

Université Paris Ouest Nanterre – La Défense

école doctorale droit et sciences politiques

Pour en finir avec l'interprétation

**usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles
française et allemande**

thèse présentée pour l'obtention du doctorat en droit public

par Antoine Basset

sous la direction de Pierre Brunet,
professeur à l'université Paris Ouest Nanterre - La Défense

soutenue le 4 décembre 2014

Jury :

Pierre Brunet, professeur à l'université Paris Ouest Nanterre - La Défense

Marie-Anne Cohendet, professeure à l'université Paris I Panthéon – Sorbonne (rapporteure)

Jean-Louis Halpérin, professeur à l'École normale supérieure

Rainer Maria Kiesow, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales

Christoph Schönberger, Professor für Öffentliches Recht an der Universität Konstanz (rapporteur)

Charlus und Baruch,
den grossen sfinxen hingestreckt in wüsten,
gewidmet.

Ce travail ne se présente aujourd'hui qu'après avoir été suggéré, suivi et accompagné d'un œil inquiet par Pierre Brunet. Qu'il soit remercié de sa patience, de sa minutie et de ses questions sans fond.

Le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche ainsi que l'Université Paris Ouest Nanterre – La Défense m'ont assuré la situation matérielle sans laquelle le travail eût été infiniment plus inconfortable.

En Allemagne, Christoph Schönberger m'a accueilli à l'université de Konstanz et m'y a permis de m'adonner à la recherche dans d'excellentes conditions en lisant attentivement ce que je voulais bien lui envoyer, ce pourquoi je le remercie. Ces séjours de recherche ont été facilités par les bourses reçues de l'Office allemand d'échanges universitaires (DAAD) et du CIERA.

Un stage effectué au Conseil constitutionnel sous l'attentive tutelle de Lionel Brau a sans doute permis de corriger un peu une perspective trop volontiers théorique ; que l'institution et ceux qui m'ont donné là de précieux conseils en soient remerciés.

S'il reste des lourdeurs et des coquilles dans le texte qu'on lira, elles sont les scories des plus innombrables qu'ont relevées patiemment Solène Ducci, Laurie Marguet, Vincent Réveillère et Patricia Rrapi. J'en suis, malgré leurs efforts, seul responsable.

Il est peu probable qu'une école doctorale de droit m'eût jamais vu dans ses murs sans les conseils ni les admonestations de Guy Carcassonne ; sans non plus qu'on sache si cette thèse l'eût honoré, hommage doit lui être rendu.

SOMMAIRE

Sommaire.....	1
Abréviations.....	2
Introduction.....	7
Première partie l'écriture palimpseste.....	27
Conclusion de la première partie.....	273
Deuxième partie – interprétation et intégration.....	277
Conclusion de la deuxième partie.....	491
Conclusion.....	493
Bibliographie.....	497
Index.....	525
Table des matières.....	529

ABRÉVIATIONS

AIJC : *Annuaire international de justice constitutionnelle*

AJDA : *Actualité juridique – Droit administratif*

AJDI : *Actualité juridique – Droit immobilier*

AJP : *Actualité juridique - Pénal*

al. : alinéa

APD : *Archives de philosophie du droit*

ARSS : *Actes de la recherche en sciences sociales*

art. : article

BGB : *Bürgergesetzbuch* (code civil allemand)

BGHSt : Recueil des décisions du Bundesgerichtshof, chambre pénale

BGHZ : Recueil des décisions du Bundesgerichtshof, chambre civile

BK : Dolzer (Rudolf), Graßhof (Karin), Kahl (Wolfgang), Waldhoff (Christian), dir., *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1950- (cité sous la forme : auteur de l'article, numéro de l'article commenté, référence de la note de marge)

Bay VerfGHE : Entscheidungen des bayrischen Verfassungsgerichtshofs (publication officielle des décisions de la cour constitutionnelle bavaroise)

BVerfGE : Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (publication officielle des décisions du Bundesverfassungsgericht)

BVerfGG : Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (loi sur le Bundesverfassungsgericht).

BVerwGE : Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (publication officielle des décisions du Bundesverwaltungsgericht [tribunal administratif fédéral])

C : Constitution du 4 octobre 1958

C.Civ. : Code civil

C. Déf. : Code de la défense

CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

CGI : Code général des impôts

CJEG : *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*

comp. : comparer

C. Pén. : Code pénal

CPC : Code de procédure civile

CPP : Code de procédure pénale

CSA : Conseil supérieur de l'audiovisuel

D. : Recueil Dalloz

DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789

DVBl : *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln, Heymanns 1950-

éd. : éditeur

fdGO : *freiheitliche demokratische Grundordnung* (ordre constitutionnel libéral et démocratique)

FS BVerfG : Badura (Peter), Dreier (Horst), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 2 vol.

