



**HAL**  
open science

**Commentaire sous "Le droit constitutionnel,  
Constitution du droit, droit de la Constitution" de L.  
Favoreu**

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. Commentaire sous "Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution" de L. Favoreu. Les grands discours de la culture juridique, 2017. hal-01725353

**HAL Id: hal-01725353**

**<https://hal.science/hal-01725353v1>**

Submitted on 7 Mar 2018

**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.

Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », RFDC 1990 (Xavier Magnon)

L'article du Doyen Favoreu paru en 1990 à la *Revue française de droit constitutionnel* est doublement la marque d'un renouveau de la science du droit constitutionnel en France. D'une part, il prend sa place dans le premier numéro d'une revue, dont le Doyen est à l'origine, publiée par les presses universitaires de France, consacrée exclusivement au droit constitutionnel. La science du droit constitutionnelle acquiert ainsi une revue qui lui est entièrement consacrée. D'autre part, il peut apparaître comme étant le manifeste d'une certaine approche du droit constitutionnel, d'une école du droit constitutionnel, aixoise à l'origine mais qui s'est diffusée bien au-delà, d'un *droit constitutionnel jurisprudentiel*. Sans doute faut-il ici ajouter que la *Revue française de droit constitutionnel* n'est pas une revue exclusivement consacrée à ce courant du droit constitutionnel, mais bien à tous les droits constitutionnels. Le sommaire du premier numéro en témoigne avec, en particulier, la présence de Michel Troper, avec qui le Doyen Favoreu s'oppose à la fois sur le caractère déterminant de la présence d'un juge constitutionnel pour le droit constitutionnel et sur la théorie réaliste de l'interprétation.

Cet article porte les traces d'un combat (Didier Maus, cofondateur de la RFDC, a, d'une autre manière, qualifié Louis Favoreu de « missionnaire du droit constitutionnel » in « Louis Favoreu un missionnaire du droit constitutionnel », RFDC, n° 2004/3, n° 59 ; p. 461), pour défendre la « révolution » qu'a engendrée, en France, la création du Conseil constitutionnel. Annoncée avec prudence dès 1980, elle est ici pleinement assumée et défendue : la justice constitutionnelle en France a bouleversé les « données fondamentales du droit public », a changé la « nature du droit constitutionnel » et « l'ensemble des branches du droit » qui subissent « l'influence de la Constitution et de son droit ». Cet article entend dresser le bilan – définitif – de l'apport et des conséquences de la création du Conseil constitutionnel en France. Pour reprendre son plan, le droit constitutionnel est devenu un « véritable » droit, du fait de la sanction juridictionnelle de son respect à l'encontre du législateur, il est ainsi « droit de la Constitution » ; il sert désormais de fondement à toutes les branches du droit et devient donc « constitution du droit ». Cet article est le reflet d'un certain moment de la science du droit constitutionnel, une science à construire, intégrant la juridicisation de son objet, consécutive à l'existence d'un juge constitutionnel. Ce dernier est le moteur du mouvement de la « politique saisie par le droit » (L. Favoreu, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988, 153 p.).

Il semble cependant difficile de lire ce texte de manière isolée et de ne s'en tenir qu'au seul et strict commentaire de celui-ci. L'article renvoie, complète ou précise d'autres réflexions menées dans d'autres contributions. Il invite à une approche plus large de l'ensemble de l'œuvre (pour un recueil de la plupart de ces articles voir : L. Favoreu, *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, 1250 p.), qui a contribué au renouveau de la discipline du droit constitutionnel (tel est d'ailleurs l'intitulé des Mélanges qui lui sont consacrés : *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, 1783 p.), quelles qu'aient pu être et sont encore les critiques sur ce

