant) les autorise d'une part à *discipliner leur discipline* par la mise à distance d'autres savoirs périphériques (comme la science politique), par les coûts désormais (relativement) élevés d'entrée dans le champ disciplinaire ainsi redéfini, et par son contrôle par des spécialistes qui peuvent dorénavant jouer pour ce faire de la raison technicienne. Elle les autorise, d'autre part, à *articuler* leur discipline avec l'ensemble des autres disciplines juridiques et à chercher, par là, à *en modifier la hiérarchie*, c'est-à-dire en fait à redéfinir l'ensemble de l'univers juridique²⁰. Le second type de bénéfices, dont on a déjà présenté *supra* l'économie, tient au fait que la production d'un droit jurisprudentiel permet d'écarter un rapport sans médiations au texte de la Constitution. En produisant du juridique à partir du juridictionnel, c'est-à-dire en n'étant plus seulement le produit d'une interprétation relativement indifférenciée de la Constitution mais en se définissant comme une entreprise continue de codification d'une pratique (contentieuse), le droit constitutionnel dispose ainsi de ressources d'abstraction sans cesse renouvelées, proprement juridiques et de ce fait difficilement accessibles aux profanes (qui peuvent être d'ailleurs d'autres juristes). La définition jurisprudentielle du droit, en autorisant des investissements continus dans l'abstraction conformément à un modèle de juridicité reconnu, permet de sauvegarder et de durcir la clôture

19. Cette influence a été étudiée de façon quasi exhaustive sur le plan de la technique juridique dans la seconde partie de la thèse de Ahmed Salem Ould Bouboutt (*L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris, Economica, 1987) intitulée : "Le Conseil constitutionnel et les données du droit administratif", p. 307-518. Les actes d'un colloque consacré aux relations entre *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 1988, complètent utilement cette première étude ; on peut également consulter sur ce point (J.-L.), Pavia (M.-L.), Migoule (T.), "Le rapprochement du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", *Revue administrative*, 40 (237 et 238), 1987, Lochak (D.), "Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel", in Dominique Rousseau, dir., *Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, STH, 1990, et Renoux (T.), "Techniques juridictionnelles et procédurales", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. I, 1985, p. 142 sq.

20. Car ce qui est là en jeu, pour certains des constitutionnalistes du moins, "c'est l'unité de l'ordre juridique et son identité" (Favoreu (L.), "Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, p. 88).

avec le monde des profanes. Moins qu'un modèle technique - ce qu'il est assurément — le modèle administrativiste est en fait une façon de pouvoir penser (et de légitimer) l'autonomie du droit constitutionnel, dans ce qu'elle implique de position en surplomb par rapport à la communauté de ses assujettis.

La *référence* au modèle de juridicité issu du droit administratif ne va cependant s'avérer importante que de manière partielle et transitoire. La mise en relation de la définition du droit constitutionnel avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît comme étant centrale alors que prend forme dans la doctrine, à la fin des années soixante-dix, un accord sur le caractère juridictionnel du contrôle de constitutionnalité, bien que l'idée d'un droit jurisprudentiel reste subordonnée, même pour ses promoteurs, à la question de son *effectivité*²¹ ; toutefois elle va rapidement se routiniser, tout en restant discutée au regard de son sens par rapport au droit administratif, et l'invocation du caractère jurisprudentiel du droit constitutionnel deviendra beaucoup moins importante à la fin des années quatre-vingt, alors que sa juridicité ne fait plus l'objet de controverses importantes. La raison n'en est cependant pas le succès de la revendication de juridiction des constitutionnalistes qui n'auraient plus besoin alors de faire la preuve de la juridicité du droit constitutionnel, et donc de mettre en avant un modèle résistant aux critiques. L'abandon progressif de la référence au modèle de juridicité du droit administratif tient sans doute, au moins partiellement, à la transformation des propriétés des professeurs de droit constitutionnel (les constitutionnalistes n'ont plus besoin d'être en même temps, et même *avant tout*, des administrativistes, comme c'était généralement le cas auparavant, au moins pour ce qui est des premiers promoteurs du droit constitutionnel jurisprudentiel) ; cette évolution étant elle-même liée à la modification de la place du droit constitutionnel dans le champ juridique (s'agissant en particulier de la hiérarchie symbolique des cours de droit public). Il en résulte une transformation des termes de la concurrence entre le droit administratif et le droit constitutionnel pour l'affirmation d'une excellence professionnelle et de la hiérarchie symbolique entre

21. Cf. par exemple Favoreu (L.), "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *Pouvoirs*, n°13, 1980, ou encore, plus tard, Louis Favoreu, "Le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge des conflits : vers une harmonisation des jurisprudences", *Revue française de droit administratif*, n°2, 1987.

22. Les termes de cette concurrence, et son évolution, apparaissent particulièrement nettement dans une controverse très célèbre dans le droit public sur les "*bases constitutionnelles du droit administratif*" où se jouent, comme on l'aura compris, le lien de subordination entre les deux disciplines mais aussi la question de l'autonomie du droit par rapport au champ du pouvoir politique : Vedel (G.), "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1954 ; Eisenmann (Ch.), "La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif", *Revue du droit public*, n°6, 1972 ; Vedel (G.), "Les bases constitutionnelles du droit administratif", in Amsselek (P.), dir., *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986 ; Gaudemet (Y.), "Les bases constitutionnelles du contentieux administratif, note sous Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, 86.224 DC", *Revue du droit public*, n°5, 1987 ; Vedel (G.), "La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990. Cette question est différente de celle de la "*constitutionnalisation du droit*" dont il sera question *infra* (cf. la préface de Louis Favoreu à Frangi (M.), *Constitution et droit privé*, Paris, Economica, 1992).