GAJA : Dévolvé (Pierre), Long (Marceau) et al., dir., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2013 (19^e éd.).

GG : *Grundgesetz* (Loi fondamentale)

GP : *Gazette du Palais*

Grandes décisions : Favoreu (Louis) et al., éd., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013 (17^e éd.).

HbdStR : Isensee (Josef), Kirchhof (Paul), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Heidelberg, Müller, XI vol., 2003-

id. : *idem* (le même)

ibid. : ibidem (au même endroit)

JCP A : *La Semaine juridique* – édition générale

JCP G : *La Semaine juridique* – Administrations et collectivités territoriales

JCP social : *La Semaine juridique* – Social

JORF : *Journal officiel de la République française*

JZ : *Juristenzeitung*

NCCC : *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*

not. : notamment

NJW : *Neue Juristische Wochenschrift*

NStZ : *Neue Zeitschrift für Strafrecht*

NVwZ : *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*

OVG : Oberverwaltungsgericht (juridiction administrative suprême à l'échelle d'un *Land*)

P1946 : Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

PA : *Les petites affiches*

PFRLR : Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

QPC : question prioritaire de constitutionnalité

RDI : *Revue de droit immobilier*

RDP : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*

RDSS : *Revue de droit sanitaire et social*

resp. : respectivement

RFDA : *Revue française de droit administratif*

RFDC : *Revue française de droit constitutionnel*

RGDIP : *Revue générale de droit international public*

RIDC : *Revue internationale de droit comparé*

RLCT : *Revue Lamy Collectivités territoriales*

Rn. : numéros de marge

RRJ : *Droit prospectif – Revue de la recherche juridique*

StGB : *Strafgesetzbuch* (code pénal allemand)

TLFi : *Trésor de la Langue Française informatisé* (disponible sur le site <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>)

ved. : vedette

VVDStRL : *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (publications de l'association des professeurs allemands de droit public, collection où paraissent les actes du colloque organisé chaque année par l'association)

WRV : *Weimarer Reichsverfassung* (constitution impériale de Weimar)

ZevKR : *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*

Les décisions du Bundesverfassungsgericht sont signalées d'après leur publication au recueil officiel, sous la forme [tome, page de début de la décision, page où se trouve la citation]. Ainsi, « BVerfGE, 54, 277, 297 » signifie que la décision doit être cherchée au tome 54 du recueil officiel, à la page 277, et que la citation précise se trouve à la page 297. Lorsque la décision n'est pas (ou pas encore) publiée, nous la citons d'après le numéro d'acte (par exemple 1 BvR 1460/99, qui indique le *Senat* saisi, le type de recours et l'année de saisie) ; dans ce cas, les décisions ont été trouvées sur le site internet du tribunal (<http://www.bverfg.de/>).

Puisque toutes les décisions du Conseil constitutionnel se trouvent sur le site internet de l'institution, nous avons renoncé à signaler la publication éventuelle au recueil ; nous donnons en revanche le numéro de la décision, qui permet de la retrouver au plus vite.

Quant aux sources bibliographiques, elles sont citées entièrement la première fois, puis sous une forme abrégée (nom de l'auteur, titre raccourci de l'ouvrage ou de l'article) ensuite, sans qu'on précise à chaque fois « op. cit. » ou « art. cit. » ; la bibliographie (à la fin de ce volume) doit permettre de retrouver aisément la référence.

Les traductions de l'allemand sont de notre fait, à l'exception de la Loi fondamentale, pour laquelle est utilisée la version française éditée par le Bundestag, et des ouvrages cités avec leur traduction.

INTRODUCTION

§ 1 Les problèmes généraux de l'interprétation

Il n'est qu'à voir le résultat de sondages biaisés par leur intitulé même pour reconnaître que le langage du droit nécessite souvent une traduction : quelque louable que soit l'indignation exprimée par l'immense majorité des sondés contre l'assimilation du chat de la maison à la commode du salon, elle repose sans doute pour une bonne part sur un malentendu qui attribue au terme « meuble » dans la langue juridique les mêmes connotations que dans la langue courante¹. En ce sens, le droit a besoin d'interprètes, tels qu'on les rencontre dans les manifestations plurilingues : pour être compris d'un récepteur qui ne parle pas « droit », mais seulement français.