courant. De manière synthétique, l'apport général de l'œuvre peut être résumé par un aphorisme : le Doyen Favoreu a révolutionné en France l'appréhension du droit constitutionnel, en tant qu'*objet d'étude*, en s'appuyant sur une science du droit (constitutionnel) classique dans la *manière d'étudier cet objet*. La révolution sera conceptuelle, point méthodologique. Pour le dire autrement, le Doyen Favoreu a conceptualisé le cadre général d'analyse de la justice constitutionnelle, et les illustrations sont nombreuses dans l'article (la distinction des domaines du droit constitutionnel, *institutionnel*, *normatif* et *substantiel*, de *constitutionnalisation du droit...*), tout en maintenant une lecture classique, héritée de la doctrine administrativiste, de son objet à partir du discours du juge. Tel peut être le compromis Favoreu : une approche renouvelée du droit constitutionnel conduite dans un cadre classique ; un objet renouvelé dans le carcan d'une méthode classique. Louis Favoreu a ainsi construit le cadre conceptuel de la justice constitutionnelle, à même d'imposer le cadre d'analyse minimum de l'approche jurisprudentielle du droit constitutionnel. Il n'est toutefois pas parvenu à défendre un cadre d'analyse proprement normativiste pourtant revendiqué, même s'il est formulé par un autre, dans le manuel Aixois de droit constitutionnel (L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevonthian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, G. Scoffoni, A. Roux, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 19<sup>ème</sup> édition, 2017, 1120 p.). Au contraire, c'est en s'inscrivant dans une méthode classique qu'il est parvenu à faire accepter la nouvelle approche proposée du droit constitutionnel. Il reste, et certains y verront sans doute un paradoxe, que Louis Favoreu revendique de manière forte dans l'article commenté une autonomie de la science du droit constitutionnel par rapport à d'autres disciplines ou d'autres lectures du droit constitutionnel. Cette autonomie appelle en conséquence une lecture critique, car elle emprunte des cadres d'analyse à certaines d'entre elles et, en particulier, au droit administratif.

Sous cet angle, le Doyen Favoreu demeure prisonnier du postulat à partir duquel il entend renouveler la science du droit constitutionnel. Le droit constitutionnel devient du droit parce qu'il est sanctionné par le juge. Ce dernier vitalise ainsi la Constitution par les interprétations qu'il en retient et il appartiendra donc à la science du droit constitutionnel de les intégrer dans l'analyse de son objet. Cette lecture apparaît comme relativement classique, elle s'inscrit dans la manière dont on pratique le droit civil et le droit administratif et marque la singularité, voire la contradiction, avec une conception normativiste ou du moins kelsenienne assumée. Pour imposer sa nouvelle lecture, une approche classique paraît efficace. Le mimétisme méthodologique légitime le renouveau de l'objet. La stratégie institutionnelle, plus ou moins consciente, consiste, par un rapprochement des méthodes, à rapprocher les objets : la Constitution devient du droit, la juridicisation du droit constitutionnel passe par l'existence d'un juge et l'analyse de ses décisions.

Son œuvre de combat, de missionnaire, n'en recèle pas moins une portée politique dans le champ disciplinaire du droit constitutionnel, comme sur l'institution Conseil constitutionnel elle-même. Par la défense de la justice constitutionnelle en général et l'usage du droit comparé, non seulement comme une méthode mais également comme un instrument prescriptif, Louis Favoreu a servi une appréhension du Conseil constitutionnel en France et à l'étranger comme une véritable juridiction constitutionnelle. Pourtant, une analyse de droit comparé purement

descriptive révèle, à plus forte raison encore en 1990, tout ce qui sépare le Conseil constitutionnel des autres juridictions constitutionnelles en Europe au regard de la composition, du fonctionnement interne, des compétences, de la motivation des décisions ou encore de la place institutionnelle et politique. Le Doyen Favoreu a procédé autrement. Il s'est appuyé sur les systèmes européens de justice constitutionnelle pour en transposer l'analyse à la France et réaliser ainsi par un discours de type performatif l'instauration d'une justice constitutionnelle en France qui ne l'était – l'est ? - pas encore.

Ainsi, l'œuvre du Doyen Favoreu s'inscrit dans une perspective visant à la construction d'un cadre conceptuel pour un *droit de la Constitution* (I) et à une autonomisation de la science du droit constitutionnel pour un *droit jurisprudentiel de la Constitution* (II).

## § I – La construction d'un cadre conceptuel pour un *droit de la Constitution*

En s'inspirant d'analyses de droit étranger et de droit comparé, le Doyen Favoreu a construit un cadre conceptuel d'analyse général permettant de légitimer le discours sur le droit constitutionnel sous l'angle de la justice constitutionnelle et donc de promouvoir une science du droit constitutionnel. Ce cadre porte à la fois sur la justice constitutionnelle elle-même (A) et sur son fonctionnement (B). Si chacune de ces dimensions ne se retrouve pas de manière explicite ou totalement explicitée dans l'article commenté, ces dimensions ne s'en inscrivent pas moins dans la démarche volontariste du Doyen Favoreu, dont cet article est sans doute l'expression la plus manifeste, visant à imposer une nouvelle science du droit constitutionnel.