les deux disciplines²². Concurrence d'autant plus vive que la conformation au modèle de juridicité administrative risque d'amener au droit constitutionnel, dans une position de force, des spécialistes de droit administratif qui dédaignaient jusqu'alors cette discipline mais qui pourraient être attirés par son prestige (juridique et social) renouvelé. C'est le cas, sans doute très particulier, mais que suivent attentivement les spécialistes *universitaires* de droit constitutionnel, de Bruno Genevois, conseiller d'Etat et secrétaire général du Conseil constitutionnel, qui occupe aujourd'hui une place essentielle dans le dispositif de production du droit constitutionnel. Depuis longtemps spécialisé dans l'analyse du contentieux constitutionnel - ce qui est rare - d'un point de vue directement marqué par le contentieux administratif²³, dont il est l'un des spécialistes les plus éminents²⁴, véritable "*puits de science juridique*" selon l'expression d'un journaliste²⁵, très proche du président du Conseil constitutionnel avec qui il va même jusqu'à publier des articles²⁶ (ce qui est pour le moins atypique s'agissant d'un haut fonctionnaire), investissant dans la dimension comparative (il y a dorénavant au Conseil constitutionnel des chargés de mission spécialisés dans le suivi de la jurisprudence étrangère), sollicité à différentes reprises dans des revues "demi-savantes" comme *Pouvoirs* pour donner un point de vue (très) autorisé sur le Conseil constitutionnel, mais aussi par les parlementaires (dans le cas où une réforme de la Constitution touche au Conseil constitutionnel) ou par les spécialistes eux-mêmes à qui il fournit un point de vue "interne"²⁷, il a surtout l'avantage, vis-à-vis des professeurs de droit, de pouvoir publier très rapidement des commentaires de jurisprudence dans des revues spécialisées (pour l'essentiel dans la *Revue française de droit administratif*) avec, de façon homologue aux commissaires du gouvernement devant le Conseil d'Etat (ce qu'il a été), le double bénéfice de la connaissance "intime" des ressorts de la décision et de l'officialité de sa position.

Mais si la concurrence est vive entre le droit administratif et le droit constitutionnel, elle a pris aujourd'hui un tour nouveau. Car si le droit admi-

23. Il enseigne, par exemple, les deux "matières" pour la préparation au concours de l'ENA : Genevois (B.), *Droit public. La jurisprudence du Conseil constitutionnel. ENA : 1er concours : droit*, Paris, Imprimerie nationale, 1976, et *Droit public. La jurisprudence administrative. ENA : 1er concours : droit*, Paris, Imprimerie nationale, 1976.

24. Caractéristique que l'on peut mesurer notamment en ce qu'il participe, depuis 1990, à cet exercice essentiel de la production du droit administratif qu'est la sélection et la publication de "grands arrêts" ; cf. Long (M.), Weil (P.), Braibant (G.), Delvolvé (P.), Genevois (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1990, 9e édition (1ère éd. 1956).

25. Roland-Lévy (F.), "Bruno Genevois, un puits de science juridique", *Libération*, 19 novembre 1986.

26. Par exemple : Badinter (R.), Genevois (B.), "Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux", *Revue universelle des droits de l'homme*, 2 (6-8), 1990.

27. Il lui arrive même d'expliquer un projet de réforme de la Constitution dont il est... l'un des co-auteurs : Genevois (B.), "Les solutions possibles", in Conac (G.), Maus (D.), dir., *L'exception d'inconstitutionnalité. Expériences étrangères, situation française*, Paris, STH, 1990.

nistratif connaît une crise - “*crise de légitimité*” qui résulte d’*“un déclin du droit jurisprudentiel”* et d’une inefficacité croissante d’*“un juge qui n’est pas, ou si mal obéi”*, et “*crise d’identité*” d’un juge “*qui a perdu son double monopole de “législateur administratif” et d’arbitre des différends avec l’administration*” (sous l’effet de la place prise par le Conseil constitutionnel, par les différentes institutions juridictionnelles européennes et par les “*autorités administratives indépendantes*”) -, le droit constitutionnel affirme en revanche, avec superbe, sa vitalité²⁸. Les néo-constitutionnalistes n’hésitent plus à critiquer l’attitude du Conseil d’Etat, qui n’est finalement que le “*défenseur de l’exécutif*”, en remarquant qu’*“il y a désormais disharmonie entre l’attitude du Conseil d’Etat et l’état du droit constitutionnel positif”*²⁹ ; plus encore, c’est le droit administratif, par un assez stupéfiant revirement, qui est désormais considéré comme le “*frère siamois*” du droit constitutionnel³⁰. C’est alors l’*“administrativisme”* des études constitutionnelles qui est remis en cause par des auteurs qui rappellent avec force les particularités de la juridiction constitutionnelle et la noblesse de son objet : “*A se placer systématiquement du point de vue du juge, et de ce juge qu’est le Conseil d’Etat français, on finit par oublier que le législateur est un sujet et non un objet, que la Constitution est, tout de même, un donné immédiat, avant de devenir une référence médiate lorsqu’elle est saisie par la juridiction qui l’interprète et déploie alors son rôle créateur [...], qu’une juridiction constitutionnelle, encore une fois, n’est pas une juridiction comme les autres ; on en arrive aussi, à force de tout mesurer à l’aune de la jurisprudence de la Haute juridiction administrative, à occulter ou à déformer les expériences étrangères*”³¹. Cette dernière remarque est très importante car elle indique la

28. Voir les contributions de Louis Favoreu (sur le droit constitutionnel) et de Yves Gaudemet (sur le droit administratif) à Lenoble (J.), dir., *La crise du juge*, Bruxelles, Paris, Story-Scientia et LGDJ, 1991. Sur cette “*crise*” du droit administratif, voir cependant le point de vue plus nuancé de Lochak (D.), “*Quelle légitimité pour le juge administratif*”, in Chevallier (J.), dir., *Droit et politique, op. cit.*

29. Favoreu (L.), “*Le Conseil d’Etat, défenseur de l’exécutif*”, *Mélanges Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 238 ; cette attitude critique avait été inaugurée dans Luchaire (F.), “*Le Conseil d’Etat et la Constitution*”, *Revue administrative*, 32 (188), 1979.

30. Ahmed Salem Ould Bouboutt, *L’apport du Conseil constitutionnel au droit administratif, op. cit.*, p. 26.

31. Escarras (J.-C.), “*Sur deux études italiennes : de la communabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle*”, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. II, 1986, p. 25 ; dans le même sens voir l’éditorial de Louis Favoreu à cette même livraison de l’AIJC : “*Il est exact que l’étude du contentieux constitutionnel [...] a été abordé sous cet angle, et j’ai été de ceux qui ont suivi cette démarche. On peut considérer cependant que c’était utile et nécessaire car, incontestablement, les concepts et les techniques forgés par le Conseil d’Etat ont été fort précieux pour une institution naissante, comme le Conseil constitutionnel, et lui ont permis de développer très vite une jurisprudence cohérente et bien admise. D’une manière plus générale, les acquis remarquable du droit administratif jurisprudentiel ont permis au droit constitutionnel jurisprudentiel de s’imposer rapidement ; et il serait absurde de vouloir rejeter cet héritage. [...] Mais point trop n’en faut*” (p. 10). Après avoir remarqué combien l’*“administrativo-centrisme”* marque encore (trop) la doctrine constitutionnaliste, l’auteur en appelle au droit comparé — “*Grâces soient donc rendues au droit comparé !*” — pour échapper à “*la confrontation exclusive des situations aux concepts et notions forgés par le Conseil d’Etat*” (p. 10-11).

mise en place d'autres formes d'investissements savants, comme le comparativisme, qui permettent d'affirmer une réelle autonomie du droit constitutionnel vis-à-vis du Conseil d'Etat : "Pour qualifier une juridiction, il faut utiliser des critères pris en droit comparé et non pas en droit interne ; comment peut-on prendre des critères dans un droit interne qui n'a jamais connu une telle institution ?"³².

