

Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction.

Qu'est-ce que l'« école aixoise »¹ de droit constitutionnel ? L'orientation retenue pour répondre à cette question peut-être synthétisée autour d'une nouvelle interrogation : quels sont les présupposés du discours de l'école aixoise de droit constitutionnel ? La réponse s'organisera autour de deux pôles, dont les liens restent à établir : l'héritage et la profession de foi.

L'héritage, tout d'abord, la recherche du patrimoine juridique en droit constitutionnel, laissé par le Doyen Louis FAVOREU. Ce patrimoine est appréciable tant par l'ampleur et la qualité de ses écrits que par la production scientifique qu'il a encadrée par ses directions de thèses. Sous l'angle de la direction de recherche, comme du travail collectif de recherche, l'école aixoise de droit constitutionnel menée par Louis FAVOREU est une équipe de recherche dont la qualité d'unité mixte de recherche du C.N.R.S. est venue reconnaître la vitalité². L'ensemble des travaux de l'équipe forme un objet permettant d'identifier une école de pensée. La lecture comparée des écrits du Doyen avec ceux de ses collaborateurs et de ses élèves, dont certains sont ensuite devenus ses collaborateurs, permet alors de singulariser les traces de cet héritage. Ce n'est pourtant pas directement à partir de ces écrits que l'héritage sera recherché. Selon l'angle d'approche retenu, ce ne sont pas tant les travaux qui sont décisifs que leurs présupposés théoriques et les méthodes utilisées qui forment le socle de l'école aixoise de droit constitutionnel. La possibilité d'identifier une telle école repose précisément sur l'existence d'une orientation et d'une démarche communes à l'ensemble des travaux de ce groupe. La singularité de l'école aixoise est là. La recherche, non appuyée directement et concrètement sur l'ensemble ou sur une partie des travaux menés dans le cadre de cette école, pourrait apparaître largement intuitive. Les éléments qui seront identifiés ne semblent cependant pas devoir faire l'objet de critique tant ils se révèlent comme des identifiants forts de cette école de pensée : une école positiviste, normativiste, jurisprudentielle et comparatiste.

Surtout, tel est le second axe de réflexion, la subjectivité de l'approche est assumée car au-delà de l'héritage, l'étude entreprise est profession de foi. En effet, pour un membre de l'école aixoise la recherche des présupposés du discours de son école de pensée revient à établir les présupposés de son propre discours. La réflexion emprunte ainsi à la recherche d'un patrimoine commun, tout en posant les bases personnelles sur lesquelles s'appuie le discours. Cette entreprise a quelque

¹ La qualification d'« école aixoise » entend désigner, par un qualificatif géographique, l'école de droit constitutionnel qui s'est développée à Aix-en-Provence autour du Doyen Louis FAVOREU. Une telle qualification provient non seulement de l'intérieur même de cette école, qui se désigne de cette manière, mais également de l'extérieur, voir par exemple : G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, pp. 10-11 (« L'école d'Aix-en-Provence »).

² Le Groupe d'Etude et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle, Centre Louis FAVOREU, est une Unité Mixte de Recherche du C.N.R.S. (UMR 6201).

chose d'ambigu dans la mesure où la lecture proposée de l'école aixoise n'est peut-être parfois que le reflet de la méthode propre de celui qui entend la rechercher. Appréhender l'école aixoise relève de la mise en lumière d'un héritage, mais aussi d'une profession de foi de son auteur pour une certaine approche du droit constitutionnel. Certains se souviendront de la table ronde aixoise qui s'était tenue à Aix-en-Provence en 2004, au cours de laquelle Otto PFERSMANN, théoricien de l'école aixoise³, avait invité l'ensemble de la doctrine constitutionnelle à clairement situer son discours. Acte en a été pris avec cette étude. De même que le cours d'introduction au droit est une introduction à tous les droits, située avant leurs introductions propres, l'étude des présupposés du discours et des méthodes est un préalable nécessaire à la lecture de ce discours. Difficulté de l'exercice, modestie dans sa réalisation, il n'y a aucune prétention à formuler « L' »orientation de l'école aixoise. Il s'agit de proposer « une » lecture possible de cette école à la fois interne, par un produit de l'école aixoise, et externe, par un « expatrié », le recul permettant parfois plus d'objectivité. Le recul permettant surtout de se confronter – parfois aussi de s'affronter - avec d'autres écoles, de constater que l'école aixoise n'est pas d'un point de vue quantitatif dominante⁴, qu'elle est critiquée. L'expatriation conduit à une certitude : elle est identifiable, identifié et critiquée.

Le seul fait de poser la question de l'existence de présupposés au discours n'est pas tout à fait évident alors que la neutralité du discours juridique est présentée comme constituant sa qualité première. A quelle neutralité le discours juridique peut-il prétendre si, en définitive, il repose sur des présupposés et donc sur des choix ? Il est ici question du méta-discours, préfixe utilisé avec d'autant plus de liberté qu'il l'est par un « non-théoricien » du droit⁵. Tout discours juridique, quel qu'il soit, n'est jamais neutre, il repose sur des présupposés qui en déterminent l'orientation générale. Un discours juridique qui se prétendrait neutre vis-à-vis de son objet n'est pas neutre quant au choix même de la neutralité comme qualité du discours. Dans cet exemple, le présupposé, le méta-discours, repose sur la conviction que la neutralité du discours garantit le caractère scientifique de la recherche. Seule la connaissance du méta-discours permet d'appréhender de manière juste le discours. A cet égard, les querelles de discours sont souvent des querelles de méta-discours⁶. Trois niveaux sont ainsi identifiables : l'objet, le discours sur

³ C'est en effet lui qui a rédigé les parties théoriques des manuels aixois : L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 8^{ème} édition, 2005, 941 p. et L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, 3^{ème} édition, 2005, 576 p.

⁴ *Contra*, considérant de manière critique que l'école normativiste du droit constitutionnel, dans laquelle est rangée l'école aixoise est dominante : O. BEAUD, « Constitution et Droit constitutionnel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-P.U.F., 2003, p. 258 et s.

⁵ Notion également connue sous le terme de « garagiste » du droit.

⁶ La querelle entre l'école réaliste française et l'école normativiste française moderne semble se cristalliser autour du niveau du discours : factuel pour les premiers, normatifs pour les seconds. Pour ne mentionner que les échanges les plus connues entre ces deux écoles, voir : D. de BECHILLON, « Réflexions critiques », *R.R.J.-D.P.*, 1994, p. 247-266 ; M. TROPER, « Réplique à Denys de BECHILLON », *R.R.J.-D.P.*, 1994, p. 268 ; O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, n° 50, 2002, pp. 280-334 ; M. TROPER, « Réplique à Otto PFERSMANN », *R.F.D.C.*, n° 50, 2002, pp. 335-353.

Alors que la théorie réaliste est une théorie factuelle, elle entend, surtout pour le réalisme américain, identifier son objet à partir de ce qui est ; la théorie normativiste identifie son objet à partir de ce qui doit être. La seconde retient pour

l'objet et le méta-discours. Alors que le discours sur l'objet, mais on anticipe déjà sur l'orientation normativiste, vise à décrire l'objet, le méta-discours est prescriptif vis-à-vis du discours, c'est lui qui commande l'orientation générale du discours. La théorie du droit est à la fois un méta-discours lorsqu'elle a pour objet le discours de la science juridique, elle est alors prescriptive vis-à-vis de ce dernier, et un discours sur le droit, elle vise alors à en identifier son objet à partir d'une lecture descriptive.