### *A – Le cadre d'analyse de la justice constitutionnelle*

Construire un cadre conceptuel propre à légitimer un discours scientifique sur le droit constitutionnel impose, en premier lieu, une explicitation de l'objet même du droit constitutionnel. Premier concept, première expression illustrant cette démarche : le *bloc de constitutionnalité* (L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité : essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33). Si la paternité du principe a pu être discutée, il est incontestable que c'est le Doyen Favoreu qui lui a donné sa postérité et a garanti sa diffusion. Composée alors de trois textes différents, la Constitution de la France ne serait pas une mais un ensemble, un bloc, composé de différents textes de valeur constitutionnelle. La dimension pédagogique de l'expression a été revendiquée par le Doyen Favoreu, et il faut sans doute ici souligner que cette dimension pédagogique de ses écrits a contribué à en renforcer la diffusion, au point qu'il a soutenu qu'il faudrait sans doute préférer l'expression de *Constitution* à celle de *bloc de constitutionnalité*, une fois que serait acquis, pour tous, que la Constitution de la V<sup>ème</sup> République est composée de plusieurs éléments. Dans le prolongement, la distinction entre les trois domaines du droit constitutionnel, *institutionnel*, *normatif* et *substantiel*, clarifie les différents objets de celui-ci.

La mise en évidence des *modèles de justice constitutionnelle* et, plus précisément, de la distinction entre le modèle américain et le modèle européen de justice constitutionnelle a également été posée (L. Favoreu, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AJJC*, Vol. IV, 1988, pp. 51-66 ; voir également pour les contributions les plus récentes : L. Favoreu, « La notion de Cour constitutionnelle », in *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Heilbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 15-27 ; L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Connaissance du droit, 2011, p. 19 et s. ; L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, Droit public Science politique, 14<sup>ème</sup> édition, 2014, p. 235 et s.). Si cette différenciation peut être mise au crédit d'Hans Kelsen (H. Kelsen, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, 1990, 1, pp. 17-30, traduction par L. Favoreu d'un article publié dans *The Journal of Politics*, vol. 4, 1942, pp. 183-200. Voir également, défendant le contrôle de constitutionnalité confié à une juridiction unique de manière prescriptive : « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257), dans une contribution militante visant à défendre le modèle européen de justice constitutionnelle (pour une lecture en ce sens : O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 9), et de Charles Einsenmann (C. Einsenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica-PUAM, Collection droit public positif, 1986, réédition de la thèse de 1928, p. 103 et s., évoquant « les deux types d'organisation de la justice constitutionnelle »), elle semble avoir été systématisée et diffusée en France par le Doyen Louis Favoreu (voir *supra*), ce dernier inscrivant de manière explicite sa réflexion à la suite de celle de Mauro Cappelletti (en ce sens : L. Favoreu, « La notion de Cour constitutionnelle », *précit.*, p. 16). Dans le prolongement, ce sont les *caractéristiques du contrôle de constitutionnalité* qui ont été mises en évidence, qu'il s'agisse du moment de celui-ci, *a priori* ou *a posteriori*, des modalités de son introduction, par voie d'action ou par voie d'exception, de ses caractéristiques, concret ou abstrait ou de ses modalités de saisine, saisine restreinte ou saisine ouverte (Voir en particulier le manuel aixois de *Droit constitutionnel, op. cit.*). La distinction *droits fondamentaux* et *libertés publiques*, intégrant à la fois l'élévation des sources formelles de reconnaissance et la justiciabilité des droits et libertés a encore été posée par le Doyen Favoreu (Voir notamment : L. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990, p. 33).

Enfin, et l'article commenté y fait référence, le Doyen Favoreu a construit la notion de *Cour constitutionnelle*, qu'il a pris soin de distinguer de celle de cour suprême, et a toujours défendu une position de principe refusant de voir dans les Cours de Strasbourg et de Luxembourg des cours constitutionnelles. Selon la formulation la plus récente, les cours constitutionnelles sont définies « comme des juridictions constitutionnelles « à temps complet », situées en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendantes de celui-ci, auxquelles la Constitution attribue le monopole du jugement de la constitutionnalité des lois » (L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 251, § 286). Sous l'angle de la notion, la *Cour constitutionnelle* est un juge constitutionnel unique qui constitue un pouvoir constitutionnel, contrôleur légitime des trois pouvoirs (sur ces

différents éléments autour desquels est organisé le plan de la contribution : L. Favoreu, « La notion de Cour constitutionnelle », *précit.*, pp. 15-27).