Si ces différents éléments concourent sans doute au déclin de la référence au modèle de juridicité administrativiste, celui-ci tient surtout au fait que le modèle du droit administratif va s'avérer insuffisant pour enfermer l'ensemble des dimensions que va prendre l'*aggiornamento* contentualiste du droit constitutionnel. En premier lieu, à la différence du droit administratif, le droit constitutionnel reste, très largement, le monopole de professeurs, ne pouvant pas s'appuyer sur une *transformation des contentieux en jurisprudence* par le biais d'une concurrence/coopération entre savants et praticiens. On n'y retrouve pas, en particulier, cette distribution des interprètes autorisés du droit autour de deux pôles extrêmes - "d'un côté l'interprétation tournée vers l'élaboration purement théorique de la doctrine, monopole des professeurs qui sont chargés d'enseigner, sous une forme normalisée et formalisée, les règles en vigueur ; de l'autre, l'interprétation tournée vers l'évaluation pratique d'un cas particulier, apanage des magistrats qui accomplissent les actes de jurisprudence et qui peuvent par là, pour certains d'entre eux, contribuer aussi à la construction de la règle juridique"³³ - et la concurrence qui en résulte, qui est l'un des principes de la production juridique et du discours sur cette production, mais qui est aussi un mécanisme extraordinairement efficace de mise à distance des profanes et de légitimation de cette clôture technicienne. Ne disposant pas de ce dispositif de neutralisation de l'arbitraire de la production jurisprudentielle du droit, confronté de ce fait à une difficulté "structurelle" pour affirmer son autonomie par rapport au champ du pouvoir politique, le droit constitutionnel doit alors faire plus et mieux que les autres "branches" du droit pour pouvoir affirmer sa légitimité³⁴.

32. Favoreu (L.), "Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français", in Jacques Lenoble, dir., *La crise du juge, op. cit.*, p. 69. Voir également l'intervention de Louis Favoreu lors d'un débat au colloque *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, op. cit.*, p. 127 "Mais n'est-il pas possible d'admettre une fois pour toutes, que l'on raisonne en droit constitutionnel et que, de ce fait, on est tenu de se référer au droit comparé. Le présent colloque n'est pas exclusivement un colloque de droit administratif : c'est aussi un colloque de droit constitutionnel, et l'on doit donc également utiliser l'approche constitutionnelle. Dès lors, il est impossible de ne pas resituer l'instruction [des questions faisant l'objet d'un contentieux] dans un contexte de droit comparé. Imagine-t-on de traiter du président de la République, ou du Premier ministre, ou bien de leurs rapports, sans faire référence aux concepts de régime parlementaire et de régime présidentiel ? Comment alors traiter du Conseil constitutionnel sans faire référence à la théorie générale de la justice constitutionnelle ?".

33. Bourdieu (P.), "La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, 1986, p. 6.

34. "En droit constitutionnel, une méthode — et une méthode rigoureuse — est essentielle ; privilégier l'équité par rapport à la recherche rigoureuse de la norme juridique, c'est déjà en toute discipline juridique faire trop souvent confiance à son jugement personnel dont on

Mais surtout, à la différence du droit administratif qui, à travers la justice administrative, mobilise une clientèle englobant non seulement l'appareil d'Etat (du ministre au plus "petit" fonctionnaire) mais tous les individus qui, à un moment ou un autre, y sont *assujettis*, le droit constitutionnel ne peut s'appuyer que sur une clientèle très restreinte (certains professionnels de la politique dans certaines de leurs activités) et sur un domaine de validité qui reste dès lors limité. La position du droit constitutionnel reste en fait très fragile tant qu'il ne peut pas revendiquer un domaine de validité élargi lui permettant de mobiliser des ressources extérieures au champ politique et propres à assurer son autonomie. D'où l'enjeu que constitue l'extension de la validité du droit constitutionnel à d'autres clients, seule à même d'établir un sens *ordinaire* de la justice constitutionnelle, pouvant mobiliser des personnes *ordinaires*. Double enjeu en fait, car derrière ce sens ordinaire de la justice constitutionnelle c'est aussi la possibilité pour le droit constitutionnel de prétendre devenir l'un des fondements principaux des autres "branches" du droit qui se joue. Ce qui se limitait à une "normalisation" du droit constitutionnel, par une conformation à un modèle contentualiste de juridicité, le faisant ainsi accéder au statut de "vrai" droit, prend alors une toute autre dimension : définir l'objet "Constitution" par l'existence d'une pratique contentieuse qui le recouvre n'est pas seulement s'instituer comme l'exégète légitime du contentieux au nom d'une position dans le champ universitaire, mais c'est se donner, *in fine*, le droit de parler du droit, du droit tout entier. Pour reprendre l'idio-me constitutionnaliste-positiviste, en rétablissant la pyramide kelsénienne sur sa base, le constitutionnaliste, parce qu'il en contrôle ainsi le sommet, place les autres "branches" du droit dans un lien de subordination. Le droit constitutionnel, "*droit de la Constitution*", va ainsi pouvoir prétendre à la "*constitution du droit*"³⁵.

(Suite note 34) *sait pourtant combien il est influencé par l'environnement social ; mais en droit constitutionnel c'est impossible, car l'objet même de la constitution est de limiter les pouvoirs publics ; or, ceux-ci expriment la volonté ou la souveraineté nationale ; seule une norme certaine peut s'opposer à cette volonté ; d'ailleurs le droit privé et souvent le droit administratif reposent sur l'équité, il n'en est pas de même pour le droit constitutionnel qui ne l'évoque jamais ; une autre finalité est, il est vrai, souvent évoquée, c'est la bonne marche de l'Etat, mais de là à atteindre la "raison d'Etat" il n'y a qu'un pas et le juriste s'en méfie. Ce type d'appréciation incombe d'ailleurs au pouvoir politique car c'est lui qui est responsable de la bonne marche de l'Etat ; le juriste qui n'a aucune responsabilité politique ne peut pour cette tâche se substituer à lui ; c'est pourquoi encore il ne peut s'opposer à son action qu'au nom d'une norme juridique rigoureusement dégagée. Ceci est d'autant plus certain que la justice constitutionnelle est toujours accusée de conduire au gouvernement des juges et que la composition du Conseil constitutionnel est jugée trop "politique" par une grande partie de l'opinion. Raison de plus pour observer en droit constitutionnel une méthode juridique rigoureuse car c'est cette méthode qui permet de distinguer la science juridique de l'art politique. Ces observations conduisent à un respect des textes plus accentué encore que dans les autres disciplines [...] ; ainsi comme dans les autres disciplines le juriste contribue à préciser et même à dégager la norme constitutionnelle ; mais il doit le faire d'abord en utilisant les textes, ensuite en allant [...] au-delà des textes" (Luchaire (F.), "De la méthode en droit constitutionnel", art. cité, p. 276-277).*