Du côté de l'école aixoise, le volet théorique de l'identification du « droit constitutionnel » a fait l'objet de remarquables développements notamment dans les manuels aixois⁷. De toute évidence, ces travaux théoriques ne constituent pas l'objet de cette étude. En revanche, il convient d'identifier les choix qui en sont à l'origine et, plus largement, les choix sur lesquels repose le discours aixois sur le droit constitutionnel. Deux éléments sont essentiels et permettent de singulariser ce discours : une orientation théorique et un choix méthodologique. Du côté du premier, dans *l'appréhension de l'objet* d'étude, l'école aixoise fait le choix d'un positivisme normativiste jurisprudentiel (§ I). Cette orientation théorique s'accompagne du choix méthodologique d'une utilisation du droit comparé. On assiste ainsi à la multiplication des objets étudiés, des droits constitutionnels envisagés, laquelle soulève une interrogation sur le principe et la méthode comparatistes (§ II).

I – L'appréhension de l'objet : le choix d'un positivisme normativiste jurisprudentiel

De ces trois éléments qui permettent de qualifier le discours aixois sur le droit constitutionnel, il en est de plus spécifiques et originaux que d'autres. L'inscription dans la pensée d'Hans Kelsen (A) est complétée par des choix concernant l'interprétation. Dans une certaine mesure, l'école aixoise prolonge la pensée du premier là où il l'a laissée dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* sur la question de l'interprétation⁸. Alors que Kelsen refuse de choisir, l'école aixoise pose le choix du recours à la jurisprudence comme élément décisif pour établir la signification des énoncés constitutionnels (B).

valable la loi de Hume selon laquelle aucune conclusion prescriptive ne peut être dégagée à partir de prémisses purement descriptives ; la première entend précisément réaliser l'inverse à savoir identifier son objet, le droit, à partir d'éléments factuels.

Cette différence des présupposés du discours, recherche de l'objet « droit » à partir de ce qui est ou à partir de ce qui doit être, conduit de manière inévitable à une identification de l'objet différente.

⁷ Voir *supra*.

⁸ Parce qu'il n'existe pas de « vraie signification » d'un énoncé, H. Kelsen exclut que le discours scientifique choisisse entre différentes méthodes d'interprétation et se prononce en faveur d'une signification parmi les différentes significations possibles (*Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, 1962, Traduit par Charles EISENMANN, Bruylant LGDJ, La pensée juridique, 1999, respectivement pp. 338-340 et pp. 341-342).

A – L'héritage autrichien, un positivisme normativiste

Hans Kelsen, Charles Einsmann, plus récemment Otto Pfersmann, la lignée des orientations théoriques de l'école aixoise est claire : elle est positiviste et normativiste.

Le choix d'une approche positiviste du droit constitutionnel n'est pas anodin, en particulier au moment où l'étude du droit constitutionnel en France était dominée par une approche de science politique. Le choix du positivisme, comme marquant un « mode d'approche de l'étude du droit », selon la formule de Norberto Bobbio⁹, est en quelque sorte la reprise du postulat de la « pureté » de la science juridique posée par Hans Kelsen. Il s'agit de la « débarrasser (...) de tous les éléments qui lui sont étrangers » comme la « psychologie, sociologie, éthique et théorie politique ». La théorie « pure » défendue par Kelsen n'entend pas nier la possibilité, ni même la nécessité, d'appréhender le droit selon ces différentes disciplines, mais simplement de « délimiter nettement la connaissance du droit de ces autres disciplines »¹⁰. Sous cet angle, la démarche de l'école aixoise est importante car elle participe d'un mouvement d'auto-justification du caractère juridique du droit constitutionnel. Le choix consistant à tenir un discours juridique sur l'objet « droit constitutionnel » emporte des conséquences sur la nature de cet objet. Un discours juridique ne peut être tenu que sur un objet juridique. Selon le même schéma, mais qui aboutit à un autre résultat, l'appréhension du droit constitutionnel par la science politique tend à rejaillir sur la nature de l'objet, qui apparaît alors comme extra-juridique. La revendication comme la prétention au caractère juridique de la matière constitutionnelle sont des éléments décisifs dans l'approche du discours de l'école aixoise. Elles en sont à l'origine et les traces en sont encore visibles aujourd'hui.

La juridicisation de la matière passe par le choix de l'étude du droit constitutionnel tel qu'il existe dans les textes constitutionnels positifs. Le clivage entre le droit et la pratique du droit, entre le « devoir être » et l'« être », singularise le discours positiviste et surtout le discours normativiste. La précision de l'angle de vue retenu, comme celle des niveaux de langage, est alors une exigence méthodologique impliquée par le choix du positivisme. L'école aixoise procède à une lecture souple de l'exigence méthodologique originelle posée par Kelsen. Selon cette lecture, il n'appartient pas tant au juriste de s'inscrire dans un discours exclusivement juridique que de préciser, lorsqu'il en utilise d'autres, sous quel angle se situe son discours. En effet, « si ce n'est pas une mission authentique du juriste que de découvrir la portée concrète des textes de normes en vigueur lors du processus matériel de mise en œuvre du droit en la tirant de ces domaines qu'abstraitement l'usage catalogue en « politique », « histoire », « réalité sociale », s'il ne s'agit pas là d'un travail authentiquement juridique, alors ce n'est la tâche de personne »¹¹. Le discours du

⁹ N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Traduit par M. Gueret avec la collaboration de C. Agostini, Préface de R. Guastini, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 24.

¹⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 9.

¹¹ F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, Traduit de l'allemand par O. Jouanjan, P.U.F., Léviathan, 1996, p. 102.

positiviste doit conduire non seulement à déterminer le champ des possibles du devoir être, mais aussi à l'éclairer notamment par ce qu'il est dans la pratique, pourvu que le discours soit situé dans l'un et l'autre cas. La faiblesse du Doyen FAVOREU pour les statistiques, bien connue de ses doctorants, marque cette orientation de l'éclairage du droit par sa pratique, sans confusion aucune entre ce qui « doit être » et ce qui « est », ce qui relève du *sein* et du *sollen*.

Le choix du positivisme ne suffit pas à situer le discours, puisqu'il existe plusieurs positivismes. Il faut entendre ici le terme comme une théorie du droit selon la distinction des significations du terme de positivisme établie par BOBBIO¹². En tant que théorie du droit, le positivisme emprunte plusieurs déclinaisons selon le fondement que l'on reconnaît au droit. Carl SCHMITT a développé une distinction ternaire des positivismes : normativisme, décisionnisme, institutionnalisme¹³. A cette distinction ternaire, il convient d'ajouter un quatrième élément : le positivisme sociologique. La distinction de Carl SCHMITT pourrait être contestée, par delà l'idéologie positiviste¹⁴ de son auteur pour le moins problématique, parce qu'elle peut être ramenée non pas à trois ou quatre éléments mais à deux : les positivismes qui fondent la règle juridique sur un fait, un élément factuel (décisionnisme, institutionnalisme et courant sociologique) et celui qui la fonde sur un « devoir être » (normativisme). De plus, pourrait être discuté l'isolement d'un positivisme sociologique alors que l'institutionnalisme, dans sa version originelle française au moins, voire le décisionnisme, adoptent une démarche proche de la sociologie. Contestable dans les termes exposés, la distinction n'en permet pas moins de différencier des courants de pensée, des méta-discours différents, qui font que le positivisme est susceptible d'emprunter plusieurs voies en tant que discours sur le droit. L'exposé des positivismes auxquels ne se rattache pas l'école aixoise permettra de mieux éclairer celui auquel elle adhère.

Le décisionnisme, tel qu'il est identifié par Carl SCHMITT, tend à rechercher le fondement du droit dans la volonté du souverain. Seule la volonté du souverain suffit pour conférer de l'autorité à son pouvoir. Ainsi, « l'autorité ou la souveraineté d'une *décision* ultime, donnée avec le commandement, (...) constitue la source de tout « droit », c'est-à-dire de toutes les normes et de tous les ordres qui en découlent »¹⁵. Cette décision ultime est source et fondement de validité du droit. En effet, « la décision souveraine ne s'explique juridiquement ni par une norme, ni par un ordre concret ; elle ne s'insère pas non plus dans le cas d'un ordre concret parce que, pour le décisionnisme, c'est la décision qui fonde la norme et l'ordre »¹⁶.

