

DOCTRINE ADMINISTRATIVISTE ET DOCTRINE CONSTITUTIONNALISTE : QUESTION DE METHODES

VERONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS
Professeur de droit public

Université de Paris Ouest-Nanterre la Défense

Resumen: En Francia, las relaciones entre los métodos utilizados para desarrollar una ciencia del Derecho Constitucional, por una parte, y una ciencia del Derecho Administrativo, por otra parte, están evolucionadas y resultan complejas. Se trata aquí de determinar cómo y por qué los especialistas de estas dos disciplinas se sirven de los métodos de la otra. Además, cuando un académico generalista está estudiando tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Constitucional, ¿lo hace con las mismas herramientas metodológicas?

De este estudio se deduce que los intercambios metodológicos son significativamente desequilibrados. Los métodos asignados a los especialistas en Derecho Administrativo ejercen más influencia en el estudio del Derecho Constitucional que a la inversa. Esta conclusión, sin embargo, parece más compleja con respecto a los académicos generalistas. Por lo tanto, mientras que para los especialistas, respectivamente en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional, la metodología se está convirtiendo en un factor determinante para fundar la autonomía científica de su propia disciplina, al contrario, para los académicos generalistas, es la postura epistemológica previamente adoptada la que determine las opciones metodológicas.

Abstract: In France, the relationship between the methods used to develop the science of constitutional law, on the one hand, and the science of administrative law, on the other hand, are complex. We would like to determine how and why the specialists of each discipline deal with the methods used by the other. Furthermore, the generalist publicists, that is to say studying as well administrative law as constitutional law, did they analyze this two corpus with the same methodological tools? It soon appears that the methodological exchanges are significantly unbalanced. The methods assigned to administrative law specialists have more influence on the study of constitutional law than the reverse. This conclusion is, however, more complex regarding general publicists. Therefore, while among specialist scholars, respectively of administrative law and constitutional law, the methodology is becoming a determining factor for building the autonomy of its own discipline, for the generalist scholars, it is, on the contrary, previous epistemological postures that determine methodological choices.

Résumé: En France, les rapports entre les méthodes utilisées pour développer une science du droit constitutionnel, d'une part, et une science du droit administratif, d'autre part, sont évolutifs et complexes.

Ils'agit ici de déterminer dans quelle mesure et pourquoi les spécialistes d'un de ces champs disciplinaires puisent-ils dans les méthodes de l'autre. Par ailleurs, lorsqu'un juriste généraliste étudie autant le droit administratif que le droit constitutionnel, analyse-t-il ces deux corpus_ avec les mêmes outils méthodologiques ?

Il apparaît rapidement que les emprunts méthodologiques sont nettement asymétriques. Les méthodes attribuées aux spécialistes du droit administratif ont davantage influencé l'étude du droit constitutionnel que l'inverse. Ce constat devient toutefois plus complexe s'agissant des publicistes généralistes. Dès lors, tandis que chez les spécialistes, respectivement du droit administratif et du droit constitutionnel, la méthodologie utilisée s'impose comme un facteur déterminant pour établir la scientificité et l'autonomie de sa propre discipline, chez les généralistes, ce sont à l'inverse les postures épistémologiques préalablement adoptées qui déterminent les choix méthodologiques.

Palabras claves : métodos, la ciencia del derecho constitucional, la ciencia del derecho administrativo.

Keywords : methods, science of constitutional law, science of administrative law.

Sumario : 1. Les fondations de disciplines spécialisées : l'asymétrie des appuis méthodologiques réciproques. 1.1. Le détachement du romano-civilisme : le droit constitutionnel au service de l'autonomie d'une science du droit administratif et du droit public . 1.b. La méthodologie administrativiste, support de l'ancrage juridique de la doctrine onstitutionnaliste. 1.2. La méthodologie administrativiste, support de l'ancrage juridique de la doctrine onstitutionnaliste. 1.2.a.La naissance de la science du droit constitutionnel. 1.2.b.Le renouveau de la doctrine constitutionnaliste au milieu des années 1970 : le paradigme contentieux. 2. Les généralistes à l'épreuve de l'uniformité méthodologique. 2.1. Les généralistes théoriciens. 2.2 . Les généralistes esthètes. 3. Conclusion

Rappelons l'évidence : les rapports entre la doctrine constitutionnelle et la doctrine administrativiste française ont sensiblement évolué depuis le XIXème siècle, et ils sont assurément complexes. En premier lieu, en effet, les publicistes présentent de multiples visages, ce qui ne saurait être sans incidences sur le choix et l'usage des méthodes utilisées. Depuis le XIXème siècle, se côtoient des généralistes, des spécialistes, des techniciens, des théoriciens, chacun déployant des conceptions particulières de la pratique de sa science. Il existe donc en réalité *des* doctrines constitutionnalistes et *des* doctrines administrativistes. Le pluriel est sans doute plus lourd mais plus exact que le singulier. En deuxième lieu, la représentation schématique du constitutionnaliste qui procéderait par raisonnements déductifs de grands principes abstraits dégagés par la raison, sans considération *a priori* de la réalité juridique et, de l'autre, de l'administrativiste « faiseur de systèmes » qui se bornerait à induire de la lecture des arrêts des principes généraux de la matière, a tout autant les vertus que les limites de la simplification. En dernier lieu, les rapports entre les méthodes utilisées par les deux

types de travaux doctrinaux apparaissent comme hautement dépendants des rapports aux disciplines tierces, que ce soit, dans le champ juridique, le droit privé ou, au-delà du droit, les sciences politiques, l'histoire ou les sciences physiques. Ces disciplines peuvent faire office de modèle, ou de repoussoir ce qui, dans ce dernier cas, conduit parfois à des alliances méthodologiques objectives entre les constitutionnalistes et les administrativistes.