### *B – Le fonctionnement de la justice constitutionnelle*

Sous l'angle du fonctionnement de la justice constitutionnelle, le Doyen Favoreu a tenté de systématiser les effets de l'institution d'une justice constitutionnelle dans l'ordre juridique français, en mobilisant, par ailleurs, deux notions qui tendent à légitimer la justice constitutionnelle d'un point de vue politico-juridique.

L'effet majeur que produit la mise en place d'une justice constitutionnelle en France est la *constitutionnalisation du droit*. Cette formule entend décrire le processus qui conduit à ce que chaque branche du droit, le droit du travail, le droit pénal, le droit civil, le droit administratif..., se voit transformée par l'existence de normes constitutionnelles susceptibles de s'appliquer dans leur domaine et dont la signification est éclairée par le juge constitutionnel. Ce processus de constitutionnalisation est donc le résultat de deux phénomènes : l'existence d'un fondement constitutionnel à toutes les branches du droit et la modification de chaque branche du droit sous l'effet de l'interprétation de ses normes constitutionnelles par le juge constitutionnel. Par ailleurs, il produit, pour le Doyen Favoreu, une unification du droit car, malgré la diversité des branches du droit, elles trouvent toutes un même fondement dans la Constitution ainsi qu'une interprétation uniforme des dispositions constitutionnelles qui les concernent, grâce à l'office du juge constitutionnel.

Plus largement, le Doyen Favoreu a mis en évidence les différentes *fonctions de la justice constitutionnelle*, telles qu'elles peuvent apparaître dans le cadre du modèle européen de justice constitutionnelle. Il a ainsi proposé une analyse synthétique des missions confiées au juge constitutionnel dans le cadre du modèle européen de justice constitutionnelle : veiller à l'authenticité des manifestations de volonté du peuple souverain, au respect des répartitions horizontales et verticales des pouvoirs établies par la Constitution et à la protection des droits fondamentaux (L. Favoreu, « Justice constitutionnelle », dans Y. Mény, O. Duhamel, dir., *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, pp. 556-558).

Deux notions ont été mobilisées afin de légitimer la justice constitutionnelle en elle-même, comme dans son inscription dans un régime démocratique : celle de l'*aiguilleur* et celle du *dernier mot*.

La première s'inscrit de manière explicite dans le prolongement des analyses de Charles Eisenmann qui soutenait que « le sens juridique de la justice constitutionnelle... est donc, en dernière analyse, de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle, d'assurer le respect de la compétence du système des règles ou de l'organe suprême de l'ordre étatique » (Thèse de Ch. Eisenmann, § 9, citée par L. Favoreu, «

Justice constitutionnelle », *précit.*). Le contrôle exercé par le juge constitutionnel et éventuellement la censure prononcée par ce dernier « ne s'analyse(nt) pas comme un verrou ou un barrage, mais comme un aiguillage : c'est à dire que l'obstacle opposé par le juge constitutionnel à une loi ordinaire n'est pas définitif et peut être levé par le vote d'une loi constitutionnelle ; en conséquence, le contrôle de la constitutionnalité des lois joue le rôle d'un aiguillage en orientant les réformes vers la voie normative adéquate, en l'occurrence, la voie constitutionnelle » (L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, pp. 419-420 ; voir également « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 578-579 ; « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle », Rapport à la table-ronde internationale *Révision de la Constitution et justice constitutionnelle*, Aix-en-Provence, 16-17 septembre 1994, AIJC, X-1994, pp. 105-118). Toute inconstitutionnalité, même de fond, peut s'analyser, en définitive, comme une incompétence du législateur ordinaire. Là encore, le respect du droit domine. La question du choix de la voie de droit à emprunter, loi ordinaire ou loi de révision constitutionnelle, est décisive pour la production des normes dans le système juridique ; le juge constitutionnel est l'instance qui arbitre quant à la procédure de production normative valable pour pouvoir entreprendre une réforme.