¹² C'est-à-dire comme « un ensemble d'assertions liées entre elles, avec lesquelles un certain groupe de phénomènes est décrit, interprété, porté à un niveau plus élevé de généralisation, unifié ensuite en un système cohérent » : N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 24.

¹³ C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, 1934, Traduction de M. KÖLLER, P.U.F., 1995, p. 67 et s.

¹⁴ Le positivisme en tant qu'idéologie est le troisième sens identifié par N. BOBBIO à ce terme (*Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 24).

¹⁵ C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁶ *Loc. cit.*, p. 83.

L'institutionnalisme a été défendu en France par Maurice HAURIUO ou en Italie par SANTI ROMANO¹⁷, même s'il est plus juste de parler d'« institutionnalismes ». Le fondement du droit est à rechercher dans l'institution, dont la dynamique repose pour HAURIUO sur « l'idée d'œuvre à réaliser ». D'un point de vue ontologique, l'institutionnalisme soutient que : « ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions »¹⁸. Une variante plus récente de l'institutionnalisme doit être mentionnée, elle est défendue par Neil MACCORMICK et Ota WEINBERGER. Elle s'éloigne de la précédente sur au moins un point essentiel : ce n'est pas l'institution qui fait le droit, l'institution ne préexiste pas au droit, c'est le droit qui fonde l'institution. Ce courant tend ainsi à combiner les apports du normativisme ainsi que les critiques qui lui ont été adressées¹⁹, il se qualifie ainsi parfois d'« institutionnalisme normativiste »²⁰. A moins d'ironiser sur un « néo-institutionnalisme juridictionnel » de l'école aixoise, reposant sur le juge constitutionnel, elle ne se réclame pas à l'évidence de ce courant.

Le positivisme sociologique français en troisième lieu, défendu en France par Léon DUGUIT et George SCELLE, entend rechercher le fondement de la règle de droit dans la réalité sociale. DUGUIT défend le principe du « fondement social de la règle de droit, du droit objectif ». Ainsi, « la règle juridique (...) repose sur le fondement de la structure sociale, la nécessité de maintenir cohérent entre eux les différents éléments sociaux par l'accomplissement de la fonction sociale qui incombe à chaque individu, à chaque groupe »²¹. Dans le même sens, George SCELLE définit le droit comme un « impératif social traduisant une nécessité née de la solidarité naturelle »²².

Le normativisme enfin, retenu par l'école d'Aix, est la seule construction proprement normative qui tend à justifier le droit selon une logique d'auto-référentialité : le fondement du droit est le droit ou, plus justement, le fondement d'une norme est une autre norme. Une telle construction, auto-justificative, permet de ne situer le discours que sous l'angle prescriptif en écartant, au moins dans un premier temps, tout élément factuel. L'objet de l'étude est alors la norme juridique²³. Le seul élément factuel dans la construction normativiste est la conséquence d'une exigence méthodologique inhérente à la logique d'auto-référentialité. L'auto-référentialité conduit, lorsque

¹⁷ Voir pour la lecture par cet auteur de la théorie institutionnelle d'HAURIUO, et l'exposé de sa conception propre de l'institution : SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, Traduction française de la 2^{ème} édition de l'« *Ordinamento giuridico* » (1946) par L. FRANCOIS et P. GOTHOT, Dalloz, 1975, respectivement p. 21 et s. et p. 25 et s.

¹⁸ M. HAURIUO, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bibliothèque de philosophie politique et juridique Centre de Philosophie politique et juridique, URA-CNRS, 1986, respectivement pp. 97-98 et p. 128.

¹⁹ Voir en ce sens : N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Traduction O. NERHOT et P. COPPENS, L.G.D.J., La pensée juridique moderne, 1992, p. 7 et s.

²⁰ O. WEINBERGER, « Les théories institutionnalistes du droit », in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, sous la direction de P. AMSELEK et C. GRZEGORCZYK, P.U.F., 1989, p. 77.

²¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, 1. La Règle de droit, le problème de l'Etat*, 3^{ème} édition, 1927, E. Boccard, p. 18.

²² G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique I (1932) et II (1934)*, Editions du C.N.R.S., 1984, p. 3.

²³ Telle qu'elle est définie dans le manuel aixois de *Droit constitutionnel* (*op. cit.*, p. 55 et s.) comme étant : la signification d'un énoncé prescriptif ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement, qui doit être contenue dans un acte qualifié de norme par une autre norme et, pour qu'il s'agisse d'une norme juridique, qui doit faire partie d'un ordre juridique globalement efficace et sanctionné.

L'on recherche le fondement d'une norme, à ce que l'on trouve une autre norme, la question du fondement de cette dernière se posant de nouveau et ainsi de suite. Elle implique une recherche ascendante des fondements de validité normatifs. Or, parce qu'il n'est pas possible de procéder à une recherche infinie des fondements de validité et parce que toute entreprise en ce sens serait vaine, il convient de supposer une norme suprême, fondamentale, sur laquelle repose en dernière analyse le fondement de la validité de l'ensemble des normes du système. La supposition d'une norme fondamentale, d'un devoir être suprême est un fait, une exigence méthodologique. L'auto-référentialité, en dehors de la norme supposée, permet d'enfermer et de maintenir l'objet d'étude dans le devoir être et, en conséquence, dans une version rigoureuse, d'écarter les éléments factuels du champ d'analyse. L'appréhension de l'objet ne porte alors que sur des « devoir être ». L'objectivité du discours en découle de manière naturelle. En excluant de l'objet d'étude les éléments factuels susceptibles d'appréciations subjectives, le discours sur l'objet en reçoit les mêmes qualités ou, du moins, doit-il prétendre à la même qualité d'objectivité. Pour l'école aixoise, si l'orientation normativisme est incontestable, le fondement de la norme est à rechercher dans une autre norme et l'objet de l'étude est la norme juridique, elle en retient une lecture souple. Tout en ayant en premier lieu un discours sur le « devoir être », l'école aixoise n'exclut pas ensuite de son domaine d'analyse des éléments factuels. La prise en compte de tels éléments est d'autant moins problématique qu'ils sont considérés en tant que tels, c'est-à-dire comme relevant de l'« être » et non du « devoir être ».

Le passage d'exigences rigides à des exigences souples, ou la lecture souple d'exigences rigides opérée par l'école aixoise, quant à l'objet d'étude et aux angles de vue retenus pourrait être rattaché à la distinction connue entre la science du droit et la dogmatique juridique ou, plus exactement, entre la théorie du droit et la dogmatique juridique. La dogmatique juridique « consiste dans l'interprétation et la systématisation des normes juridiques valides »²⁴. Si théorie du droit et dogmatique juridique sont des discours sur le droit, ils n'ont pas les mêmes prétentions. La théorie entend identifier son objet, le droit, la dogmatique établir la signification des énoncés que l'on trouve dans cet objet. Si la théorie doit être pure, cette pureté ne peut être qu'assouplie avec la dogmatique juridique. En ce sens, l'école aixoise est une dogmatique juridique qui repose sur une approche théorique positiviste et normativiste.

Dernière qualité du normativisme, qui semble lui être propre et non partagée avec les autres positivismes, la qualité du discours juridique : le discours du juriste se doit d'être neutre. La théorie du droit de KELSEN « entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique »²⁵. Ce présupposé est prescriptif vis-à-vis du discours juridique, qui doit être scientifique et non politique. Ce qui implique que le discours sur le droit soit descriptif et non prescriptif. Il doit établir les différents possibles, les différents « devoir être » identifiables à partir

²⁴ M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in *Théorie du droit et science*, sous la direction de P. AMSELEK, PUF, Leviathan, 1994, p. 315.

²⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 9.

d'un énoncé prescriptif, sans imposer le choix d'un possible par rapport à un autre. Une fois encore la neutralité peut faire l'objet de lectures plus ou moins fortes. Dans une version rigide, ascétique, la neutralité devrait être totale, aucune préférence ne devant être manifestée par le juriste. Dans une version souple, suivie par l'école aixoise, si aucune préférence ne doit être imposée, certaines peuvent être proposées. Le caractère scientifique et neutre du discours du juriste impose alors dans cette dernière hypothèse que l'évaluation des possibles, qui peut conduire à préconiser et non à imposer un choix, se fasse de manière objective et technique. La question de la neutralité du discours du juriste se prolonge lorsqu'il s'agit d'aborder la question de l'interprétation. Sur ce point, « l' »école aixoise s'écarte de la pensée du maître autrichien en faisant le choix d'utiliser de manière première et prioritaire la jurisprudence constitutionnelle pour interpréter les énoncés constitutionnels.

B – Le choix d'une interprétation, une école jurisprudentielle

L'ambition kelsenienne d'une neutralité du discours sur le droit n'est pas sans soulever des difficultés dès lors qu'il s'agit d'aborder la question de l'interprétation. Identifiant les différentes options s'offrant à l'interprète, Kelsen, prisonnier de son postulat premier de neutralité, refuse de choisir entre telle ou telle autre interprétation²⁶. Une telle neutralité et l'objectivité qui en découle obligent le juriste à poser toutes les significations possibles d'un énoncé à partir de chacune des méthodes d'interprétation envisageables. Si l'objectivité doit être de mise, ce n'est assurément pas par le respect de cette exigence que l'école aixoise, comme beaucoup d'autres d'ailleurs, peut être identifiée. En pratique, de manière plus ou moins explicite et consciente, tout juriste opère des choix en faveur de telle interprétation d'un énoncé plutôt que telle autre. Dans cette perspective, alors que l'objectivité totale se révèle être une gageure, peut-être vaut-il mieux l'obtenir de manière indirecte, en précisant le choix de l'interprétation retenue. Certes, ce choix est subjectif. Néanmoins, le seul fait d'indiquer qu'il s'agit d'un choix et de préciser quelles vont en être les conséquences sur l'interprétation introduit une objectivité indirecte et de second degré. L'« objectivité » repose alors sur l'énoncé des critères de la subjectivité.

Le choix de l'école aixoise pour interpréter les normes juridiques, l'herméneutique aixoise²⁷, consiste à se tourner vers l'interprétation donnée par le juge constitutionnel. L'arrière-plan de ce choix provient de la volonté de banalisation du droit constitutionnel vis-à-vis des autres branches du droit. Le droit constitutionnel est du droit : preuve en est, il a son juge. Aussi convient-il de se tourner vers celui-ci, comme c'est le cas en droit civil ou en droit administratif, pour établir la signification des énoncés constitutionnels. Cette démarche s'explique car c'est précisément parce

²⁶ Pour une approche critique : O. JOUANJAN en préface à F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 7 et s.

²⁷ Retenons-en la définition de Paul RICCEUR : l'herméneutique désigne la « théorie des opérations de compréhension dans leur rapport avec l'interprétation des textes, le mot herméneutique ne signifiant pas autre chose que l'exercice méthodique de l'interprétation. Par méthodique j'entends ceci : si l'on appelle exégèse l'ensemble des procédés appliqués directement à des textes singuliers, l'herméneutique est une discipline de second degré appliquée aux règles générales de l'exégèse » (« L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », in *Théorie du droit et science*, op. cit., p. 15).

qu'il n'existait pas de juge constitutionnel, et donc de sanction du principe de constitutionnalité, que l'analyse du droit constitutionnel est longtemps demeurée dans le champ d'analyse exclusif de la science politique. La revendication à une autonomie de l'approche juridique du droit constitutionnel passe par la valorisation de son juge qui lui a conféré ses galons de discipline juridique.

Le recours à l'interprétation du juge constitutionnel ne peut faire l'économie d'une analyse du statut de l'interprétation du juge. La justification de ce choix en sera plus nette. Reconnaître à l'interprétation du juge constitutionnel une place privilégiée ne conduit pas, comme c'est le cas selon une approche réaliste, à identifier la jurisprudence comme posant les normes juridiques. L'école aixoise n'est pas réaliste, elle est normativiste. La jurisprudence constitutionnelle n'est pas l'objet d'étude de l'école aixoise, elle est l'élément premier retenu dans l'interprétation de l'objet d'étude constitué par les normes juridiques constitutionnelles. La seule norme posée par une décision du juge constitutionnel est la norme individuelle et concrète contenue dans le dispositif de la décision. Les motifs de la décision ne sont que doctrine juridique, argumentation juridique, ne contenant aucune norme juridique. L'article 5 du Code civil, selon une perspective normativiste, disqualifie d'ailleurs toute attribution de la qualité de norme aux motifs d'une décision juridictionnelle.

En ces termes, pourquoi alors conférer une place privilégiée à l'interprétation jurisprudentielle lorsqu'il s'agit d'établir la signification des énoncés prescriptifs ? D'abord parce que la doctrine du juge est une doctrine « authentique »²⁸, selon le sens retenu par KELSEN de cette dernière expression, c'est-à-dire une interprétation réalisée par un organe d'application du droit²⁹. Le terme « authentique » étant quelque peu ambigu pour déterminer le statut de l'interprétation, l'expression de « concrétisation organique »³⁰ pourra être préférée. Celle-ci inscrit le juge dans le processus de concrétisation de l'ordre juridique. Elle retrace le processus que réalise le juge, formalisé dans les motifs de sa décision, qui consiste à appliquer une norme générale et abstraite à un cas particulier pour établir une norme individuelle et concrète. La concrétisation de l'ordre juridique est organique lorsqu'elle est réalisée par un organe compétent pour appliquer le droit, doctrinale dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsqu'elle est réalisée notamment par la doctrine des professeurs de droit. Le choix de retenir l'interprétation authentique ou concrétisation organique se justifie ensuite dans la perspective d'une prévisibilité du droit. L'interprétation retenue par le juge d'un énoncé général et abstrait n'est pas une norme, mais elle aboutit à poser une norme. Si

²⁸ L'école aixoise, ou pour le moins le Doyen FAVOREU (voir en particulier : « Principes généraux du droit et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *R.F.D.A.*, 1996, pp. 882-885), s'éloigne de la perspective normativiste en reconnaissant comme seul interprète authentique de la Constitution le juge constitutionnel et non les juges de droit commun. Or, il est difficile d'identifier une norme dans l'ordre juridique français qui réserve l'interprétation de la Constitution au Conseil constitutionnel. Seul l'exercice du contrôle de constitutionnalité apparaît comme lui étant réservé et non l'interprétation du texte constitutionnel. L'interprétation authentique de ce texte, conformément à une approche normativiste et en l'absence de norme positive contraire, peut être réalisée par n'importe quel organe compétent pour appliquer le droit et donc par les juges de droit commun.

²⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, *op. cit.*, p. 341.

³⁰ O. PFERSMANN in *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, § 123.

dans le processus de concrétisation le juge ne crée pas de normes générales et abstraites, le résultat du processus conduit à la création d'une norme individuelle et concrète. L'utilisation de la signification d'un énoncé établie par l'interprète authentique semble le moyen le plus idoine permettant de résoudre, pour l'interprète non authentique, d'autres cas particuliers similaires. Sans établir de norme générale et abstraite, la jurisprudence occupe une place de choix afin d'établir la signification des énoncés prescriptifs.