La question demeure cependant de savoir si, dans ce cas, l'interprète fait l'interprétation comme ailleurs l'habit, le moine. Au vu des débats infinis qui se tiennent sur cette question parmi les juristes, on serait d'abord amené à croire qu'il n'en est rien. De simples questions de traduction, portant sur la transposition d'un même message d'une langue à l'autre (si tant est que la chose soit possible, du moins est-ce ainsi qu'elle est habituellement conçue), ne pourraient poser les difficultés de principe qui expliquent ces querelles. D'ailleurs, l'acception d'« interprétation » comme synonyme de « traduction » (que nous désignerons désormais comme le sens 1) est signalée comme vieillie par les dictionnaires, qui distinguent deux sens.

Par simple extension du concept original, on peut définir l'interprétation comme l'« action

¹ Selon un sondage IFOP du 31 octobre 2013, publié le 4 novembre par la Fondation 30 millions d'amis et largement repris dans les médias, 86 % des sondés trouvent « anormal » de considérer, à la manière du code civil, les animaux comme des biens meubles.

d'expliquer, de chercher à rendre compréhensible ce qui est dense, compliqué ou ambigu » (sens 2). Plus que d'une simple traduction, il s'agit d'un commentaire (synonyme proposé par le TLFi), sur le modèle du commentaire d'un texte religieux, qui cherche à en percer la vérité. Littré donne ainsi pour cette acception deux exemples touchant à l'exégèse de la Bible. Dans un sens nouveau pour lui, désormais accepté au même rang que les autres, l'interprétation peut être celle d'une pièce de théâtre ou d'un morceau de musique. C'est alors l'« action de jouer un rôle ou un morceau de musique en traduisant de manière personnelle la pensée, les intentions d'un auteur ou d'un musicien »² (sens 3).

La différence est ici une différence de degré dans la proximité avec le texte original : d'un mot-à-mot supposé (sens 1) à la recherche d'un sens profond (sens 2) et enfin à la réalisation d'une potentialité de ce texte dans la rencontre avec un interprète particulier (sens 3). Symétriquement, la place de l'interprète est de plus en plus importante à mesure que l'on s'éloigne du sens premier.

Dans les deux dictionnaires, un sens particulier est reconnu au mot dans le langage juridique, à chaque fois rattaché à la deuxième acception. Dans le Littré, l'interprétation d'un arrêt est l'explication donnée par une cour souveraine sur les obscurités d'un arrêt qu'elle a rendu. Dans le TLFi, il s'agit de percer le cadre d'application d'un texte peu clair, notamment d'en délimiter l'extension et de déterminer ses rapports avec d'autres normes. Tout le problème est précisément que cette réduction au deuxième sens est insuffisante pour rendre compte des usages de l'interprétation en droit, ou plutôt qu'elle est déjà l'expression d'un choix idéologique.

On le constate particulièrement en confrontant les deuxième et troisième acceptions. Du point de vue artistique, l'interprétation d'une œuvre peut être considérée comme juste ou non : le travail du récepteur (et du critique) n'est pas tant de savoir s'il y a fidélité à l'intention de l'auteur du texte interprété (ce qui est nécessairement le cas dans la seconde acception, puisqu'on cherche à expliquer une obscurité, donc à retrouver ce qui a été dit, mais imparfaitement), que de juger si cette interprétation est réussie, c'est-à-dire si elle rend justice à l'effet de l'œuvre, conçue dans sa dimension esthétique (si le jugement partait du dessein qu'avait l'artiste, on retomberait simplement sur la deuxième forme d'interprétation, et la distinction entre ces deux acceptions ne se justifieraient pas). Le critère dans ce dernier cas repose sur une idée de ce qui est ou non de l'art. Le problème peut se poser de la même manière en droit : pour faire justice, il semble parfois qu'on doive s'écarter de la règle écrite et se référer à une idée de la justice qui en serait indépendante. Dans ce cas, on considérerait que le droit doit être appliqué, et donc interprété, non pas d'après une prétendue

² LITTRÉ (Émile), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, éd. Jean-Jacques Pauvert, 1957, 7 t. ; article « interprétation », t. 4, p. 1100-1101 ; TLFi, ved. « interprétation ».

intention, mais au regard du but poursuivi, par delà les erreurs ponctuelles du législateur. À l'époque contemporaine, la métaphore du juge comme chef d'orchestre ou comme pianiste s'est d'ailleurs largement répandue³.