35. Favoreu (L.), "Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit", art. cité.

II. LE DROIT SAISI PAR LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Si la validité du droit constitutionnel dépend d'abord de sa reconnaissance par les différents spécialistes des autres "branches" du droit comme étant un "vrai" droit, conforme aux canons de l'orthodoxie juridique, elle dépend aussi de sa capacité à les intéresser (ou, du moins, à intéresser leurs "clients"). Or le droit constitutionnel est à cet égard dans une position insolite par rapport aux autres disciplines juridiques. Il a pour objet des normes qui se situent au plus haut degré de la hiérarchie des règles de droit - la Constitution est généralement considérée comme la *norma normarum* de l'ordonnement juridique -, mais il apparaît dans le même temps, comme discipline et comme univers de pratiques, au plus bas de l'échelle des hiérarchies disciplinaires, sans importance réelle sur le marché des biens juridiques. Comme le note Yves Dezalay, la hiérarchie au sein des producteurs de droit, comme leur légitimité différentielle, est à la fois fonction de leur "compétence" proprement juridique (que sanctionne leur position sur le marché de l'interprétation du droit) et des catégories de profanes que chaque groupe de juristes peut mobiliser en leur proposant des produits conformes à leurs "attentes"³⁶. A cela il faut ajouter un autre élément : la noblesse liée à l'ancienneté, à la continuité immémoriale d'une pratique, qui est aussi un gage d'autonomie par la temporalité propre qu'elle met ainsi en scène. A l'exact opposé, en apparence, du droit du travail - "*droit vulgaire en ce qu'il s'adresse au vulgaire [et qu'il est] d'une juridicité douteuse*"³⁷ -, le droit constitutionnel apparaît alors, au regard de ces critères, dans une position fortement dominée.

Sans doute la définition du contrôle de constitutionnalité, à partir du milieu des années soixante-dix, comme étant orienté vers la protection des libertés publiques, la référence pour ce faire à la déclaration des droits de l'homme de 1789 (ainsi qu'à d'autres principes dits "fondamentaux") et la clientèle des "citoyens" que prétend s'arroger ainsi le droit constitutionnel, ne sont pas sans effets quant à sa légitimité dans le champ de la production juridique. Mais on peut comprendre que les spécialistes des autres "branches" du droit - en particulier dans les disciplines les plus anciennes et les plus prestigieuses, comme le droit civil - restent assez peu convaincus de ce que le Conseil constitutionnel puisse dorénavant établir, grâce à sa jurisprudence, "*les bases sociales et philosophiques de la communauté nationale*"³⁸. Plus exactement, on peut comprendre qu'ils ne voient là que des innovations mineures, sans véritables conséquences juridiques propres, car "*créer une instance, une source du droit supplémentaire n'est pas tout. Derrière de telles innovations, siège inévitablement une difficulté de fond. Et la proclamation solennelle de*

36. Dezalay (Y.), "De la médiation au droit pur : pratiques et représentations savantes dans le champ du droit", *Annales de Vaucresson*, n°21, 1984.

37. Selon la formule d'Alain Supiot, citée dans Dezalay (Y.), "Des affaires disciplinaires au droit disciplinaire : la juridictionnalisation des affaires disciplinaires comme enjeu social et professionnel", *Annales de Vaucresson*, n°23, 1985, p. 64.

38. Selon l'expression de Dominique Rousseau, "Une résurrection : la notion de Constitution", *Revue du droit public*, n°1, 1990.

quelques grands principes n'y apporte guère de remèdes"³⁹. De fait, ils n'ont aucun mal à rappeler aux néo-constitutionnalistes positivistes qu'il ne sont que des "parvenus" dans la grande famille des juristes, que leurs débats doctrinaux ne peuvent s'appuyer sur "des siècles de contentieux", et restent de ce fait tributaires de "modes intellectuelles" ou marqués, dans leur "abstraction", par leur incapacité à saisir "ce que pense la société civile", et par là pouvoir parler en son nom. Ils n'hésitent pas alors à stigmatiser la prétention du droit constitutionnel à vouloir s'immiscer dans des domaines et chez des "clients" qu'ils contrôlent. On mesurera bien cette domination du droit constitutionnel jurisprudentiel dans l'univers de la production des biens juridiques à travers le commentaire, en forme de rappel à l'ordre, que publie un professeur de droit civil, Christian Atias, spécialiste d'épistémologie juridique⁴⁰, à propos d'une thèse récente consacrée à la "constitutionnalisation du droit privé"⁴¹ : "Le juge [constitutionnel] devenu constituant permanent, doit renoncer à l'espoir d'enrichir le droit civil en nourrissant sa jurisprudence de dogmes dont la portée est inversement proportionnelle à l'abstraction. Il ne peut négliger le droit civil, car si le Conseil constitutionnel se refuse à protéger la famille, le contrat ou la propriété telles que le droit civil les entend, il ne peut se soustraire à l'embarrassante question de savoir d'où viennent les notions qu'il désigne sous ces termes. Plus encore, leur légitimité demande à être fondée. Ni la Déclaration des droits de l'homme, ni les préambules constitutionnels ne contiennent les directives nécessaires. Créer une instance, une source du droit supplémentaire n'est pas tout. Derrière de telles innovations, siège inévitablement une difficulté de fond. Et la proclamation solennelle de quelques grands principes n'y apporte guère de remèdes. Le civiliste ne peut se contenter d'évoquer un principe contractuel ou de responsabilité. Ce qui donne sens aux vocables dont il use, c'est tout un régime juridique ; ce sont ses variations successives ; ce sont les influences subies au cours du temps. Le droit civil, se sert de qualifications que des siècles de contentieux ont rodées et affinées. A ce savoir, faut-il nécessairement préférer le travail auquel se livre le Conseil constitutionnel avec les procédés qui lui sont propres ? En sélectionnant les notions et principes qui lui plaisent et ceux qu'il veut ignorer, il gagnerait à s'inspirer de la tradition civile ; il gagnerait à tenir compte de ce droit commun que les rédacteurs du Code civil de 1804 s'efforcèrent déjà, en toute humilité, d'exprimer. [...] Une fois admise l'existence d'un droit constitutionnel jurisprudentiel, il reste à déterminer son mode de formation. Ses juges peuvent le délibérer au gré des modes intellectuelles ; ils peuvent aussi s'inspirer d'une tradition vivante, faite d'essais et d'erreurs rectifiées, et

39. Atias (Ch.), "La civilisation du droit constitutionnel", *Journal des économistes et des études humaines*, n°3, 1990, republié dans la *Revue française de droit constitutionnel*, n°7, 1991, p. 438.