L'utilisation de l'interprétation du juge constitutionnel ne suffit pas à épuiser la question des choix d'interprétation. Il ne s'agit en réalité que de signifier la référence prioritaire utilisée pour établir la signification d'un texte et non la méthode d'interprétation retenue. La référence à la jurisprudence constitutionnelle ne fait que déplacer la question de l'interprétation. Elle ne porte plus alors sur la signification de l'énoncé constitutionnel mais sur la signification de l'énoncé du juge établissant la signification de l'énoncé constitutionnel. La question des méthodes d'interprétation, c'est-à-dire « les principes de méthode générale d'interprétation ou les classes d'argument spécifiques à l'interprétation »³¹, demeure non résolue.

En se risquant à une hiérarchisation des méthodes d'interprétation, ce qui relève plus de la profession de foi que de l'héritage, il conviendra dans un premier temps de déterminer les méthodes d'interprétation considérées comme pertinentes. L'interprétation *sémiotique* et l'interprétation *génétique*³² semblent devoir être les deux méthodes d'interprétation à retenir afin de parvenir à une interprétation restrictive des énoncés. Sans doute quitte-t-on la théorie juridique pour établir une théorie politique, mais il apparaît difficile de procéder à une interprétation sans avoir au préalable établi ses propres critères d'interprétation et les avoir hiérarchisés. Pour ce qui touche au choix, les deux méthodes énoncées sont retenues en raison du résultat qu'elles permettent d'obtenir. Leur utilisation aboutit à une interprétation plus restrictive des énoncés, par rapport aux interprétations *fonctionnelle* et *systémique*. Le choix de méthodes restrictives repose sur l'adhésion au principe politique de séparation des pouvoirs, sans lequel il n'est « *point de Constitution* ». Au pouvoir législatif de poser les normes générales et abstraites, au juge et aux organes de mise en œuvre de les appliquer. L'application du droit n'est pas, selon le principe de séparation des pouvoirs, création de droit. Le pouvoir discrétionnaire de l'interprète est d'autant plus limité que les méthodes d'interprétation garantissent une interprétation restrictive.

Les interprétations sémiotique et génétique doivent donc être préférées aux interprétations fonctionnelle et systémique. Entre ces deux interprétations, primauté sera donnée à

³¹ M. TROPER, « Interprétation », *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 844.

³² Est ainsi reprise la différenciation des méthodes d'interprétation telle qu'elle a été formalisée par M. TROPER : sémiotique, génétique, systémique et fonctionnelle. L'interprétation *sémiotique* « se fonde sur le langage. Les mots reçoivent le sens qu'ils ont habituellement dans la langue et les expressions celui qui résulte des règles de la grammaire ». L'interprétation *génétique* repose « sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur d'un texte » que l'on peut rechercher dans les travaux préparatoires. L'interprétation *systémique* « vise à éclairer un fragment du texte par un autre », voire par un autre texte. L'interprétation *fonctionnelle* « vise enfin à donner au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui attribue » (« Interprétation », *précit.*, p. 844).

L'interprétation sémiotique sur l'interprétation génétique. Parce que la science juridique est une discipline du langage, c'est à partir de celui-ci en priorité que doit être établie la signification des énoncés prescriptifs. Les mots doivent en conséquence recevoir le sens qu'ils ont habituellement dans le langage juridique, qui est un langage technique, et les expressions doivent être entendues en fonction des règles de grammaire. L'interprétation est une question de sens, de maîtrise du vocabulaire dont on peut raisonnablement supposer qu'elle existe pour les organes producteurs de norme. L'interprétation sémiotique ne permet pas, par exemple, d'interpréter la formule « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglemente » comme signifiant « le droit de grève peut s'exercer dans le cadre de l'exercice du pouvoir réglementaire dont dispose tout chef de service ». Si les mots ont un sens, dans le langage juridique, ils doivent être entendus dans ce sens sous peine de priver de portée toute organisation normative.

L'interprétation génétique s'avère être un complément utile à l'interprétation sémiotique par les instruments qu'elle offre à l'interprète. Le recours à l'interprétation sémiotique n'écarte en aucune façon la possibilité de parvenir à plusieurs significations du même énoncé, conformément à la thèse de la « texture ouverte » des énoncés. Afin de pouvoir éventuellement retenir une interprétation satisfaisante, il convient de se tourner vers les travaux préparatoires, dans un sens large, pour rechercher la signification que l'organe producteur a entendu conférer à l'énoncé qu'il a posé. Le principe politique de séparation des pouvoirs vient une nouvelle fois au soutien de ce choix afin de retenir la signification de l'énoncé telle qu'elle a été voulue par l'organe producteur. Une telle méthode n'est toutefois que complémentaire. En effet, il existe souvent des difficultés à identifier la volonté de l'auteur de la norme, alors qu'il est toujours possible de poser différentes significations d'un énoncé à partir de la méthode sémiotique.

Ces choix d'une méthode d'interprétation conduisent à relativiser grandement la place accordée à la jurisprudence du juge constitutionnel dans l'interprétation. Comment en effet porter un regard critique sur la jurisprudence constitutionnelle sans qu'il existe une appréciation autonome des énoncés constitutionnels, distincte de celle opérée par cette jurisprudence ? Toute approche critique de la jurisprudence, implique la présence d'un terme de comparaison, et donc d'une interprétation propre de l'énoncé, réalisée à partir de critères préétablis. C'est en ces termes qu'il convient d'apprécier la recours à la jurisprudence par l'école aixoise. Elle est un objet étudié en tant qu'élément de signification des énoncés constitutionnels mais qui est apprécié de manière comparée, avec la signification des énoncés constitutionnels tels qu'ils peuvent apparaître selon une méthode sémiotique et génétique.

L'entreprise de systématisation des choix de critère d'interprétation assure la lisibilité et la compréhension des interprétations retenues. A moins de refuser de trancher entre les différentes interprétations et les différentes méthodes d'interprétation, poser ses critères de choix constitue une exigence méthodologique fondamentale à toute entreprise scientifique. Alors que cette recherche consiste précisément à identifier les choix qui singularisent l'école aixoise, poser les choix d'interprétation retenus semble devoir s'imposer. La lisibilité de l'école aixoise est de

manière certaine là, dans ses choix en faveur d'une approche des énoncés constitutionnels tant dans la signification qui leur est donnée par la jurisprudence que, de manière autonome, avec une interprétation sémiotique et génétique des énoncés constitutionnels en eux-mêmes.

La détermination de l'objet étudié permet d'assurer autant la juridicité du droit constitutionnel que sa banalisation par rapport aux autres branches du droit, chacun de ces mouvements nourrissant l'autre. Selon une démarche en partie similaire, l'école aixoise ne s'intéresse pas au seul droit constitutionnel positif français mais a multiplié les droits constitutionnels étudiés.

II – La multiplication des objets : principe et méthode comparatiste

Des deux types de production « comparatiste » les plus visibles de l'école aixoise, seul l'un d'entre eux s'inscrit véritablement dans une perspective de droit comparé. *L'Annuaire International de Justice Constitutionnelle* est avant tout un instrument de droit étranger. Il permet de porter à la connaissance de la doctrine française soit la jurisprudence constitutionnelle rendue chaque année dans tel ou tel Etat, soit de faire le point sur une question déterminée dans différents Etats. Certes, il contient parfois des études comparatistes, comme les cours internationaux ou certaines études qui y sont publiés ; mais *l'Annuaire* reste d'abord un outil d'information sur les droits étrangers. Il est un instrument utile pour le comparatiste dans la première étape de sa recherche, qui passe par la connaissance des systèmes étudiés. Le travail comparatiste proprement dit a été le fruit des recherches des membres du groupe dans les différentes publications et productions scientifiques ayant cet objet. C'est de leur côté que doivent être recherchés tant les raisons du recours au droit comparé (A), que les principes de la méthode comparatiste (B).