Les deux (ou trois, mais le sens ancien de traduction est peut-être moins riche) acceptions peuvent s'appliquer en droit car elles dépendent en réalité de la conception qu'on adopte du droit. Loin d'être, comme elle est parfois présentée, inhérente au droit, la théorie de l'interprétation adoptée est la conséquence de choix idéologiques plus fondamentaux encore. L'interprétation est donc une sorte de faux-ami : elle n'est pas une technique qui permet de comprendre un sens, tout juste un révélateur des options idéologiques ou des présupposés théoriques de celui qui l'évoque (juge ou commentateur).

C'est pourquoi on peut faire une histoire de l'interprétation qui court parallèlement à l'histoire du droit, et aux différents fondements qu'on a pu y voir. Dans l'étude qu'il y consacre, B. Frydman distingue ainsi entre l'interprétation dialectique de l'antiquité, visant à découvrir la justice, et l'interprétation de l'époque moderne, conçue sur le modèle philosophique comme une science exacte (et visant à découvrir la norme qu'a voulu édicter un auteur)⁴. Ce passage paraît indissociable de l'apparition de la souveraineté moderne : dès le moment où la justice n'est plus comprise comme un concept en soi, mais comme la conséquence d'une décision souveraine (de quelque façon que l'on considère ce souverain)⁵, l'interprétation doit permettre de retrouver ce que voulait ordonner ce souverain.

Bien sûr, la distinction en pratique n'est pas si nette : certaines théories de l'interprétation se trouvent à mi-chemin en ce qu'elles élaborent un législateur qui doit vouloir le juste (c'est notamment le cas, on aura l'occasion d'y revenir, de Savigny). Pour élaborer un cadre d'observation, on peut tout de même utiliser cette différence fondamentale. Celle-ci recoupe d'ailleurs l'une des *summae divisiones* de la théorie du droit, celle qui sépare le jusnaturalisme du positivisme : il s'agit en effet de savoir si le droit vaut pour son contenu ou pour la force normative que lui confère un auteur. Et l'on peut justement estimer que l'opposition entre jusnaturalisme et positivisme (du moins

³ Voir par exemple HIRSCH (Günter), « Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten », ZRP 2006/5, p. 161. En France, on peut songer à RUFFIER-MÉRAY (Jahiel), « Interpréter la partition juridique », in SUEUR (Jean-Jacques) dir., *Interpréter et traduire*, actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Bruxelles, Bruylant, 2007, 366 p., p. 233-272 ; id., « Variations musicales et juridiques sur le thème du faux et du juste », in SUEUR (Jean-Jacques) dir., *Le faux, le droit et le juste*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 171-208.

⁴ FRYDMAN (Benoît), *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 708 p.

⁵ Pour cette distinction entre deux conceptions antithétiques de la justice, et le passage de l'une à l'autre au Moyen-âge, voir surtout VILLEY (Michel), *Formation de la pensée juridique moderne*, éd. et présentation Stéphane Rials, Paris, PUF (« Quadrige »), 2006, 624 p. ; *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, 370 p.

une certaine forme de positivisme) n'est pas si insurmontable qu'elle en a l'air : les deux ont tendance à se rejoindre lorsque le positivisme prend une tournure objectiviste et prescriptive⁶.

À partir du moment où le droit entre dans l'ère moderne, l'interprétation devrait être limitée à la découverte de ce que voulait le souverain. Le juste, dont la découverte demeure l'office du juge, ne peut plus être découvert par des méditations philosophiques, mais il dépend entièrement du souverain, et est donc atteint lorsque se trouve réalisée l'intention de celui-ci. En effet, ce n'est plus le contenu de la décision (sa conformité à une justice immanente au monde) qui lui donne sa force. Le système d'obéissance sociale ayant été reconstruit rationnellement et rattaché à la formation d'un souverain (notamment chez Hobbes), la décision d'un juge tire sa validité d'un ordre préalable qu'elle ne fait qu'appliquer. Telle du moins la théorie.