On ne saurait ici retracer de façon exhaustive, détaillée ou monographique l'ensemble des rapports entre les deux types doctrines. On tentera plutôt de saisir par reconstruction idéale-typique la façon dont les auteurs ont pu ou non prendre appui sur les méthodes qu'ils associent à l'une ou l'autre des doctrines pour construire l'autonomie ou la scientificité de la leur. Autrement dit, comment, dans quelle mesure et pourquoi les uns puisent-ils dans les méthodes des autres ? Et, lorsqu'il arrive que l'autre ne soit que soi-même, le droit administratif et le droit constitutionnel sont-ils analysés au moyen des mêmes outils méthodologiques ?

Il apparaît rapidement qu'au jeu des emprunts méthodologiques, les rapports entre les spécialistes des deux disciplines sont nettement asymétriques. Ne serait-ce que parce la construction d'une science juridique du droit administratif a précédé celle d'une science du droit constitutionnel, l'influence des méthodes de la première sur la seconde est plus significative que l'inverse. Le diagnostic devient toutefois plus complexe dès lors que l'on envisage les auteurs généralistes pour lesquels les choix épistémologiques ou les représentations unitaires de l'objet étudié (le « droit public » ou l'« Etat ») jouent un rôle déterminant sur les méthodes employées. En d'autres termes, tandis que chez les spécialistes la méthodologie utilisée ou annoncée peut être un facteur déterminant pour établir la scientificité et l'autonomie de sa discipline - ce qui explique en partie que celle bâtie en second s'appuie sur celle qui s'est autonomisée la première - (I), chez les généralistes, les postures épistémologiques déterminent les usages méthodologiques (II).

1. Les fondations de disciplines spécialisées : l'asymétrie des appuis méthodologiques réciproques

L'édification de doctrines spécialisées en droit administratif ou en droit constitutionnel s'est réalisée par un jeu d'appuis réciproques sur l'objet ou les méthodes de l'autre. Ces appuis ne sont toutefois pas de la même nature, ni de la même intensité. Tandis que l'étude du droit constitutionnel a permis à ceux qui se sont d'abord concentrés sur le droit administratif d'édifier un corps de juristes publicistes se distinguant des civilistes (A), les méthodes de la doctrine administrativiste ont pu directement ou indirectement servir la scientificité et la juridicité d'une partie de la doctrine constitutionnaliste (B).

1.1. Le détachement du romano-civilisme : le droit constitutionnel au service de l'autonomie d'une science du droit administratif et du droit public

L'édification d'une science juridique du droit administratif a été entreprise avant celle du droit constitutionnel considéré, tout au long du XIX^{ème} siècle, comme un droit politique. Les premiers juristes qui se sont intéressés à l'activité juridique de l'administration de l'Etat et à la nouvelle institution qu'était le Conseil d'Etat, ont eu

pour réflexe de reprendre le modèle dominant du travail scientifique des juristes que constituaient à l'époque l'exégèse et la codification du droit civil. Des techniciens de l'administration (Blanchet, Bonnin, Fleurigeon, Lalouette, Solon...) s'engagent ainsi dans une œuvre de compilation des sources du droit émergeant. « Il s'agissait de divulguer en premier lieu le droit administratif avant de pouvoir (enfin) le commenter »¹. D'autres se donnent un horizon plus systématique. Ils trouvent dans l'inspiration romaniste des catégorisations civilistes les attributs de la scientificité de la discipline qu'ils entendent construire. Ils cherchent alors à « se fonder sur des principes pour mettre en ordre et coordonner une législation et une réglementation foisonnantes, afin d'en faire 'sentir l'harmonie' et de préparer la rédaction d'un futur code administratif »². La mission du publiciste est de donner à l'administration son code comme les civilistes en ont confectionné un pour régir les rapports entre particuliers. Le titre très symbolique des *Institutes du droit administratif ou Eléments du Code administratif*³ de J.- M. De Gerando en fournit une des meilleures illustrations.

A partir des années 1840, certains auteurs, notamment L.-A. Macarel, entendent rompre avec la tradition romano-civiliste. Ils entreprennent de réorienter le travail du juriste publiciste vers la découverte de principes généraux supposés spécifiquement guider le droit qu'ils étudient. Il ne s'agit plus de compiler ou de codifier selon un modèle préformaté par d'autres, mais de s'engager dans un travail original, essentiellement inductif, de remontée à des principes fondateurs. Ce faisant, le corpus objet de l'analyse change de nature : l'étude de la législation et de la réglementation cède le pas à celle de la jurisprudence. Le compilateur de texte s'efface au profit de l'arrêteste.

On le voit, le juriste qui œuvre pour l'autonomie du droit public et de sa science se préoccupe avant tout du droit administratif. Certes, aucun juriste sérieux ne méconnaît la constitution de son époque soit, à l'instar d'un L.-M. Lahaye de Cormenin, pour la critiquer, soit pour en mentionner les éléments les plus importants en exergue de leurs enseignements ou en introduction d'ouvrages relatifs au droit administratif et au droit public⁴. Il reste que le droit constitutionnel était considéré jusqu'à la III^{ème} République comme « un droit séditieux, politique, jugé dangereux »⁵. A de rares exceptions près, on le nommait d'ailleurs, non sans accent péjoratif, « droit politique »⁶ ou « politique constitutionnelle »⁷.

Il serait toutefois réducteur d'opposer la technicité désincarnée du droit administratif au caractère engagé et idéologique du droit constitutionnel. Le Conseil d'Etat a maintes

¹ M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2009, p. 41.

² P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Paris, LGDJ, 2004, p. 111.

³ Paris, Nève, 1829.

⁴ A titre d'exemple : A. Le Rat de Magnitot et A. Huart Delamarre, *Dictionnaire de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1836 ; Serrigny, *Questions et traités de droit administratif*, Paris, Durand, 1854 ; A.-P. Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1864....

⁵ M. Touzeil-Divina, *op. cit.*, p. 140.