A – Justification(s) du recours au droit comparé

L'école aixoise s'est d'abord singularisée par son intérêt pour les droits étrangers avant de s'engager dans une véritable recherche comparatiste, la première démarche étant un préalable nécessaire à la seconde. Qu'est-ce qui justifie un tel intérêt pour les droits étrangers et pour leur étude sous un angle comparatiste ?

D'abord, sans que cela ne soit contradictoire avec l'approche moderne de l'école aixoise, parce que le droit constitutionnel classique s'est toujours intéressé au droit étranger. L'étude du régime français est systématiquement précédée de l'étude des régimes étrangers, l'étude de la V^{ème} République a pour préalable « nécessaire » l'étude du régime parlementaire britannique et du régime présidentiel américain. Ainsi, « en France, il semblerait que l'on ne puisse parler de Constitution du 4 octobre 1958 sans expliquer préalablement par le menu détail le

parlementarisme de Westminster ou le régime présidentiel américain »³³. L'école aixoise étend le champ classique d'étude en développant cette approche, c'est là sa modernité, par l'étude approfondie des juridictions constitutionnelles et de leur jurisprudence. Chaque branche du droit constitutionnel « moderne », c'est-à-dire les trois objets qui lui sont reconnus, *institutionnel*, *normatif* et *substantiel*³⁴, est éclairée par les exemples étrangers. Cet éclairage, conformément à l'approche jurisprudentielle, n'est pas exclusivement textuel. Il ne consiste pas seulement à évoquer les dispositions textuelles mais à les compléter par leur signification jurisprudentielle. Une nouvelle fois, cette approche ne change rien au fait qu'il existe différentes interprétations de l'énoncé, mais elle permet d'avoir une idée de l'application de ces énoncés à partir du droit positif constitutionnel jurisprudentiel. L'interprétation jurisprudentielle est un élément d'établissement du droit positif constitutionnel même si la jurisprudence ne pose pas de norme générale et abstraite. Entre une analyse du fédéralisme américain réalisée à partir du seul texte de la Constitution du 17 septembre 1787 et une analyse conduite à partir de la jurisprudence de la Cour suprême, il est indubitable que les résultats respectifs auxquels elles parviendront seront radicalement différents. Pensons également, malgré les derniers développements jurisprudentiels sur cette question³⁵, à la répartition de la loi et du règlement en France sous la V^{ème} République. Par l'intégration de l'interprétation jurisprudentielle, l'analyse des régimes étrangers est affinée et parfois même renouvelée. Le droit constitutionnel devient un objet d'étude vivant qui n'est plus figé dans une lecture statique et immuable des textes constitutionnels. L'école aixoise a ainsi contribué à un renouvellement du droit constitutionnel étranger en donnant une meilleure appréhension des objets étudiés grâce à l'intégration de la jurisprudence constitutionnelle.

Ensuite, sans qu'il s'agisse d'une démarche véritablement planifiée, l'approche comparatiste et surtout de droit étranger est utilisée de manière générale comme élément de justification de la démarche entreprise au niveau national. En France, envisager le droit constitutionnel national comme étant du « droit » doté d'un juge « véritable », c'est-à-dire qui présente la qualité d'une juridiction, est d'autant plus pertinent qu'une analyse identique est conduite dans d'autres Etats. Les droits étrangers légitiment et renforcent le choix d'une approche juridique du droit constitutionnel national. Le phénomène français de constitutionnalisation du droit, discuté parfois par son ampleur en l'absence de question préjudicielle de constitutionnalité, est d'autant plus vrai qu'il se produit dans l'ensemble des Etats dotés d'une justice constitutionnelle. Le droit étranger contribue à renforcer la pertinence des analyses nationales. Il est utilisé pour appuyer toute analyse discutée en France et pour la faire accepter précisément parce qu'elle existe ailleurs. Plus ponctuellement, le recours au droit étranger justifie également des éléments particuliers du

³³ E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 121.

³⁴ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *R.F.D.C.*, 1990, pp. 71-89.

³⁵ Le Conseil constitutionnel vient de « réactiver » la voie procédurale de l'article 61 alinéa 2 pour sanctionner le non-respect par la loi de son domaine d'application. Cette sanction prend toutefois la forme d'une délégalisation et non d'une déclaration d'inconstitutionnalité (C.C., n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *J.O.R.F.*, 24 avril 2005, p. 7173, Considérant n° 23).

droit constitutionnel positif français. L'existence de mécanismes communs à la France et à d'autres Etats vient renforcer la pertinence du choix retenu par le système juridique national.

Sous cet angle, le recours au droit étranger est peu constructif et il présente un risque essentiel : le risque de voir le discours devenir prescriptif³⁶. L'exotisme de l'étude du système étranger renforce cette tendance. Ce discours prescriptif, alors que le discours comparatiste comme tout discours sur le droit doit rester descriptif, présente le schéma suivant : puisque tel mécanisme *est* utilisé dans tel autre système, il *devrait* être transposé au système français. De manière générale, sous réserve parfois de l'épanchement exotique, le discours comparatiste aixois est un discours descriptif qui tend à se contenter de suggérer et non à imposer des solutions étrangères.

Enfin, le droit comparé proprement dit, plus que le droit étranger, participe d'une démarche scientifique critique. Le discours comparatiste acquiert ici toute sa force. Le droit comparé élargit le champ des possibles tout en permettant de relativiser les choix nationaux. La démarche est ici constructive et critique. Penser au-delà du cadre national ouvre indubitablement la voie à des solutions nouvelles, tout en relativisant l'existant. Il existe un jeu de miroir entre les différents systèmes et les diverses solutions qu'ils contiennent. Dans cette perspective, le recours au droit comparé a permis de traiter des problématiques nationales éculées et de les renouveler grâce à l'approche comparatiste. Il a également contribué à dégager un *jus commune* sur certaines notions de contentieux constitutionnels, tout en montrant le caractère non nécessairement transposable d'autres notions. La tentation de la réduction à l'unité, qui constitue le risque du travail comparatiste, ne doit pas conduire à gommer les différences. Même l'unité des notions n'exclut pas des divergences du côté de leur régime juridique³⁷. Par ailleurs, la transposition hâtive d'une notion étrangère au cas français peut être contestée et rejetée³⁸. Il est vrai que la transposition d'une notion étrangère au droit français semble devoir représenter l'une des tentations premières du comparatisme. Elle peut être utile en mettant en avant une lecture éprouvée dans un système étranger d'une notion inconnue ou mal connue en France. Elle peut, à l'inverse, être totalement dénuée de pertinence, l'intérêt de la recherche ne se situant plus alors dans la logique de transposition, mais dans le pourquoi de l'impossibilité de la transposition. Les ressemblances ne sont plus les éléments qui tendent à être mis en avant, ce sont au contraire les singularités qui le sont. L'exercice du droit comparé ne saurait devoir conduire à un réductionnisme des analyses pour ne retenir que les éléments communs, « la comparaison poursuit l'objectif de faire ressortir

³⁶ En faveur du rejet du caractère prescriptif du discours comparatiste : O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.*, 2-2001, p. 277 et s.

³⁷ H. ALCARAZ, *Le droit à l'intimité devant les juges constitutionnels français et espagnol*, Thèse, Aix-en-Provence, 2003, 637 p. ; V. BERTILE, *Langues régionales ou minoritaires et Constitution, France Espagne et Italie*, Thèse, Aix-en-Provence, 2005, 553 p. ; E. CARPENTIER, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Thèse, Aix-en-Provence, 2004, 519 p. ; T. DI MANNIO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, P.U.A.M.-Economica, Collection Droit public positif, 1997, 617 p. ; J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, P.U.A.M.-Economica, Droit public positif, 1997, 414 p.