Le problème est que cette conception repose sur une vision faussée du droit. Elle en fait en effet un système d'ordres (une « caserne bismarckienne », dans les mots de M. Villey⁷), c'est-à-dire un ensemble reposant sur une communication. Si le juge, dans ce cadre, n'est que la bouche de la loi, c'est bien parce que le droit est conçu comme la transmission d'un message, ou plutôt d'un ordre puisque ce message invite à telle ou telle action, ou l'interdit au contraire. Or plusieurs éléments invitent à penser qu'on ne peut pas si aisément assimiler droit et communication, et donc considérer les techniques d'interprétation comme les instruments permettant de décoder, de manière neutre, un message et ainsi de préserver une sorte de chaîne de la normativité, tout comme l'on préserve la chaîne du froid (a). Cette aporie se reflète dans les positions adoptées par la doctrine et par les juges (b).

a. apories de l'interprétation

Par nature, le juge constitutionnel doit trouver des solutions à des cas qui n'ont pas été prévus par le constituant (ou le législateur au sens large) ; non pas tant que ce constituant n'ait pas pu prévoir (pour ce qui regarde les droits et libertés fondamentaux) certaines évolutions de la société, ou ait négligé (dans les règles de procédure) certains cas particuliers, qu'on peut simplement considérer comme des lacunes de la constitution⁸. La chose est bien plus simple, et concerne en fait tout juge : puisqu'il n'y a pas, dans la plupart des cas, de concomitance entre l'émetteur de l'énoncé

⁶ La réelle différence devrait donc se faire entre la théorie réaliste de l'interprétation, en réalité une méta-théorie, et les autres : BRUNET (Pierre), « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », RGDIP, 2011/2, p. 311-327.

⁷ VILLEY, *Seize essais...*, p. 176 (appliqué à Occam).

⁸ À ce sujet, voir la brillante thèse de Julien Jeanneney (*Les lacunes de la constitution*, thèse, Paris I, 2014).

normatif et son récepteur, il n'existe en fait pas de cadre de référence commun. Sans un tel cadre commun, un énoncé conatif se trouve privé de contenu, puisque, en tant qu'acte de communication, ce contenu est nécessairement référentiel et que la référence dépend du cadre commun dans lequel l'émetteur peut faire comprendre sa volonté au destinataire, par le langage ou tout autre moyen⁹. De la même façon, d'ailleurs, qu'une distance spatiale peut empêcher toute communication : à son fils qui va découvrir la capitale, un notable de province pourra bien dire de se méfier des escrocs de toutes sortes, mais pas lui intimer, au moment où il est sur le point de le faire, de ne pas se laisser prendre au jeu du bonneteau. Et si la mise en garde a peut-être mentionné explicitement un piège si connu, il en est cent autres dont le bon père ne sait rien ; qu'il saurait sans doute, doué de son expérience (et de ses propres années parisiennes) reconnaître, s'il était lui-même dans cette situation, mais qu'il ne peut pas décrire – et comme telle interdire – par avance.

De la même façon, un constituant ne pourra pas envisager toutes les questions qui se poseront au juge constitutionnel. Au contraire, même, la part des situations qu'il aura pu prévoir est la plus infime, réduite peut-être à certaines questions de procédure. Puisqu'il institue lui-même le Parlement, le constituant ne se retrouve pas, à cet égard, dans la situation du législateur, dont on peut considérer qu'il essaie, la plupart du temps, de saisir et d'informer une réalité qui lui préexiste. Créant *ex nihilo* ou presque (l'échec de la Constitution de 1946 et de ses efforts de rationalisation du parlementarisme face aux habitudes héritées de la III^e République montre bien ce qu'il y a d'illusoire à espérer que ces institutions soient instituées uniquement par les textes) cette Assemblée, il peut plus ou moins espérer en avoir envisagé toutes les modalités de fonctionnement. On sait pourtant que, même là, des éléments de fait (l'apparition bien plus brutale qu'on ne l'attendait du fait majoritaire, par exemple) peuvent modifier les équilibres attendus et faire surgir de nouvelles questions. On peut ainsi songer à l'usage de l'article 49-3 C pour couper court à la discussion parlementaire plutôt que pour rassembler sa propre majorité, ou à la certaine souplesse avec laquelle s'applique le principe du vote personnel pourtant fermement énoncé à l'article 27 C – lequel principe, au reste, paraît moins nécessaire dès lors qu'on ne craint plus de renversement d'alliance intempestif.