⁶ Par exemple, L.-A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833. *Contra* : F. Berriat-Saint-Prix, *Une théorie du droit constitutionnel français*, Paris, Videcoq, 1851. Le contenu était toutefois très appréciatif et, en l'occurrence, laudatif de la constitution de la II^{ème} République.

⁷ B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Didier, 1836 ; J. L.E. Ortolan, *Cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe, avec le tableau de leur organisation actuelle*, Paris, Fanjat aîné, 1831.

fois été critiqué pour ses « inconstances politiques »⁸. Il n'en demeure pas moins, et c'est l'important ici, que les auteurs qui entendent établir la scientificité de la discipline qu'ils construisent, misent sur la dépolitisation des concepts et des méthodes d'analyse employés. Par conséquent, à supposer que la distinction entre doctrine « administrativiste » et doctrine « constitutionnaliste » ait un sens dans la première moitié du XIX^e siècle, celle-ci se s'établit par les orientations épistémologiques respectives des deux doctrines. Les premiers publicistes-administrativistes ont une visée pédagogique : compiler, pouvoir connaître, décrire avant de commenter, d'évaluer ou de théoriser. A l'inverse, la démarche des premiers publicistes-constitutionnalistes s'inscrit dans une philosophie de l'histoire ou une idéologie politique évaluative du bien-fondé et du fonctionnement des régimes. Ce contraste est particulièrement bien illustré par les reproches adressés par A. de Tocqueville aux cours de droit administratif de L.-A. Macarel. Ces derniers se contenteraient de « décrire » et de rechercher « l'exactitude et la clarté », plutôt que de « juger » en profondeur⁹. La remarque est d'autant plus notable que L.-A. Macarel ne fait pas l'économie d'appréciation idéologique lorsqu'il aborde le droit politique¹⁰.

Dès le milieu du XIX^e siècle, des auteurs comme V.-E.-M. Foucart¹¹, T. Ducrocq ou F. Laferrière puis E. Laferrière conduisent à reconsidérer ce schéma, en raison de l'importance nouvelle qu'ils confèrent à la constitution pour encadrer les rapports qu'entretient l'Etat avec les administrés. Ces auteurs sont convaincus « de la nécessité d'une constitution » pour « organiser l'Etat et (...) régir ainsi (...) les pouvoirs publics mais aussi pour garantir et promouvoir les libertés de chaque administré »¹². La jonction entre le droit administratif et le droit constitutionnel s'effectue donc ici par l'intermédiaire des droits et libertés des citoyens. Leur protection, considérée comme relevant de la matière constitutionnelle, constitue le but du droit administratif et la mission du juge administratif.

Cette orientation a des effets sur la façon de concevoir, d'une part, les rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel et, d'autre part, la science du droit administratif. Le droit administratif devient une continuité, « une dépendance du droit constitutionnel » précisément parce qu'il a pour tâche de définir et de poser les droits et libertés des citoyens¹³. Partant, cela conduit sur le plan méthodologique la doctrine publiciste-administrativiste à se détourner quasi-définitivement de la codification et de l'exégèse, pour engager l'enseignement et l'étude du droit administratif « à partir du droit constitutionnel et non » plus « en fonction du droit privé »¹⁴. Selon des perspectives et des intensités variables, les auteurs partent à la recherche d'axiomes de la

⁸ L. Béquet, « Avant-propos », *Répertoire de droit administratif*, t. 1, 1882.

⁹ A. de Tocqueville, « Rapport sur le cours de droit administratif de M. Macarel », in *Revue de législation et de jurisprudence*, Paris, 1845, tome XXV, p. 351.

¹⁰ Voir L.-A. Macarel, *Eléments de droit politique*, *op. cit.*

¹¹ E.-V.-M. Foucart, *Précis de droit public et administratif*, Paris, Videococq, 1844.

¹² M. Thouzeil-Divina, *op. cit.*, p. 182.

¹³ P. Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 90 et s.

¹⁴ M. Touzeil-Divina, *op. cit.*, p. 195. « En ce qui concerne le plan général des développements, j'ai cru devoir en chercher les bases dans les entrailles même du droit administratif, et non dans les analogies plus spécieuses que fondées, puisées dans le droit civil et peu réalisables dans le droit administratif », T. Ducrocq, *Préface au Cours de droit administratif*, Paris, 1862, Sirey, cité, in M. Thouzeil-Divina, *op. cit.*, p. 195.

matière, de principes fondateurs compatibles ou cohérents avec l'esprit des nouvelles lois constitutionnelles de la III^{ème} République.

Un lien peut donc être établi entre l'intégration à part entière du droit constitutionnel dans l'objet d'étude des publicistes et la réorientation méthodologique de la science qui l'appréhende. En donnant un fondement constitutionnel au droit administratif, les publicistes visent à détacher ce dernier de l'emprise civiliste et ouvrent un espace de définition des méthodes et des finalités propres de leur science. Le droit constitutionnel a donc servi la doctrine administrativiste pour construire une science du droit public autonome et théoriser son objet¹⁵.

1.2. La méthodologie administrativiste, support de l'ancrage juridique de la doctrine constitutionnaliste

A deux reprises historiques au moins, mais dans des contextes académiques très différents, les méthodes utilisées par les administrativistes ont sciemment ou inconsciemment servi d'horizon pour la construction d'une science juridique du droit constitutionnel. Cela a tout d'abord été vrai au moment des premières tentatives d'autonomisation d'une science du droit constitutionnel au début du XX^{ème} siècle (1), puis à l'occasion du développement de contrôle de constitutionnalité à la fin du XX^{ème} siècle (2).

1.2.a. La naissance de la science du droit constitutionnel

La création officielle de cours de droit constitutionnel parmi les enseignements des Facultés de droit à partir des années 1880 ouvre la perspective d'une pensée de l'autonomie scientifique de l'étude de cette matière. Sur le plan méthodologique, l'autonomie de la science du droit constitutionnel s'inscrit dans un jeu à plusieurs bandes. Celle-ci doit en effet se forger une place face aux civilistes et à leur méthode exégétique¹⁶, face aux administrativistes spécialistes, ou encore face à certains théoriciens généralistes attirés, voire captés, par les sciences sociales et l'expansion de la sociologie¹⁷.