³⁸ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, P.U.A.M.-Economica, Droit public positif, 2003, 282 p.

le divers dans le droit et d'organiser ce divers »³⁹, mais sans doute s'agit-il déjà de la question des méthodes comparatistes.

B – Les principes d'une méthode comparatiste

La prétention d'une recherche comparatiste suppose qu'en soient établis les principes généraux d'ordre méthodologique. Le droit comparé est un discours sur le droit qui doit poser ses principes méthodologiques essentiels⁴⁰. Pour synthétiser les éléments de la méthode comparatiste aixoise, plusieurs propositions doivent être retenues : le comparatisme est plutôt horizontal que vertical, il ne porte en principe que sur un nombre limité d'Etats, l'étude des Etats se fait à partir de documents en langue originale, la théorie du droit est utilisée afin d'établir des termes de comparaison et des niveaux de comparaison peuvent être distingués. Tels sont les principes généraux qui seront ensuite adaptés aux contraintes et aux spécificités du sujet. Il convient de se garder de tout dogmatisme outrancier sur la méthode car elle doit pouvoir s'adapter au sujet envisagé. L'important sous cet angle est moins de respecter scrupuleusement les principes généraux de la méthode que d'expliquer pourquoi et en quoi il n'est pas opportun de les suivre sur tel ou tel sujet et quelle sera la méthode différente utilisée. Exigence méthodologique encore.

Le comparatisme aixoise est plutôt horizontal que vertical. Les études sont des études de droit constitutionnel comparé, de droit constitutionnel national comparé serait-on tenté d'ajouter. Le manuel de *Droit des libertés fondamentales* porte les traces de cette perspective horizontale. S'il existe bien une approche comparatiste, notamment dans l'étude de chacune des libertés fondamentales, entre droits constitutionnels nationaux, les droits fondamentaux conventionnels, communautaire et européen, font l'objet d'une étude à part, d'une étude de droit étranger. La rigueur dans la détermination des termes de comparaison semble devoir imposer que ne sont susceptibles de comparaison que des éléments présentant un certain nombre de d'éléments communs, tout est question ensuite de seuil de « comparabilité » ; en droit constitutionnel, il doit s'agir de... systèmes constitutionnels. Ce qui n'empêche pas d'étudier l'appréhension par des systèmes constitutionnels d'un autre ordre juridique et, plus précisément, d'un ordre juridique supranational. Les termes de comparaison sont bien des systèmes constitutionnels qu'il s'agit d'appréhender par rapport à un autre système, un système supranational⁴¹. Le principe de comparaison horizontal n'empêche aucunement des éclairages « verticaux » par l'approche supranationale, textuelle comme jurisprudentielle. Simplement l'école aixoise ne s'inscrit pas dans cette perspective. Une exception notable d'étude comparatiste horizontale et verticale mérite toutefois

³⁹ P. LEGRAND, « Comparer », *R.I.D.C.*, 2-1996, p. 295.

⁴⁰ Remarquons néanmoins qu'il est possible de produire un ouvrage de droit comparé remarquable tout en précisant avec une modestie certaine que, pour se faire, la « méthode choisie » s'apparente à l'attitude « du pionnier ou de l'explorateur avec tout ce que cela peut impliquer d'approximations et d'intuitions » : C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européen*, P.U.F., 1995, p. 11.

⁴¹ X. MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse, Aix-en-Provence, 2002, 777 p.

d'être relevée⁴². L'existence d'une question transversale, non exclusive aux systèmes constitutionnels et transposable devant n'importe quel juge, justifie une telle démarche. Dernière précision sur ce point, si le comparatisme aixois est horizontal sous l'angle extra-national, il existe également un comparatisme aixois vertical sous l'angle principalement national⁴³, envisageant le juge constitutionnel et les juges de droit commun, mais qui est exclu de notre champ de recherche en l'absence d'élément d'extranéité.

Les études de droit comparé ne doivent porter que sur un nombre limité d'Etats. La pertinence, la prétention à un minimum d'exhaustivité comme la rigueur scientifique l'imposent. L'idéalisme d'un comparatisme universel doit céder sa place à la modestie d'une approche concentrée sur deux ou trois Etats⁴⁴. Demeure la question du choix des Etats abordés. Ce choix doit être justifié, sa pertinence démontrée. Retenir la France comme constituant l'un des Etats étudiés semble devoir s'imposer dans la perspective de confrontation du ou des droits étrangers vis-à-vis du droit national. Il est toutefois parfaitement possible de retenir une approche comparatiste exclusivement à partir d'Etats étrangers.

La « communicabilité » des systèmes juridiques étudiés est un critère justifiant les choix des Etats étudiés⁴⁵. Ce principe de « communicabilité » a exclu en pratique des études comparées entre des systèmes de droit écrit et des systèmes de *common law*⁴⁶, sauf pour des études substantielles⁴⁷ et même parfois pour une étude plutôt institutionnelle⁴⁸. Le principe d'un nombre limité d'Etat ne se justifie toutefois pas toujours. Les sujets transversaux, et non les sujets sectoriels, semblent pouvoir échapper à la règle du nombre limité d'Etats, alors que chacun des Etats étudiés ne contient que des éléments parcellaires et lacunaires sur l'objet étudié. Plus largement, à l'instar de ce qui se passe pour les systèmes juridiques, il est possible d'identifier une « communicabilité » des questions posées quelle que soit par ailleurs la « communicabilité » des systèmes. Les questions transversales, qui concernent des notions précises⁴⁹ ou au contraire des notions

⁴² D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse, Aix-en-Provence, 2005, 500 p.

⁴³ Voir pour des thèses récentes : V. BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, P.U.A.M.-Economica, Droit public positif, 2001, 427 p. ; E. BRUCE, *L'article 55 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Aix-en-Provence, 2004, 530 p. ; L. GAY, *Les droits-créances constitutionnels*, Thèse, Aix-en-Provence, 2001, 562 p. ; N. JACQUINOT, *Ordre public et Constitution*, Thèse, Aix-en-Provence, 2000, 433 p. ; O. LECUCQ, *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, Thèse, Aix-en-Provence, 1999, 460 p.

⁴⁴ Voir en ce sens : P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *R.I.D.C.*, 4-1999, p. 1054.

⁴⁵ J.-C. ESCARRAS, « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle. Introduction », *A.I.J.C.*, 1986, p. 15.

⁴⁶ Voir en ce sens : E. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *R.I.D.C.*, 4-1999, p. 900.

⁴⁷ V. LANISSON, *Femmes et Constitution : étude comparée des cas français et américains*, Thèse, Aix-en-Provence, 2003, 752 p. ; G. NICOLAS, *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, Thèse, Aix-en-Provence, 2000, 505 p.

⁴⁸ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, P.U.A.M.-Economica, Droit public positif, 361 p.

⁴⁹ M. FATIN-ROUGE STEPHANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, P.U.A.M.-Economica, Droit public positif, 2004, 381 p. ; D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*

extrêmement générales⁵⁰, communes à plusieurs Etats, peuvent conduire à multiplier les Etats abordés. Les études relatives à des notions précises ou générales semblent mieux se prêter à la multiplication des Etats que celles portant sur des questions institutionnelles. La multiplication des Etats rencontre en toute hypothèse une limite pratique dans une autre exigence qui s'impose au comparatiste : l'étude en « version originale ».