40. Voir, en particulier, Atias (Ch.), *Epistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, et *Théorie contre arbitraire. Eléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, PUF, 1987.

41. Frangi (M.), *L'apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit privé*, thèse pour le doctorat en droit, Université Aix-Marseille III, 1990 ; publiée sous le titre *Constitution et droit privé*, Paris, Economica, 1992.

d'une tradition proprement juridique, c'est-à-dire constituée en relation directe avec cette part de la réalité sociale qui vient au contentieux. Le recours à des notions de droit civil pour fixer les limites du pouvoir législatif pourrait être le moyen de faire pénétrer dans le droit public et dans sa théorie une partie de l'expérience irremplaçable que, depuis des siècles, le droit privé enregistre et consigne. Sans doute la proposition a-t-elle quelque chose d'hérétique. Elle reviendrait à substituer aux fondements constitutionnels du droit civil les fondements du droit constitutionnel. Ce serait une façon de rendre à la société civile son droit. Les juristes français n'y sont pas prêts. Ils auront peut-être quelque jour à se demander ce qu'en pense la société civile"⁴².

Certes les néo-constitutionnalistes positivistes vont disposer d'arguments pour répondre à ce type de critique. Dans un premier temps, s'ils ne manquent pas de faire preuve d'une grande humilité au moment de commencer cette "aventure" qui consiste à "pénétrer dans le domaine d'autrui", il ne peuvent, en retour, qu'invoquer cette sorte d'argument d'autorité qui consiste à mettre en avant la hiérarchie des normes juridiques, et par là la supériorité théorique de la Constitution sur les autres normes, en particulier législatives⁴³.

42. Atias (Ch.), "La civilisation du droit constitutionnel", art. cité, p. 438.

43. On mesurera bien ce double mode de prise de parole dans l'avant-propos d'un article de François Luchaire dans la *Revue trimestrielle de droit civil* (n°2, 1982) consacré aux "fondements constitutionnels du droit civil" : "Tous mes remerciements à cette Revue qui a bien voulu publier ce travail. Le droit constitutionnel et le droit civil s'interpénètrent aujourd'hui beaucoup plus que par le passé ; un constitutionnaliste recherche les normes constitutionnelles qui lui paraissent commander le droit civil ; il sollicite l'indulgence de ses collègues civilistes ; il en a bien besoin et cela pour trois raisons. Qu'on lui pardonne d'abord d'affirmer la primauté de la norme constitutionnelle sur toutes les autres (à l'exception des normes internationales) ; il n'a ni le sentiment ni le goût d'une quelconque supériorité, ni de lui-même (évidemment) ni de sa discipline (c'est moins évident) mais il constate simplement que la norme constitutionnelle ne peut être modifiée que par une procédure complexe et plus solennelle que la loi ordinaire, et que celle-ci est subordonnée à celle-là. Qu'on lui pardonne ensuite d'intervenir dans un domaine qui n'est pas le sien ; il est prêt également à pardonner aux civilistes qui se réfèrent au droit constitutionnel ; ils sont d'ailleurs ou rares ou timides ; c'est une aventure que de pénétrer dans le domaine d'autrui ; mais le fait même que civilistes et constitutionnalistes ont conscience de ces risques montre le danger de ces trop hautes barrières qui séparent les différentes disciplines juridiques ; il faut les réduire sinon les abattre. A cet égard nos programmes et nos méthodes d'enseignement méritent d'être revus. Qu'on lui pardonne enfin de donner à bien des expressions du droit civil un contenu que le droit constitutionnel lui paraît imposer ; il se peut que le contenu ainsi retenu ne soit pas celui traditionnellement donné par le droit civil à ces expressions ; il se peut aussi que l'interprétation constitutionnelle d'un terme de droit civil paraisse trancher un conflit doctrinal plus que séculaire — c'est alors un élément nouveau d'un débat ancien ; il mérite qu'on en tienne compte. Les choix proposés par ce travail n'ont rien d'arbitraire ; la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat est souvent invoquée ; mais elle n'est pas suffisante : en premier lieu parce que ces deux Assemblées n'expriment pas toujours clairement la méthode — sinon le raisonnement — juridique qu'elles utilisent, ensuite parce que bien des problèmes ne leur ont pas encore été soumis ; c'est pourquoi il a fallu élaborer une méthode — rigoureuse — sur laquelle l'auteur s'est déjà expliqué ["De la méthode en droit constitutionnel", art. cité] ; or cette méthode s'inspire pour une très grande part des articles 1156 et suivants du code civil relatifs à "l'interprétation des conventions" ; notamment le procédé de "l'effet utile" (art. 1157 c. civ.) est largement utilisé. Le civiliste qui trouverait que la norme constitutionnelle réduit par trop

Mais avec le développement d'une jurisprudence et la diffusion progressive d'une croyance dans la "nature" juridictionnelle du Conseil constitutionnel et, par là, dans la juridicité de leur discipline, les spécialistes du droit constitutionnel peuvent, avec plus d'assurance, se situer sur le terrain du droit et essayer, sur ce terrain, de faire jeu égal avec leurs pairs (qui deviennent alors, en même temps, des concurrents). Ils peuvent, pour ce faire, invoquer une autonomie par rapport au politique, dorénavant accréditée par la mise en œuvre d'une panoplie de "méthodes admises" par la communauté des juristes et "éprouvées, notamment par d'autres cours constitutionnelles" ; ils peuvent également invoquer la prédominance d'une logique proprement juridique dans leur travail et ce d'autant plus "que le juge constitutionnel a un comportement prévisible". Comme l'écrit ainsi un spécialiste de droit constitutionnel, Jean-Yves Cherot, en réponse à Christian Atias, "on ne peut croire que le juge constitutionnel n'ait le choix qu'entre les principes du Code civil et des modes intellectuelles. Il est impossible d'opposer, d'une part, une tradition vivante, des méthodes éprouvées et des notions polies par les siècles, bref la prudence du juriste et, de l'autre, des modes intellectuelles prêtant le juriste à toutes les manipulations politiques. Les notions, les méthodes et les références du juge constitutionnel sont également empreintes de rigueur. Le juge constitutionnel puise dans les traditions du domaine qui est le sien. Le Conseil constitutionnel se nourrit de discussions juridiques, de théories, de doctrines classiques et vivantes. Inversement, si l'on peut dans tel ou tel cas dénoncer l'arbitraire du juge constitutionnel dans le choix des principes et dans la recherche de leur conciliation, il faut aussi être prêt à admettre qu'à travers le processus d'essais et d'erreurs d'où est né le droit civil consacré par les rédacteurs du Code "avec humilité" se glissent aussi des préjugés, des idées politiques, des choix. [...] A vrai dire cette approche polémique est la plus pauvre de perspective qui soit. Dès lors qu'il existe un juge constitutionnel appliquant une Constitution, c'est le travail de ce juge qu'il faut étudier, ses méthodes et en particulier ses méthodes dans l'approche des questions intéressant le droit privé. On pourra alors constater que le juge constitutionnel ne méconnaît pas la tradition civiliste [...]. On pourra également constater que le juge constitutionnel a un comportement prévisible, appliquant des principes certes abstraits, mais qui, interprétés à l'aide de références connues, permet d'aboutir à des solutions précises à travers des méthodes admises (et souvent éprouvées,