Dans ce contexte, c'est de la méthodologie employée par la doctrine administrativiste que vont se rapprocher les promoteurs d'une science juridique du droit constitutionnel. Ce rapprochement méthodologique n'est pas toujours revendiqué. Il n'est pas non plus

¹⁵ On peut alors conclure avec J. Montain-Domenach : « en se développant hors des cadres du droit privé, le droit public définit les éléments constitutifs de la science juridique et s'oppose aux méthodes des exégètes. L'enseignement du droit s'éloigne de plus en plus de ses caractéristiques premières pour devenir théorique », *Le système d'enseignement du droit en France*, Tome 1, p. 68, cité in M. Thouzeil-Divina, *op. cit.*, p. 195.

¹⁶ Voir le rejet tout particulier de l'application de cette méthode en droit constitutionnel par H. Nézard, « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 375

¹⁷ A. Esmein notamment oppose la sociologie et la science juridique par la différence ontologique des objets observés : la première a un objet naturel et recherche les lois naturelles qui (pré-)déterminent l'activité de son objet ; la seconde a un objet abstrait et artificiel, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Larose et Forcel, 1896, pp. 31 et s.

détaché de tout rapport de force sur le plan institutionnel, ni de tout enjeux quant à la délimitation des objets « droit constitutionnel » et « droit administratif ».

A. Esmein¹⁸, l'un des premiers juristes à avoir enseigné à la Faculté de droit de Paris la nouvelle matière que constituent les « Eléments de droit constitutionnel et l'organisation des pouvoirs public », illustre à merveille l'attitude méthodologique de ceux qui entendent construire une véritable science juridique du droit constitutionnel. Il distinguait ainsi deux façons de concevoir les méthodes de la science du droit.

La première méthode est abstraite et déductive, voire métaphysique. Elle se fonde sur des concepts définis *a priori* pour apprécier la réalité. A. Esmein la considère comme « aussi vieille que le droit lui-même » et la qualifie de « dogmatique »¹⁹. La seconde méthode est inductive. Elle part de l'observation de l'histoire du droit et du droit comparé. Elle est « appelée à renouveler toutes les sciences juridiques »²⁰ et à les ériger à la hauteur de la scientificité des sciences expérimentales desquelles elle s'inspire. Tandis que certains estiment que seule cette méthode garantit la scientificité du droit constitutionnel²¹, A. Esmein pense les deux méthodes sur le mode de la complémentarité. Toutefois, comme le montre J. Boudon, et contrairement à ce qu'ont pu soutenir les contemporains d'A. Esmein qui l'ont associé à la méthode expérimentale, cet auteur est resté profondément ancré dans un univers conceptuel déductif. Il part le plus souvent de principes abstraits et axiomatiques pour y intégrer, modeler, quitte parfois à en contorsionner les données, le droit positif²².

Quoi qu'il en soit, la méthode inductive préconisée pour forger une authentique science du droit constitutionnel n'est pas très éloignée de celle associée à la science du droit administratif de l'époque. Les « faiseurs de système » étaient censés remonter « du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un » et s'efforçant « de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux »²³. Le trait qui distingue ici significativement les deux types de doctrine est le corpus d'observation. Les constitutionnalistes analysent des textes et éventuellement des pratiques institutionnelles – la brièveté des lois constitutionnelles de la III^e République a notamment favorisé l'émergence d'une théorie des coutumes constitutionnelles –, tandis que les administrativistes de la III^e République se concentrent essentiellement sur l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette proximité des méthodes employées ou préconisées permet de comprendre que la majorité des administrativistes n'ait pas contesté la scientificité du droit constitutionnel

¹⁸ A. Esmein, *op. cit.* ; « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *NRHD*, 1900, t. 35, p. 493; voir J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », in S. Pinon, P.-H. Prélôt (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Monstchrestien, 2009, p. 82.

¹⁹ « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *op. cit.* ; cité in J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », *op.cit.*, p. 74.

²⁰ *Ibid.*

²¹ H. Nézard, « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 375.

²² J. Boudon, *op. cit.*

²³ J. Rivero, « Apologie pour les 'faiseurs de systèmes' », *D.*, 1951, chr. XXIII, pp. 100 et 101. Pour J. Rivero, le *Traité de la juridiction administrative* d'E. Laferrière est l'illustration pour excellence de « la volonté de systématiser autour de quelques grandes notions simples une matière complexe et confuse ».

naissant. Certains pensaient même, non sans raison, avoir les outils nécessaires pour l'analyser, voire l'« annexer » et le « priver de toute autonomie »²⁴.

1.2.b. Le renouveau de la doctrine constitutionnaliste au milieu des années 1970 : le paradigme contentieux

La différence de sources objets de l'observation qui distinguait les administrativistes et les constitutionnalistes du début du XX^e siècle, s'efface au milieu des années 1970 avec le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui-ci est l'occasion d'une réorientation du travail des constitutionnalistes. Une nouvelle fois, ces derniers trouvent dans les méthodes et les catégories d'analyse du contentieux administratif l'appui nécessaire pour établir la juridicité de leurs études, non plus, cette fois, pour s'autonomiser des civilistes mais pour se dégager de l'emprise des sciences politiques. En effet, la période de l'après deuxième guerre mondiale est caractérisée par la forte tendance des spécialistes du droit constitutionnel à fondre leur objet dans celui d'une science politique, estimée plus complète et explicative. Pour B. Mirkine-Guetzevitch par exemple, il n'existe point de salut pour le droit constitutionnel en dehors de la science politique²⁵. De façon caractéristique, la matière enseignée en première année s'intitule « Droit constitutionnel et institutions politiques » ou « Droit constitutionnel et sciences politiques ». Ce titre irrigue également les manuels qui insistent tous sur la continuité et la connexité du droit constitutionnel et la science politique²⁶. Dans ces circonstances, l'écart se creuse entre les spécialistes du droit administratif qui technisent et affinent leurs instruments d'analyse du contentieux²⁷, et les constitutionnalistes qui chassent les lunettes du politologue.