L'étude des Etats étrangers doit se faire à partir de documents en langue originale. L'imprégnation du contexte étranger, l'appropriation du droit étranger dans une certaine mesure, considérée comme présentant la qualité idéale de la recherche comparatiste même si elle est difficilement atteignable⁵¹, exige l'étude des documents dans leur langue originale. Des connaissances linguistiques sont un préalable nécessaire à l'étude de droit comparé. Seul un tel choix permet de disposer de sources suffisantes pour pouvoir envisager le sujet étudié selon le droit étranger. Les sources en langue française concernant le droit étranger constituent des sources de seconde main, elles sont déjà le fruit d'une interprétation, et sont trop peu nombreuses pour que l'on puisse s'en contenter. Dans le domaine juridique, alors qu'il s'agit de s'intéresser à la signification d'énoncés, l'opération de traduction représente une opération intermédiaire qui augmente les risques de déformation du sens des énoncés. A cet égard, « la difficulté principale d'une traduction semble résulter de la complexité des contextes »⁵².

L'étude en langue originale suppose de poser des conventions sur les critères et les choix de traduction. Des conventions doivent être posées par exemple sur le nom des décisions juridictionnelles rendues par les différentes cours constitutionnelles, la dénomination de l'opération visant à apprécier la conformité d'une norme à la Constitution... Les éléments de « communicabilité » des vocabulaires doivent être fixés.

La traduction peut être ensuite plus ou moins littérale au détriment, selon le choix retenu, de l'élégance et la fluidité stylistique. Au regard de la multiplication des risques de déformation du langage inhérent à la traduction, le choix de l'interprétation littérale semble devoir être préféré laissant au lecteur le choix de la réinterprétation stylistique nationale. Il est également possible de ne pas traduire et de présenter toutes les citations réalisées en langue originale. Un tel choix a pour conséquence d'écarter ceux des lecteurs qui ne maîtrisent pas la langue concernée.

Les questions de vocabulaire et de « communicabilité » de celui-ci renvoient à l'utilisation de la théorie du droit. En effet, le recours à des « concepts suffisamment fins et suffisamment

⁵⁰ J. PINI, *Recherches sur le contentieux constitutionnel*, Thèse, Aix-en-Provence, 1997, 453 p.

⁵¹ E. ZOLLER considère en ce sens que « la restitution de la culture juridique et politique d'un peuple est un objectif ambitieux » qui s'avère être « plus un idéal qu'une réalité » (« Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *précit.*, respectivement p. 133 et 132).

Voir également sur cette question : P. LEGRAND, « Comparer », *précit.*, p. 291 et s. ; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2^e édition, 1998, p. 154.

⁵² O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *précit.*, p. 284.

généraux en vue d'appréhender une multitude de structures possibles » est nécessaire⁵³. En présence d'énoncés linguistiques différents dans plusieurs langues, mais portant sur un même objet, il convient d'en restituer le sens par rapport à cet objet commun. Toute expression étrangère doit être rattachée à un concept général permettant de restituer sa signification. La théorie du droit doit être utilisée afin d'établir des concepts généraux susceptibles d'identifier un objet indépendamment des spécificités nationales, des singularités rencontrées dans les différents ordres juridiques. Elle permet d'identifier de manière précise le ou les objets de la comparaison appréciés dans différents contextes nationaux. La théorie permet d'établir le *tertium comparationis* au-delà de la diversité linguistique. Elle devient instrument aux mains du discours comparatiste pour lui permettre de se développer. C'est à partir de tels concepts objectifs qu'une lecture comparée des ordres juridiques est possible. Selon cette analyse, « le droit comparé ne fait qu'imputer les concepts théoriques de structures possibles à des ordres juridiques *actuels* en ajoutant « en droit français », « en droit communautaire » etc. »⁵⁴.

La distinction de niveaux de comparaison s'impose enfin. L'exercice pratique du droit comparé conduit nécessairement à adapter l'idéal comparatiste. Certes, l'objet du droit comparé ne peut se limiter à une simple « mise en situation » des différents droits étudiés ou à une évocation successive de chacun des ordres juridiques étudiés⁵⁵. Un travail comparatiste véritable exige de « comparer soit entre plusieurs systèmes sans privilégier l'un plus que l'autre, soit entre le système national et les systèmes étrangers en évaluant le premier par rapport aux seconds »⁵⁶. L'objectif d'une recherche de droit comparé « n'est pas tant la connaissance de chacun des ordres [juridiques] étudiés dans tous ses détails, que la comparaison entre eux et les analyses consécutives des différences et des analogies de structure et de réglementation reconnaissables »⁵⁷. Une telle méthode doit toutefois s'adapter aux contraintes liées au déroulement pratique de la comparaison. Un équilibre doit être recherché entre d'une part les développements consacrés à la connaissance du système étranger et, d'autre part, ceux proprement comparatistes. L'apport primitif du droit comparé consiste à porter à la connaissance de lecteurs nationaux des ordres juridiques étrangers. Le droit comparé impose une phase préalable de connaissance du droit étranger. Cette phase s'impose au comparatiste qui entend s'adresser au lecteur national ne disposant pas forcément du minimum de connaissance requis du droit étranger étudié. En conséquence, l'étude du droit étranger exige parfois certaines analyses descriptives nécessaires à une appréhension correcte du système étranger envisagé. S'il est vrai que la démarche comparatiste suppose d'avantage que soient mis en exergue les éléments de différence ou de rapprochement des droits étudiés, sans forcément insister sur les détails de chacun de ceux-ci, une telle entreprise ne doit par pour autant conduire à écarter ces éléments de

⁵³ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *précité*, p. 285.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *précité*, p. 122 et s.

⁵⁶ *Loc. cit.*, p. 125.

⁵⁷ A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, *op. cit.*, p. 148.

détail. Toute simplification excessive est susceptible de déboucher sur des erreurs. Sous cet angle, le rôle du comparatiste consiste « à reconnaître que la différence n'est pas indifférente et inscrire la comparaison *dans la différence* »⁵⁸. Surtout, l'analyse comparatiste « véritable » n'est pas toujours possible ou, du moins, n'est possible qu'à des niveaux différents. La comparaison ne sera parfois susceptible d'être établie qu'à des niveaux très généraux. Une fois formulée à de manière générale, l'opposition ou la similitude des cas étrangers impliquera parfois une étude successive de chacun d'entre eux, on parlera de « macro-comparaison ». Dans d'autres cas, il sera possible sur un point spécifique de confronter directement et de manière simultanée les systèmes étudiés, on parlera alors de « micro-comparaison »⁵⁹. Tout dépend du degré de généralité du terme de comparaison qu'il est possible d'établir.

L'école aixoise est positiviste, normativiste, jurisprudentielle et comparatiste. S'il est difficile de contester ses attributs, il est en revanche possible de discuter de la lecture proposée : certains y verront une lecture des présupposés de l'école aixoise de droit constitutionnel ; d'autres la seule indication des présupposés du discours de son auteur. Que la réflexion ait au moins contribué à mettre en avant l'exigence méthodologique fondamentale pour la doctrine de situer son discours, par l'énoncé des présupposés qui en conditionnent l'orientation générale. Au-delà, cette étude marque l'attachement de son auteur à une école dont il a pu bénéficier des qualités et des mérites en tant qu'école de formation de la pensée et de la recherche en droit constitutionnel.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan

⁵⁸ P. LEGRAND, « Comparer », *précit.*, p. 295.

⁵⁹ Sur la distinction macro/micro comparaison : A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, *op. cit.*, p. 158.

C. GREVE et H. RUIZ FABRI écartent explicitement de leur ouvrage la « micro-comparaison » pour ne s'intéresser qu'à une comparaison autour de la question de « l'existence d'un droit constitutionnel européen commun » (*Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 11).

L.-J. CONSTANTINESCO rejette le principe même de la micro-comparaison, « la macro-comparaison » étant « la seule échelle capable de révéler les structures caractéristiques et les morphologies spécifiques » à partir de laquelle il est possible de « saisir la réalité juridique » (*Traité de droit comparé, Tome I : Introduction au droit comparé*, L.G.D.J., 1972, p. 210).