Cette logique renvoie, dans un second temps, à ce que le juge constitutionnel n'a pas le *dernier mot* (L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *précit.* ; l'idée est d'ailleurs évoquée dans l'article commenté lorsqu'il est question de caractériser l'existence d'un juge constitutionnel notamment par le fait que ses « décisions ne peuvent être remises en cause que par le pouvoir constituant »). Chaque censure de la loi par le juge peut être contournée par la mise en œuvre d'une procédure de révision de la Constitution. Le jugement de constitutionnalité ne remet ainsi pas en cause le principe démocratique. Si la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (CC, n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27), toute méconnaissance de la Constitution constatée par le juge constitutionnel peut être renversée par une modification de celle-ci. La légitimité du juge constitutionnel repose alors sur cette possibilité dont dispose le pouvoir de révision constitutionnelle, le Doyen Vedel utilisait la formule du « lit de justice » (G. Vedel, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 180), de remettre en cause ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel. Le principe démocratique est préservé ; l'exigence de l'Etat de droit ne s'y heurte pas avec la même force qu'il le fait dans le cadre du système américain en raison de l'impossibilité pratique de réviser la Constitution américaine.

## § II – L'autonomisation de la science du droit constitutionnel pour un *droit jurisprudentiel de la Constitution*

Du point de vue de la science constitutionnelle, le Doyen Favoreu défend l'autonomie de cette discipline qu'il convient d'éloigner du politico-centrisme, de l'administravo-centrisme et de l'américano-centrisme. L'article commenté marque ici un moment particulier de cette discipline qui doit s'affranchir de disciplines concurrentes sur son objet, la science politique, dominante dans l'analyse du droit constitutionnel, et le droit administratif, discipline première du droit

public, sans pour autant adopter le regard des réalistes américains et français sur le droit constitutionnel. Par rapport à ces trois manières d'aborder le droit constitutionnel, le Doyen Favoreu a posé les principes méthodologiques de l'autonomie de la science du droit constitutionnel qu'il entend défendre (A). Dans l'affirmation de cette autonomie, demeure toutefois, si ce n'est une incertitude, du moins une imprécision méthodologique quant à la place à accorder au discours jurisprudentiel (B). Sans doute un certain flou théorique conduit de la sorte à une relativisation de l'autonomie.

#### *A – Les principes méthodologiques de l'autonomie*

Une science du droit constitutionnel nouvelle et autonome, renouvelée par la mise en place d'une justice constitutionnelle, est possible, débarrassée de la science politique, émancipée du droit administratif et rejetant une approche réaliste du droit. A chacune de ces revendications d'autonomie correspond un principe méthodologique spécifique d'une nouvelle science du droit constitutionnel : envisager le droit constitutionnel comme du droit, développer un discours conceptuel sur le droit constitutionnel autonome de celui développé par le droit administratif et refuser d'adopter une lecture réaliste de son objet d'étude.

Envisager le droit constitutionnel comme du droit renvoie pour le Doyen Favoreu à la juridicisation du droit constitutionnel, consécutive à la mise en place d'une justice constitutionnelle. Une approche juridique de la Constitution est donc possible. Il faut relever d'emblée ici l'ambiguïté de la place du juge dans cette juridicisation. Même sans juge constitutionnel, il est possible de porter un regard juridique sur la Constitution à partir des normes qu'elle contient. Le Doyen Favoreu en convient d'ailleurs : « certes, il existe sans doute un droit constitutionnel en Grande-Bretagne ou aux Pays-Bas bien qu'il n'y ait pas de juge pour assurer le respect de la Constitution ; et de même, peut-on dire qu'il existait un droit constitutionnel sous les III et IV<sup>e</sup> Républiques malgré l'absence de juge constitutionnel ». Il ajoute cependant : « mais le droit constitutionnel moderne se conçoit mal désormais en tant que droit sans application sanctionnée par un juge constitutionnel ». Concevoir le droit constitutionnel avec l'interprétation du juge constitutionnel ne répond pas à la question de savoir comment le faire, quelle place lui accorder par rapport aux énoncés dispositionnels, ni même à celle de savoir quel est le statut à lui reconnaître en tant que discours. D'autant que, précisément, tout le renouveau du droit constitutionnel tient en ce qu'il n'est plus question de s'en tenir à une « exégèse doctrinale des textes », mais de s'appuyer « sur une abondante interprétation jurisprudentielle ».