On comprend dès lors l'importance que revêt le développement du contrôle de constitutionnalité des lois pour l'évolution de ce panorama. Il offre aux constitutionnalistes un nouvel objet qui certes peut être analysé par les sciences

²⁴ J. Boudon, *op. cit.*, p. 84.

²⁵ « Ceux qui ne voient dans la vie constitutionnelle que le jeu des règles juridiques, qui ne voient dans le constitutionnel que le juridique, mettent en doute l'existence même de la science politique. Or, si la méconnaissance de règles juridiques est, certes dangereuse, non moins dangereux sont les abus, les excès, la rigidité de ce qu'on peut appeler le 'monisme juridique', c'est-à-dire le fait de ne voir dans le fonctionnement des institutions politiques que la technicité juridique. On peut évidemment étudier les régimes politiques en ne les abordant que du point de vue du droit ; mais on en peut pas les comprendre sans philosophie politique, sans interprétation de l'histoire des idées, sans science politique », « Propos de méthodes », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1951, n° 1 -2. Comme le conclut à ce sujet J.-L. Mestre, « Tout est dit. Maurice Duverger et la science politique à l'américaine peuvent investir le droit constitutionnel », J.-L. Mestre, « Histoire du droit constitutionnel et de son enseignement », in L. Favoreu et (alii.), *Droit constitutionnel*, 1998, p. 41.

²⁶ Par exemple, B. Chantebout affirme dans les avant-propos de son ouvrage *Droit constitutionnel et science politique* à la fin 1970 et début des années 1980 : « Transition vers les études de droit, la science politique est aussi une initiation à la démarche juridique (...). Quoique notre ambition soit d'abord de faire comprendre la logique qui préside à l'établissement des systèmes politiques et d'analyser leur fonctionnement, il importe de ne pas négliger cet autre aspect de la matière », c'est-à-dire la compréhension des règles de droit qui encadrent le pouvoir », Paris, Armand Colin, 1983, 5^{ème} édition, p. V.

²⁷ G. Vedel, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », in *Pages de doctrine*, p. 71. On ne saurait toutefois négliger l'influence des sciences politiques chez certains juristes spécialistes de l'administration (R. Drago, D. Lochak, J. Chevallier, J.-A. Mazère...) qui se sont engagés dans l'élaboration d'une science administrative.

politiques, mais qui confère au droit observé un double aspect technique et contentieux (adjectif d'ailleurs non neutre dans ce contexte) dont il était jusqu'alors dépourvu. Beaucoup de juristes publicistes auparavant généralistes ou formés dans le moule du droit administratif (G. Vedel, L. Philip, L. Favoreu, M. Verpeaux, B. Mathieu...), se saisissent de cette nouvelle donne pour réorienter l'objet de la doctrine constitutionnaliste. L'organe naguère déconsidéré en raison de son caractère politique est alors pris dans une stratégie de juridictionnalisation qui le sert au passage tout autant que la doctrine qui en devient spécialiste. Le Conseil constitutionnel est réputé « dire le droit constitutionnel » comme le Conseil d'Etat « dit le droit administratif ». L'analyse de ce nouveau droit est supposée exiger la constitution d'un corps de spécialistes qui emploie des méthodes et des grilles d'analyse éprouvées pour l'étude d'autres pans normatifs indiscutablement auréolés du label juridique. Le constitutionnaliste peut alors devenir un véritable juriste et non plus seulement un politologue.

Les emprunts conceptuels et méthodologiques faits à la doctrine administrativiste, en les adaptant parfois à une spécificité décelée ou difficilement réductible des décisions du Conseil constitutionnel, est saisissante. Les commentaires de décision s'inspirent de la structure des commentaires d'arrêts, et aux *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* font échos les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Les termes de jurisprudence et de contentieux constitutionnels deviennent rapidement incontournables²⁸. Ou encore, à la notion d'autorité de la chose jugée répond celle d'autorité de la chose décidée ou interprétée. Si, à titre d'illustration, on lit dans le détail le chapitre consacré aux « techniques de contrôle » du manuel de D. Rousseau intitulé *Droit du contentieux constitutionnel*, on y trouve présentés « les cas d'ouverture du contrôle de la constitutionnalité ». Ceux-ci recouvrent l'analyse du « contrôle de constitutionnalité interne » et du « contrôle la constitutionnalité externe ». Ceux-ci sont respectivement consacrés, pour le premier, à « l'incompétence » divisée en incompétences positives et négatives, (notions tout droit héritées du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'Edouard Laferrière²⁹) et aux vices de procédure et, pour le second, à la violation de la constitution et au détournement de pouvoir. S'agissant de ce dernier, D. Rousseau, comme d'autres, admet qu'il est plus difficile pour des raisons techniques ou démocratiques de scruter l'intention du législateur et de sanctionner son « erreur manifeste » ou son « détournement de pouvoir » que pour l'administration. Le Conseil affirme d'ailleurs lui-même ne pas disposer d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du législateur. Il n'en demeure pas moins que le concept « d'erreur manifeste » apparaît souvent expressément, en filigrane ou de façon détournée, pour relater le contrôle que le Conseil exerce en matière de conciliation entre droits et libertés ou entre ces derniers et d'autres principes ou objectifs à valeur constitutionnelle. La mobilisation de ce type de concepts est ici encouragée par le fait que le Conseil constitutionnel annonce lui-même veiller à

²⁸ Voir par exemple, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2009 ; B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux des droits et libertés fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002.