L'autonomie du droit civil aura donc une compensation en pensant que ce sont les règles d'interprétation élaborées par le droit civil qui permettent de définir les expressions contenues dans les textes de valeur constitutionnelle. Le lecteur trouvera ainsi dans ce travail la signification que le droit constitutionnel donne à celles de ses normes qui intéressent le droit civil ; chaque fois qu'un problème de droit civil met en cause une des normes constitutionnelles, le constitutionnaliste demande que l'on tienne compte de cette signification ; mais si un problème de droit civil ne met en cause aucune de ces normes, le constitutionnaliste n'a certes plus rien à dire, il souhaiterait cependant, dans un but de simplicité — et donc de sécurité — juridique que le droit civil et le droit constitutionnel ne s'ignorent pas trop mutuellement ; c'est là l'objectif profond de ce travail auquel l'auteur souhaite qu'il soit répondu par une recherche concernant l'influence du droit civil sur le droit constitutionnel" (p. 248-249).

notamment par d'autres cours constitutionnelles)⁴⁴.

Les débats entre publicistes et privatistes ne sont bien sûr pas nouveaux : les oppositions entre deux modes d'excellence juridique qui se marquent dans une multitude de détails mais aussi les tentatives de synthèse sont en effet récurrentes depuis le début du siècle, tandis que s'autonomise complètement, autour du droit administratif, une doctrine proprement publiciste⁴⁵. Ils prennent cependant un sens nouveau avec la "juridictionnalisation" du droit constitutionnel. Car les néo-constitutionnalistes positivistes - profitant de l'ouverture inespérée, tout autant doctrinale que contentieuse, que permet à la fois l'élargissement des possibilités de saisine du Conseil constitutionnel et la doctrine de la protection constitutionnelle des droits de l'homme -, vont tenter d'inverser la hiérarchie disciplinaire qui prévalait jusqu'alors. En contrôlant le sommet de la pyramide (kelsenienne) et en souscrivant désormais aux canons de l'orthodoxie juridique, les néo-constitutionnalistes positivistes peuvent réaffirmer le lien de subordination entre le droit constitutionnel et les autres "branches" du droit. Mais cette "normalisation" du droit constitutionnel reste entièrement théorique si elle ne débouche pas sur la possibilité de mobiliser les autres droits, *leurs professionnels comme leurs publics*, et d'étendre au sein même du champ juridique sa validité et son *autorité*. Pour ce faire, c'est une conception entièrement nouvelle du droit constitutionnel qui cherche à se mettre en place ; conception qui nécessite des investissements nouveaux dans la juridicité⁴⁶, ne serait-ce que parce qu'il s'agit d'établir des connexions inédites entre les différentes disciplines juridiques.

Cette transformation du droit constitutionnel - qui va se dénommer génériquement : "*constitutionnalisation du droit*" -, est toujours en cours, et rencontre d'ailleurs de fortes résistances, comme peut en témoigner la critique précitée de Christian Atias. Il serait trop long (et sans doute fastidieux pour le lecteur) de mesurer toutes les facettes des investissements considérables qui vont devoir être mis en œuvre pour ce faire⁴⁷ ; on se contentera donc ici d'en décrire succinctement les dimensions et les effets pour ce qui nous occupe. On peut d'abord résumer cette nouvelle conception du droit constitutionnel qui

44. Cherot (J.-Y.), "Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel. Réponse à Christian Atias", *Journal des économistes et des études humaines*, n°4, 1990, republié, sous une forme remaniée, dans la *Revue française de droit constitutionnel*, n°7, 1991, p. 442-443.

45. Sur les différentes prises de position concernant les rapports entre droit privé et droit public dans l'après-guerre, voir la bibliographie proposée dans Frangi (M.), *Constitution et droit privé*, *op. cit.*

46. Mais aussi une réécriture de l'histoire... Ainsi par exemple, Marc Frangi, qui est l'auteur de l'étude la plus complète à ce jour sur la "*constitutionnalisation du droit privé*" n'hésite pas à écrire, en introduction de son livre, qu'"on peut souligner que dès l'origine, les autorités de nomination des membres du Conseil constitutionnel ont toujours veillé à ce que, parmi les conseillers, siègent des spécialistes du droit privé, ce qui constitue un nouveau gage de la possibilité d'application des normes d'origine constitutionnelle en droit privé" (*Constitution et droit privé*, *op. cit.*, p. 14).

47. Voir François (B.), *La Cinquième République dans son droit*, *op. cit.*, qui propose notamment une bibliographie sur les différentes dimensions prises par cette "*constitutionnalisation du droit*".

est en train d'émerger en une formule et en deux temps : d'une part, le respect des principes constitutionnels dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne s'impose pas seulement aux pouvoirs publics dans leur activité de production de normes, mais également aux rapports entre les personnes ordinaires et les pouvoirs publics ; d'autre part, le respect des principes constitutionnels dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne s'impose pas seulement aux rapports entre les personnes ordinaires et les pouvoirs publics mais s'impose également dans les rapports privés que peuvent entretenir ces personnes. Limitée d'abord au domaine du droit administratif⁴⁸ - avec l'inversion affirmée, comme on l'a vu, de la hiérarchie entre les disciplines du droit public et le déclin corrélatif de la référence au modèle de juridicité administrative -, ce qui s'apparente à tous égards à une *opération de traduction*⁴⁹ va peu à peu amener au droit constitutionnel - non sans réactions hostiles des privatistes mais aussi d'autres publicistes proches du pôle administrativiste - toutes les "branches" du droit, créant de nouvelles spécialités, avec leurs nouveaux spécialistes et leurs nouveaux clients (le droit constitutionnel "*administratif*", "*fiscal*", "*pénal*", etc.). Dans le même temps, les constitutionnalistes, aussi bien dans des travaux savants⁵⁰ que dans des ouvrages destinés à un public étudiant⁵¹, de façon systématique ou simplement ponctuelle, n'hésitent plus à faire appel à des principes d'analyse issus des autres "branches" du droit - et, en particulier, du droit civil -, comme s'il y avait dorénavant une certaine forme d'indistinction entre les disciplines juridiques⁵² ; de la même façon, en invoquant les domaines couverts par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ils n'hésitent plus à revendiquer une place importante dans la formation des magistrats ou des hauts fonctionnaires⁵³.