L'autonomie conceptuelle vis-à-vis du discours doctrinal sur le droit administratif est ensuite préconisée. Elle l'est d'ailleurs également vis-à-vis de la science politique. Par rapport au droit administratif, en tant que discours sur le droit, il s'agit véritablement d'une émancipation et peut-être d'une querelle politico-institutionnelle sur la question de savoir quelle est la discipline matricielle du droit public. Pour le Doyen Favoreu, « *le droit de la Constitution n'est pas le droit administratif* ». Il ne s'agit pas pour autant, comme cela a pu d'ailleurs être dénoncé (voir par



exemple : C. Atias, « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, 1991, p. 435, article précisément recueilli dans la *RFDC*), de considérer que la science du droit constitutionnel n'emprunte pas à d'autres disciplines, mais seulement que la dimension constitutionnelle des objets observés autorise une conceptualisation nouvelle. Tel est le cas en particulier des droits et libertés reconnus aux citoyens, libertés publiques sous l'angle du droit administratif, droits fondamentaux en droit constitutionnel. Cette différenciation de dénomination correspond en réalité à des objets différents, notamment sous l'angle du niveau normatif de reconnaissance des droits et libertés. Pour le dire autrement, la dimension constitutionnelle formelle d'objets classiques du droit administratif justifie une conceptualisation nouvelle de ceux-ci. On peut voir ici, sous l'angle du discours scientifique, une conséquence du phénomène de constitutionnalisation des branches du droit. Le phénomène de constitutionnalisation transforme les discours sur les branches du droit en invitant à une nouvelle conceptualisation des objets.

Enfin, le Doyen Favoreu rejette de manière explicite le réalisme américain et tropérien, les deux courants apparaissant toutefois comme étant trop rapidement associés. Pour autant, la place à reconnaître à la jurisprudence n'est pas totalement explicitée. Tout en défendant la prise en compte de la jurisprudence dans l'étude du droit constitutionnel, il n'en constate pas moins qu'« il ne faudrait pas cependant passer d'un extrême à l'autre et considérer désormais que tout repose sur « l'interprétation réaliste » de la Constitution ». Il conclut que l'interprétation du juge, et plus exactement la lecture réaliste du droit constitutionnel, « ne doit pas occuper tout le terrain ». Peut-être faut-il voir là une place laissée aux dispositions constitutionnelles écrites ? Sont ensuite invoquées les raisons qui justifient que cet « américano-centrisme » soit écarté. L'on peine toutefois à identifier les raisons théoriques qui justifient ce rejet, ce qui empêche, en l'occurrence, de savoir quelle est la véritable place à accorder à la jurisprudence du juge constitutionnel. En effet, pour écarter la lecture « américano-centrée » est évoquée la différence de contextes institutionnels et juridiques, ce qui apparaît comme un argument relativement contingent, un contexte ne saurait précisément en lui-même exclure la pertinence d'une analyse conceptuelle, à moins que celle-ci soit faiblement éclairante sur l'objet qu'elle entend décrire en général ; le fait que le contentieux constitutionnel aux Etats-Unis porte essentiellement sur les droits fondamentaux et non pas sur les autres objets du droit constitutionnel et l'intégration totale du droit constitutionnel dans toutes les branches du droit. Aucune de ces raisons n'éclaire sur le statut à reconnaître à la jurisprudence. Une certaine contradiction point : le droit constitutionnel devient du droit grâce au discours du juge constitutionnel dont les interprétations de la Constitution doivent être prises en compte comme objet d'étude... sans pour autant qu'elles occupent « tout le terrain ».

*B – Une autonomie relative : quelle place exacte reconnaître au discours du juge ?*

De manière synthétique, l'on retiendra que, pour Louis Favoreu, la mise en place d'une justice constitutionnelle impose à la science du droit constitutionnel de porter son regard sur la

jurisprudence du juge constitutionnel, sans pour autant considérer que l'interprétation du juge constitutionnel soit révélatrice de l'ensemble du droit constitutionnel.