²⁹ A. Le Pillouer « L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente », *RFDA*, n° 6 nov-déc 2009, pp. 1203-1214; voir par exemple, L. Vallée, « Inconstitutionnalité négative et question préalable de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2010, p. 1585.

ce que le législateur ne porte pas d'atteinte manifestement excessive ou disproportionnée à l'une des normes constitutionnelles en jeu³⁰.

Le recours aux catégories et aux méthodes de la doctrine administrativiste est ainsi triplement stimulé : a) par les ressources qu'offre plus d'un siècle d'études de l'activité du Conseil d'Etat, b) par les attributs de juridicité que leur confèrent les constitutionnalistes, c) par l'attitude du Conseil constitutionnel qui trouve dans l'emprunt aux techniques de contrôle utilisées par le Conseil d'Etat les gages de sa propre juridictionnalisation. L'approche contentieuse du droit constitutionnel conduite sur le modèle de la science du droit administratif vise donc à « techniciser » et, partant, à « dépolitiser » le droit constitutionnel tant au niveau juridique que méta-juridique³¹. De la même façon que la science du droit administratif s'est construite et a pris son essor autour de l'analyse du contentieux, certains entrevoient dans l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel le renouveau d'une science des juristes sur le droit constitutionnel. L'engouement suscité par la « question prioritaire de constitutionnalité » tend à conforter l'analyse.

2. Les généralistes à l'épreuve de l'uniformité méthodologique

Cette présentation du droit constitutionnel et du droit administratif comme deux types d'objets juridiques distincts qui auraient nourri deux disciplines spécialisées n'est que partiellement exacte. Ou, pour le dire en d'autres termes, l'analyse de la construction d'approches spécialisées sur des ensembles d'énoncés normatifs, quand bien même deviendraient-elles dominantes dans le contexte juridique contemporain, ne saurait passer sous silence l'existence d'approches généralistes du droit public, voire du droit tout court.

L'approche généraliste du droit administratif et du droit constitutionnel est favorisée par une représentation unitaire de l'objet « droit » ou « droit public », centrée, selon les auteurs, autour des concepts d'Etat, d'autorité politique, de puissance publique ou de gouvernants. Les auteurs mettent alors en avant la continuité des deux matières et l'incertitude du tracé de leur frontière. Cela leur sert parfois à assoir le caractère surplombant du droit constitutionnel à l'égard du droit administratif, si ce n'est de l'ensemble du droit public³². Dès lors, il convient d'examiner si la représentation unitaire de l'objet étudié s'accompagne de l'unité méthodologique de son mode

³⁰ Voir V. Champeil-Desplats, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », *L'architecture du droit, Mélanges en l'Honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 267.

³¹ S. Henneville-Vauchez, « Le pouvoir normatif du juge constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, pp. 92-93.

³² De façon caractéristique G. Vedel affirme dans son manuel de 1949 : « ... Cette articulation des diverses branches du droit public interne, et spécialement du droit administratif, sur le droit constitutionnel est si étroite qu'elle rend malaisé le tracé d'une frontière précise. (...) Le droit constitutionnel disait-on plus haut, après M. Prelot, est la science des règles juridiques selon lesquelles s'établit, se transmet et s'exerce l'autorité politique. Mais précisément l'exercice de l'autorité politique consiste dans la direction de diverses activités de l'Etat, et notamment de l'activité administrative. (...) aucune ligne de partage ne s'impose absolument de manière impérieuse entre droit constitutionnel et droit administratif (...) ». G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, réédition, Paris, Dalloz, 2008, pp. 8-9.

d'analyse. Il apparaît que la situation varie selon les auteurs et leurs présupposés épistémologiques. On peut à cet égard distinguer deux types de généraliste : le généraliste théoricien A) et le généraliste « esthète » B).

2.1. Les généralistes théoriciens

Le début du XX^{ème} siècle sonne l'heure de gloire du juriste généraliste théoricien. Mais les approches théoriques du droit sont plurielles. On oppose à l'accoutumée les positivistes et les jusnaturalistes. Ce terme est toutefois impropre à la compréhension de certaines théories de l'époque, précisément parce que celles-ci se bâtissent sur le terrain d'une sociologie qui rejette l'idée de nature et s'attache à démontrer que tout est socialement construit. L. Duguit en fournit le meilleur exemple. Il semble donc plus précis de distinguer un courant dont on garde la dénomination de « positiviste » en tant qu'il vise à décrire le droit comme un système normatif en le déliant de ses rapports avec d'autres systèmes normatifs, et une approche que l'on appelle « objectiviste » dans la mesure où elle appréhende le droit comme un système normatif interdépendant d'autres systèmes normatifs sociaux ou moraux. Des deux côtés de la frontière, il existe des auteurs qui associent leur représentation unitaire de l'objet étudié à une unité de méthode 1) et, d'autres qui s'engouffrent dans un syncrétisme méthodologique 2).

1. Unité de l'objet, unité de la méthode

Cette attitude théorique se rencontre tant chez les positivistes que chez des objectivistes. Ainsi, par delà leurs très grandes différences, des auteurs « types » tels que R. Carré de Malberg a) ou L. Duguit b), ont pour visée commune l'analyse de l'entité « Etat » et de ses rapports au droit. Ils n'ont par conséquent aucune raison pour analyser différemment le droit qui concernerait les relations entre les pouvoirs publics et celui qui se rapporterait à l'activité de l'administration.

a) L'unité de la méthode positiviste : R. Carré de Malberg, C. Eisenmann

Pour contribuer à une théorie générale de l'Etat, R. Carré de Malberg analyse tout autant le droit constitutionnel que le droit administratif sans introduire de distinction d'approche. L'unité de sa théorie et de sa méthodologie est liée à l'unité de son objet, l'Etat, qui exerce une seule et même puissance. R. Carré de Malberg essaie d'appréhender l'exercice de cette puissance en juriste détaché de considérations sociologiques ou politiques³³. A l'instar de ces collègues allemands, le professeur strasbourgeois cherche ainsi à construire une science du droit public qui associe le droit administratif et le droit constitutionnel parce que ces derniers définissent *le* régime juridique de l'Etat. Les premières phrases de la *Contribution* sont, sur ce point, nettes : « Toute étude du droit public en général et droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion de l'Etat. En effet, d'après la définition la plus répandue, il faut entendre par droit public le droit de l'Etat (Staatsrecht), c'est-à-dire le droit applicable à tous les rapports humains ou sociaux dans lesquels l'Etat entre en jeu »³⁴.