48. Cf. Favoreu (L.), "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *art. cité*.

49. Cf. François (B.), "Traduction et bricolage. Réflexions sur la rencontre singulière du droit et de la politique sous la Cinquième République", communication au 1er Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Strasbourg, septembre 1990.

50. Voir, par exemple, Luchaire (F.), "De la méthode en droit constitutionnel", *art. cité.*, qui s'inspire explicitement des principes d'interprétations définis dans le Code civil, ou Renou (T.), "L'exception, telle est la question", *Revue française de droit constitutionnel*, n°4, 1990, p. 652 sq., qui fait référence aussi bien à la procédure civile et pénale qu'au droit du travail pour définir ce que signifient les termes "*exception*" (d'inconstitutionnalité) et "*question préjudicielle*".

51. Voir, par exemple, Debbasch (Ch.), Bourdon (J.), Pontier (J.-M.), e Ricci (J.-C.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 1990, p. 536-537.

52. Qui se mesure à de très nombreux détails, même en apparence marginaux comme cette transposition d'un usage du droit privé qui fait que de nombreux auteurs de manuels (voir par exemple, Gicquel (J.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 10e éd., 1989) citent désormais la Constitution sous la forme abrégée de "C", comme s'il s'agissait d'un "code" comme les autres.

53. "S'agissant de la connaissance de la jurisprudence, je me demande s'il ne serait pas bon qu'une circulaire du Garde des sceaux rappelle à l'intention des tribunaux les principes posés par le Conseil constitutionnel dans ses décisions. Il est indispensable qu'il y ait une formation des magistrats de base à la jurisprudence constitutionnelle. Il est regrettable qu'il n'y ait pas de formation à la jurisprudence constitutionnelle ni à l'École nationale de la magistrature, ni à l'ENA" (intervention de Louis Favoreu au colloque *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 174.)

Moins de dix ans après l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel aux parlementaires, la définition du droit constitutionnel, dans ses rapports avec les autres "branches" du droit, change alors radicalement. Au début des années quatre-vingt, en est ainsi proposée une nouvelle systématisation, qui sera ensuite affinée périodiquement. Celle-ci distingue désormais trois domaines différents au sein du droit constitutionnel. C'est d'abord le droit constitutionnel "*fondamental*", qui se subdivise lui-même en différentes spécialités : le droit constitutionnel "*local*", "*pénal*", "*économique*", "*social*", "*parlementaire*", "*administratif*", "*financier et fiscal*". Puis vient le droit constitutionnel "*institutionnel*" qui régit les institutions politiques, administratives et juridictionnelles. Enfin, il y a un droit constitutionnel "*relationnel*", qui "*touche le plus directement la vie des citoyens car il est susceptible d'être appliqué directement aux relations entre l'État et les individus et même à celles des individus entre-eux*"⁵⁴. Comme on le voit, les néo-constitutionnalistes positivistes cherchent ici à "couvrir" l'ensemble du spectre de la pratique juridique : les différentes "branches" du droit (et leurs "clients") sont saisies par le droit constitutionnel "*fondamental*"; le domaine "classique" d'intervention du droit constitutionnel (les gouvernants dans leurs relations) auquel s'ajoutent cependant l'administration et la justice, c'est-à-dire l'ensemble de l'appareil d'État (fonctionnaires et administrés), fait l'objet du droit constitutionnel "*institutionnel*"; les libertés publiques, élargies aux relations qu'entretiennent les personnes ordinaires entre elles, sont régies par le droit constitutionnel "*relationnel*". Et il ne faut pas attendre dix ans, après cette première mise en place, pour que le droit constitutionnel se prenne à espérer unifier sous son égide les différentes "branches" du droit : "*Le droit aura une seule constitution, une seule armature ou charpente le soutenant tout entier*"⁵⁵; moins de dix ans également pour que certaines des nouvelles éditions des manuels de droit civil fassent une part relativement importante (au moins par rapport à la situation antérieure) à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, essentiellement dans le cadre de la présentation des "*sources*" du droit, mais aussi parfois au moment de traiter un point particulier⁵⁶.

54. Louis Favoreu, "Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-82", *Revue du droit public*, n°2, 1983.

55. Louis Favoreu, "Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit", *art. cité*, p. 88.

56. Voir, par exemple, Carbonnier (J.), *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, 1991, p. 189-199; Malaurie (Ph.), Aynès (L.), *Cours de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, Paris, Cujas, 1991, p. 204-209; Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1991; Vincent (J.) Guinchard (S.), *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1991, p. 12-13. Dans la dernière édition du recueil de jurisprudence de François Terré et Yves Lequette (*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Sirey, 1991) est même introduite la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 sur les nationalisations qui reconnaît une valeur constitutionnelle au droit de propriété, au motif qu'"il a paru impossible aux auteurs d'ignorer plus longtemps une réalité qui, si elle échappe formellement au cadre de cet ouvrage, n'en a pas moins matériellement une importance de plus en plus grande pour l'ensemble du droit français, y compris le droit civil". Voir également, pour indiquer que ce phénomène ne se limite pas au droit civil, Puech (M.), *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, p. 55-61.