Cette double proposition laisse une large part d'indétermination quant à la question de savoir ce qu'est le « droit constitutionnel » à observer et ce qu'il convient de faire avec le discours du juge et, plus précisément, s'il faut lui reconnaître un statut normatif et, le cas échéant, quel statut normatif. Cette question a certes été réglée dans le précis Dalloz de l'école aixoise, mais elle l'a été par Otto Pfersmann et non pas par le Doyen Favoreu, à partir d'une approche normativiste du droit. Ce dernier positionnement théorique n'est toutefois pas pleinement assumé par le Doyen Favoreu, même si celui-ci s'est toujours réclamé de la pensée d'Hans Kelsen. C'est sans aucun doute cette ambiguïté qui est l'origine d'un certain développement du droit constitutionnel jurisprudentiel qui a fait l'objet de fortes critiques, sans que l'on sache si ce développement est lié au Doyen Favoreu lui-même ou à tous ceux qui se sont inscrits dans la lignée de son positionnement disciplinaire.

Ce qui est sans doute imputable au Doyen Favoreu concerne la prise en compte du discours du juge constitutionnel comme fixant l'interprétation à retenir des normes constitutionnelles pour la doctrine. Le Doyen s'inscrit là, de manière classique, dans l'approche méthodologique retenue par le discours sur le droit administratif qui identifie son objet dans le discours du juge. Sous cet angle, la légitimité de la science du droit constitutionnel passe par l'emprunt méthodologique à la discipline phare du droit public, à savoir le droit administratif. Toute la défense d'une nouvelle appréhension du droit constitutionnel, en raison précisément de la sanction de son respect par un juge, impose que l'on porte un regard privilégié sur le discours qu'il adopte et plus précisément sur les interprétations qu'il propose des normes constitutionnelles.

Ce regard privilégié sur le discours du juge et la considération que ce discours fige l'interprétation que la science du droit doit retenir des énoncés constitutionnels posent problème quant au recul que la science du droit doit avoir sur son objet. À privilégier le discours du juge dans l'interprétation des énoncés constitutionnels, et à pratiquer une activité doctrinale d'arrêviste, comme cela a pu être qualifié (voir A. Viala, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêviste. Question de méthode », *RDP*, 2016, n° 1137), le risque est grand de se contenter de développer une science du droit simplement répétitive du discours du juge qui, si elle n'est pas dépourvue de tout regard critique, peine à conceptualiser au-delà du discours du juge. Telle est sans doute la critique la plus forte adressée à l'école jurisprudentielle du droit constitutionnel : le renoncement à une conceptualisation au-delà de celle, spontanée, à laquelle procède le juge par l'usage de certaines notions ou une conceptualisation liée au seul discours du juge par une systématisation de celui-ci sans aller au-delà de ce qui est dit. De manière assez paradoxale, la conceptualisation de la justice constitutionnelle n'a pas conduit à une conceptualisation du discours du juge au-delà de la systématisation de son discours.

Une autre critique a pu être faite, consécutive au choix du regard porté sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel : l'abandon non seulement de l'étude des domaines du droit constitutionnel qui font moins, pas ou peu l'objet d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel et, en particulier, le droit constitutionnel institutionnel, mais également d'une réflexion classique sur les grands concepts de droit constitutionnel.

L'article du Doyen Favoreu marque une étape décisive dans la construction et le renouvellement d'une science du droit constitutionnel. Il caractérise le moment de juridictionnalisation du droit constitutionnel mais également de légitimation de la justice constitutionnelle, en France en particulier, dans le prolongement des valeurs libérales et de l'Etat de droit. Depuis, la science du droit constitutionnel a su récupérer les différents objets du droit constitutionnel, et pas seulement ceux couverts par la jurisprudence constitutionnelle, tout en s'inscrivant dans une démarche plus critique, réinterrogeant les concepts structurants de cette science. Chaque étape est nécessaire à la construction d'une science du droit constitutionnel ambitieuse et l'on peut que défendre aujourd'hui un moment épistémologique de celle-ci.

#### Bibliographie

Pour un recueil de la plupart des articles de L. Favoreu :

Favoreu (L.), *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, 1250 p.

Pour une bibliographie complète :

*Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, 1783 p.

Voir par ailleurs :

Gaïa (P.), « L'école aixoise », in *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, sous la direction de X. Magnon et S. Mouton, Mare & Martin, 2017, à paraître.

Jouanjan (O.), « Sur quelques aspects d'un vaste débat : le conseil supérieur de la Constitution syldave est-il une « Cour constitutionnelle », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, 2006, Economica, p. 551.

Magnon (X.), « 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, op. cit.*, pp. 233-254.

Saunders (C.), « *The interesting times of Louis Favoreu* », 5 *Int'J. Const. L.* 1 2007.