³³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, 1920, réédition CNRS, p. XV

³⁴ *Op. cit.*, p. 1.

Dans une importante note en bas de page, R. Carré de Malberg précise la méthode et le statut du théoricien positiviste à l'égard de son objet. Il préconise une démarche en deux mouvements : un mouvement ascendant de construction des catégories de la science du droit à partir des données du droit positif (démarche expérimentale et inductive) et un mouvement descendant de mise à l'épreuve des catégories à des données plus étendues du droit positif. Il s'oppose ainsi à toute pensée métaphysique ou transcendante qui construirait ses concepts *a priori*, sans considération des données concrètes du droit. « Il ne faudrait pas croire », avertit R. Carré de Malberg, « que la théorie générale de l'Etat soit la base initiale, le point de départ ou la condition préalable du système du droit public et du droit constitutionnel. (...) L'idée générale que le juriste doit se faire de l'Etat dépend, non pas de conceptions rationnelles ou *a priori*, mais bien des données positives fournies par le droit public en vigueur. L'on ne peut définir juridiquement l'Etat, l'on ne peut reconnaître et déterminer sa nature et sa consistance effective, qu'après avoir pris connaissance et en tenant compte de ses institutions de droit public et de droit constitutionnel ; et telle est aussi la méthode qui sera suivie dans cet ouvrage pour dégager des éléments de la théorie juridique générale de l'Etat»³⁵. Les concepts théoriques sont donc le produit de l'expérience. Ils ne peuvent servir de fondement à la construction d'un raisonnement que pour aider à résoudre certains problèmes qui précisément ne peuvent l'être par les seules données de l'expérience. R. Carré de Malberg évoque à ce titre les difficultés de fonctionnement de l'Etat ou la pensée de l'évolution du droit. Mais dans tous les cas, le théoricien ne doit pas perdre de vue les données de « l'ordre juridique en vigueur »³⁶.

Dans la génération suivante, C. Eisenmann est sans doute l'auteur qui présente la plus grande apparentée méthodologique avec de R. Carré de Malberg, à deux réserves près. La première est que l'unité de l'objet chez C. Eisenmann ne s'exprime plus aussi nettement par la notion d'Etat. Elle se forge davantage dans le concept de droit positif. La seconde est que C. Eisenmann procède par touches successives et addition d'analyses théoriques de son objet plutôt qu'il ne bâtit de théorie générale et systématique du droit.

b) L'unité de l'approche sociologisante : Duguit

Nombreux sont ceux qui lorsqu'ils confrontent les œuvres théoriques de L. Duguit et M. Hauriou insistent sur le caractère beaucoup plus systématique et cohérent de la pensée du premier par rapport au second³⁷. Cette appréciation est à relier à la vision profondément unitaire qu'a L. Duguit du droit. Le droit a, pour lui, vocation à encadrer les rapports entre les gouvernants et les gouvernés dans une société donnée. Quelles que soient ses déclinaisons, c'est sous cet angle qu'il convient d'appréhender les transformations et les fonctions sociales du droit. L. Duguit situe donc l'étude du droit à

³⁵ *Op. cit.*, pp. 2-3.

³⁶ « C'est seulement lorsqu'il s'agit de résoudre les difficultés relatives au fonctionnement de l'Etat ou encore de travailler sur le développement de son droit dans l'avenir que l'on peut et doit recourir à la théorie juridique générale de l'Etat comme à une base de raisonnement et à une source initiale de solution ou d'indications utiles ; mais bien entendu, il faut, même dans ce cas, rechercher les éléments de cette théorie générale dans les institutions constitutionnelles ou les règles de droit public consacrées dans l'ordre juridique en vigueur », *op. cit.*, pp. 2-3.

³⁷ Voir par exemple, P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Paris, LGDJ, 2004, p. 117 ; A. de Laubadère, « Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit », Paris, LGDJ, 1980, t. 1, in *Pages de doctrine*, p. 22

un haut degré de généralité, ce qui n'est pas indifférent au fait qu'il présente sa réflexion sous le label du droit constitutionnel plutôt que sous celui du droit administratif. Mais il n'aura échappé à personne que son *Traité de droit constitutionnel* aborde aussi le droit administratif. Comme le relève A. de Laubadère³⁸, pour Duguit la « liaison du droit administratif à la théorie générale du droit est concrétisée par le fait que toutes ses théories du droit administratifs figurent dans son *Traité de droit constitutionnel* et qu'il s'est bien gardé de donner au tome III, dans lequel se rencontrent les principales, le titre ou le sous-titre de 'Droit administratif' ».