On assiste alors à une extraordinaire revanche, non pas du droit constitutionnel sur la science politique comme on a pu le suggérer⁵⁷, mais du droit constitutionnel sur les autres "branches" du droit⁵⁸. Mais l'essentiel, pour ce qui nous concerne, tient à un autre constat : on ne peut comprendre une affirmation du type "*la politique est saisie par le droit*"⁵⁹ si on ne voit pas qu'elle repose aussi sur le succès (partiel) d'une affirmation du type "*le droit est saisi par le droit constitutionnel*". Car, ce faisant, il tend à n'être plus ce "*droit constitutionnel jurisprudentiel*" lié au bon vouloir des acteurs politiques à travers la saisine du Conseil constitutionnel et ne concernant qu'eux ; il tend à devenir le "*droit constitutionnel*" - tout court⁶⁰. Lorsqu'on parle de droit constitutionnel il ne s'agit plus désormais (et seulement) de quelque savoir ésotérique réservé à des initiés s'adressant à des initiés, il s'agit du droit administratif (et des fonctionnaires), du droit du travail (et des travailleurs), du droit pénal (et des criminels et leurs victimes), du droit fiscal (et des contribuables), etc. Voilà que partis de la tâche certes importante mais limitée de "*régulation de l'activité normative des pouvoirs publics*"⁶¹, les néo-constitutionnalistes cherchent à se faire les porte-parole de l'ordre juridique dans son entier et de tout ceux qui y sont assujettis, c'est-à-dire nous tous. Pour ne prendre qu'un exemple, si l'on en croit l'auteur d'un manuel récemment paru de *Droit fiscal constitutionnel*⁶², il nous faudrait aujourd'hui (ou, plus sûrement, il faudrait à notre avocat) connaître la jurisprudence du Conseil constitutionnel si, par malheur, nous étions en conflit avec l'administration fiscale. Le droit constitutionnel nous indique maintenant (certes très partiellement - encore ?), indique à notre conseiller et à l'administration fiscale la voie à suivre, les détours à consentir, les obstacles qui nous empêchent d'atteindre les buts (contradictoires!) que nous poursuivons. Désormais notre conseiller et les fonctionnaires de l'administration fiscale sont obligés de lire ce livre de *Droit fiscal constitutionnel* ou de suivre le DESS dirigé par son auteur ; il a réussi depuis son laboratoire d'Aix à les intéresser et à devenir indispensable à leur activité. Cet exemple, qu'on pourrait développer plus longuement,

57. Avril (P.), "Une revanche du droit constitutionnel ?", *Pouvoirs*, n°49, 1989.

58. Le caractère apparemment linéaire et univoque du processus décrit ici ne doit pas abuser. Par delà la question de sa "réalité" ou de son "avenir" (cf. par exemple les remarques d'Yves Poirmeur, "Thèmes et débats autour du constitutionnalisme", in Chevallier (J.), dir., *Droit et politique*, op. cit.), la "*constitutionnalisation du droit*" doit être en fait analysée comme le résultat d'une système de transactions au sein du champ juridique envisagé dans son ensemble, qui opère alors *au bénéfice de tous*, comme pourrait sans doute le montrer une analyse complète des usages du droit constitutionnel par les différentes catégories de juristes intéressés. Parler de "revanche" du droit constitutionnel, comme nous le faisons, est donc partiellement trompeur. Pour ce qui nous occupe directement ici, la "*constitutionnalisation du droit*" doit moins être appréhendée dans sa réalisation pratique au sein du champ juridique que comme une transformation du mode de légitimation du droit constitutionnel.

59. Favoreu (L.), *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.

60. Signe des temps sans doute, la reprise de l'ancien manuel de *Droit constitutionnel et institutions politiques* de Georges Burdeau par Francis Hamon et Michel Troper s'intitule aujourd'hui simplement : *Droit constitutionnel* (Paris, LGDJ, 1991).

61. Voir Favoreu (L.), "Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics", *Revue du droit public*, n°1, 1967.

62. Philip (L.), *Droit fiscal constitutionnel*, Paris, Economica, 1990.

indique bien la transformation de la dimension du droit constitutionnel lorsqu'il parvient à "saisir" les différentes "branches" du droit.

Ce surcroît de *réalité* dont cherche à disposer ainsi le droit constitutionnel, cet horizon pratique nouveau qui s'ouvre devant lui, vient renforcer le double mouvement qui est au cœur de la dynamique de tout corps de connaissances spécialisées : exclusion des profanes par un investissement dans l'abstraction - parler du droit constitutionnel c'est parler aujourd'hui (tendanciellement du moins) du *droit*, exercice qui ne peut qu'être réservé à des professionnels de haut niveau - et élargissement des personnes intéressées, c'est-à-dire pour qui ce corps de connaissances devient, dans certaines situations relativement ordinaires, un point de passage obligé de leur action. Point de passage obligé mais *naturel*, car ce double mouvement d'exclusion et de constitution de clientèle ne saurait en fait se réaliser de façon pacifiée si n'était méconnue la part d'arbitraire qui est au principe de sa réalisation. Et à cet égard, le fait que le droit constitutionnel se saisisse du droit dans son ensemble (ou, du moins, y prétende) n'est pas sans effets : l'articulation inédite du droit constitutionnel et des autres "branches" du droit permet en effet de bénéficier des ressources de légitimation traditionnelles de la parole en droit ou de la raison juridique. Par delà le point d'honneur néo-constitutionnaliste de défense des libertés et des droits de l'homme - qui aboutit à un nouveau discours de légitimation d'un contrôle de constitutionnalité orienté vers l'énonciation des "*bases sociales et philosophiques de la communauté nationale*" -, c'est dorénavant un discours très général sur l'ordre juridique, garant de l'intérêt général, sur sa cohérence et sa prévisibilité, ou encore sur la défense du citoyen contre l'arbitraire, qu'il est possible de tenir à *partir* du droit constitutionnel⁶³.

63. C'est ce qu'exprime bien un magistrat de l'ordre judiciaire, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel (1983-1986), lorsqu'il s'essaye à faire le bilan des transformations consécutives à la nouvelle place accordée au droit constitutionnel dans l'ordonnement juridique : "*Bien souvent une spécialisation indispensable pour approfondir certaines questions techniques dans un domaine particulier a donné lieu à un excès de particularisme. La matière étant devenue complexe, la tentation a été irrésistible pour les professionnels d'en constituer un domaine peu accessible aux béotiens... et protégé dans ses intérêts particuliers. Avec quelle délectation n'avance-t-on pas, pour se défendre contre toute curiosité profane, "l'autonomie" de telle branche du droit ? Quand l'impénétrabilité est établie et que le citoyen ne comprend plus la règle, c'est le triomphe des "hommes de loi", mais le droit en tant que "raison" de la société disparaît. Le Conseil [constitutionnel], qui saisit nécessairement le droit dans son unité à partir de la règle constitutionnelle qui le guide, restaure la cohérence de l'ensemble. Le seul destinataire de ses décisions, c'est le citoyen. Il lui rend la maîtrise intellectuelle du droit. La logique de la Constitution est une, et la soumission effective de la loi à la Constitution est simplificatrice. Le Conseil, par sa jurisprudence, réunit le droit, le rend à nouveau accessible à l'honnête homme et, en retour, rend au citoyen une plus grande confiance en des institutions qui sont plus "transparentes" et plus exactement guidées par l'intérêt général. La loi devient plus compréhensible et plus juste*" (Poullain (B.), *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1990, p. 300).