2. Le syncrétisme méthodologique de M. Hauriou

Contrairement, d'un côté, à L. Duguit qui intègre le droit administratif dans son traité de droit constitutionnel et, de l'autre, à ses prédécesseurs administrativistes pour lesquels la mention de la notion de droit public dans le titre de leurs ouvrages était parfois un prétexte à traiter le droit constitutionnel, M. Hauriou sépare l'étude des deux matières. Il est muet sur le droit constitutionnel dans son *Traité de droit administratif et de droit public*, du moins dans sa version de 1933. En revanche, il publie un *Précis de droit constitutionnel* distinct qui déploie une approche sensiblement différente de celle qui prédomine dans le *Traité*. Ou, pour le dire autrement ; M. Hauriou fait preuve, selon l'expression de A. De Laubadère et G. Vedel, d'un « syncrétisme méthodologique » qui associe voire amalgame « dans un même et unique raisonnement, la logique juridique, l'analyse historique et la préférence politique »³⁹ ou morale. De plus, le point d'équilibre entre ces différentes approches varie en fonction des objets analysés. Le *Traité de droit administratif et de droit public* est beaucoup plus soucieux de comprendre l'identité et les déclinaisons du droit administratif, que le *Précis de droit constitutionnel* ne cherche à fonder l'autonomie d'une nouvelle discipline juridique. A l'abord du droit constitutionnel, M. Hauriou entend plutôt construire une théorie politique de l'Etat. Ainsi, comme le note N. Foulquier : « les écrits constitutionnels de Maurice Hauriou ont souvent dérouté les juristes de la seconde moitié du XX^e siècle, surtout les français, car Hauriou ne s'y faisait pas juriste ! Il ne proposait pas une théorie juridique de l'Etat et encore moins un 'précis des institutions' ou une glose sur les lois constitutionnelles de 1875, mais une théorie politique de l'Etat, comme il ne cessait de l'affirmer, même si pour Hauriou, le politique n'était jamais loin du droit car tous deux avaient à voir avec la Justice »⁴⁰.

Il nous semble que ce syncrétisme méthodologique dans la mesure où il ouvre la pensée du juriste à une pluralité de disciplines sans réelle construction de la cohérence et de la systématisation de leurs agencements, n'est pas indifférent à l'inclinaison esthétique de la génération des généralistes qui suivront le doyen de Toulouse et sur laquelle il a exercé une certaine fascination.

2.2 . Les généralistes esthètes

³⁸ *Op. cit.*

³⁹ A. de Laubadère, *op. cit.*, p. 25 ; G. Vedel, « Hauriou et le science politique », in *Pages de doctrine, op. cit.*, p. 48.

⁴⁰ N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », <http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou.html>

Au généraliste théoricien, répond une autre figure du généraliste qui se montre moins soucieux de forger un ensemble systématique et cohérent de concepts explicatifs que d'aborder le droit avec l'esprit de finesse d'un juriste homme de lettre. Les auteurs visés, dont J. Rivero ou G. Vedel constituent les modèles, mobilisent dans leurs travaux une culture générale qui dépasse largement le droit sans répondre à des schémas théoriques ou méthodologiques préalablement construits. Les auteurs éclairent le droit, au gré des cas considérés, par l'histoire, la sociologie, la science politique ou la morale. Le généraliste esthète forge ainsi une image originale du juriste publiciste qui allie une maîtrise étendue de la connaissance du droit positif et un goût pour l'image et la métaphore. Le généraliste esthète est *in fine* attentif à la plaisance du style, au bon mot, au bon sens et parfois à l'humour. Les *Cours de droit administratif* de C. Eisenmann ou de la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de R. Carré de Malberg deviennent à leur contact des œuvres sans doute rigoureuses mais arides.

S'agissant par exemple de G. Vedel, qui deviendra académicien, on peut être frappé qu'il fonde, dès l'introduction de son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* en 1949, la distinction entre le droit public et le droit privé davantage sur une impression, une sensation, que sur des critères rationnels et tranchés : « Il suffit d'observer que la distinction du droit public et du droit privé correspond tout simplement à cette idée qu'il existe nécessairement une différence de méthode ou tout au moins de 'climat' entre les branches du droit en se rapportant principalement à l'activité de la puissance publique et celles qui se rapportent aux activités privées des individus »⁴¹. Ou encore, G. Vedel renonce à théoriser les méthodes de conciliation des principes constitutionnels en concluant que l'« on est dans le monde de l'esprit de finesse plus que de l'esprit de géométrie »⁴². L'auteur fait ainsi usage de nombreuses images et métaphores dont certaines sont restées célèbres. Evoquons « le lit de justice », l'absence de « no man's land » constitutionnel ou le spectateur qui regarde passer « les véhicules » du Tour de France (façon d'ailleurs étonnante de désigner des cyclistes) tout comme la doctrine observerait le Conseil constitutionnel⁴³.

Mais au rang des esthètes stylistiques, J. Rivero est sans doute le maître. Qui a oublié les mésaventures du Huron au Conseil d'Etat ou l'apologie des « faiseurs de systèmes » (bien qu'en l'occurrence l'expression lui a été soufflée par le Conseiller d'Etat Chenot) ? Tout juriste sait également qu'une hirondelle n'annonce pas forcément le printemps du contrôle de constitutionnalité.

Il ne s'agit pas de réduire le travail de ces généralistes à un concours de bons mots. Toutefois l'esthétisme du style n'est pas éloigné d'un esthétisme épistémologique. L'effort pour comprendre et faire comprendre le droit s'est bâti en dehors de toute visée de construction d'une théorie générale du droit, comme de tout cadre théorique structuré et uniforme préétabli.

3. Conclusion

⁴¹ G. Vedel, *op. cit.*, p. 4.

⁴² G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, pp. 59 et 60

⁴³ G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *R.D.P.*, 1989, p. 14

La conclusion de cette reconstruction générale des rapports entre les méthodes utilisées par la doctrine administrativiste et la doctrine constitutionnaliste oscille entre simplicité et complexité. Ces deux doctrines, quand elles ne se confondent pas, sont plurielles. La constructions de leurs méthodes propres comme les emprunts faits à d'autres disciplines dépendent des contextes institutionnels, scientifiques et académiques dans lesquels elles se déploient, tout autant que de la conception qu'a chaque juriste singulier de la façon dont il peut exprimer un discours réputé scientifique, crédible ou recevable par ses pairs. A ce jeu de crédibilisation par la copie de l'autre, les constitutionnalistes ont sans doute plus de dettes à l'égard des administrativistes que l'inverse.