Dans ce cadre, les techniques d'interprétation représentent un point aveugle de la pratique juridique : elles prétendent permettre de dépasser cette aporie fondamentale, alors qu'elles ne font que déplacer et dissimuler le problème. Quelle que soit la manière dont on conçoit l'intention

⁹ Sur la disjonction entre langage et communication, voir SPERBER (Dan), WILSON (Deirdre), *La Pertinence*, Paris, éd de Minuit, 1989, 396 p.

communicationnelle qu'il faut retrouver, les techniques d'interprétation paraissent offrir la garantie d'une continuité entre cet énoncé originel et la situation concrète d'application. Spontanément, on cherche à savoir ce que le législateur aurait fait dans ce cas précis. De ce fait, le débat autour des techniques d'interprétation porte sur ce qu'on doit entendre par « législateur », sur la façon adéquate de retrouver cette volonté, sur les contraintes éventuelles qu'il aurait dû respecter et qui informent encore la prise de décision, mais pas fondamentalement sur le rôle heuristique de ces techniques. Elles sont en effet un passage obligé dans une conception du droit fondée sur la souveraineté : en démocratie, elles sont donc particulièrement indispensables et garantissent la soumission du juge au peuple. Au-delà de la question politique, elles semblent intimement nécessaires au droit en ce qu'elles représentent une sous-espèce d'un fantasme constitutif de celui-ci (mais qui doit nécessairement être déconstruit), la prétention à une unité du droit qui garantirait le même traitement pour chacun et rendrait ainsi le droit acceptable¹⁰. De ce point de vue, en assurant une forme de scientificité du droit, elles participent à cette illusion d'unité.

Elles sont un point aveugle en ce qu'elles ne sont pas, et ne peuvent pas être, réellement discutées du point de vue juridique. Si l'on demeure dans le paradigme de la transmission d'un ordre, c'est-à-dire dans le système dynamique de Kelsen généralement accepté aujourd'hui, il faut que les techniques d'interprétation possèdent elles-mêmes une forme de validité. Sans quoi, on voit mal comment elles pourraient garantir la transmission intacte de la normativité. Pour être valides, cependant, pas d'autre choix que d'être établies par un texte – lequel texte devrait à son tour être interprété. Selon des standards dont l'interprétation doit à son tour être valide : on est ici confronté à une situation de régression à l'infini. Constaté, sur le modèle des règles secondaires de Hart, que des directives de second niveau sont nécessaires¹¹ ne suffit en effet pas, puisqu'il faudrait pouvoir les fonder à leur tour¹² (en revanche, cette tentative pour résoudre le problème de l'interprétation signale une autre difficulté qui apparaît lorsqu'on veut prendre les techniques d'interprétation au

¹⁰ Sur l'unité du droit comme évidence et illusion, on se reportera à KIESOW (Rainer Maria), *L'unité du droit*, Paris, éditions de l'EHESS, 2014, 238 p. (not. p. 9-19).

¹¹ Voir par exemple WRÓBLEWSKI (Jerzy), « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », APD, 17, 1972, Paris, Sirey, 543 p., p. 51-69 ; OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel), *Entre la lettre et l'esprit – les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 334 p ; VAN DE KERCHOVE (Michel), « Transgressions. Essai de typologie », in SUEUR (Jean-Jacques), dir., *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 534 p. .

¹² On rencontre ici l'un des arguments traditionnellement avancés pour justifier la nécessaire part de construction du droit par le juge : celle-ci ne représenterait pas une usurpation de pouvoir dans la mesure où c'est le droit lui-même qui autorise le juge (voir parmi de nombreux exemples d'une position bien connue AUSTIN (John), *The province of jurisprudence determined* (W. E. Rumble, éd.), New-York, Melbourne, Cambridge UP, 1995, 298 p., p. 32. ; CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, éd. Sirey, 1920-1922 (réimpr. CNRS, 1962, t. 2) ; la position de Kelsen, on y vient bientôt, n'est pas fondamentalement différente en ce qu'elle transfère cette autorisation de la loi à l'ordre juridique dans son entier. Quelle que soit la variante adoptée, cependant, on voit que demeure le même problème de régression à l'infini (il faut bien déterminer que le droit autorise le juge). La forme de renoncement de Hart (que la loi est par nature indéterminée) ne permet pas non plus de parvenir à une solution bonne (HART (Herbert L. A.), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (3^e édition), 333 p.).

sérieux : c'est précisément leur multiplicité qui rend le texte indéterminé).

Kelsen s'est heurté au même problème en édifiant sa théorie pure du droit : puisqu'une norme n'est valide qu'en fonction d'une autre norme déjà valide, on doit remonter jusqu'à la première norme valide, laquelle, logiquement, ne peut pas exister¹³. Il résout ce problème en édifiant l'hypothèse épistémologique d'une norme fondamentale d'obéissance au droit, mais cela n'a pas empêché ses critiques d'appuyer sur ce point faible. Pourtant, la solution proposée est satisfaisante, à condition d'accepter d'abord qu'il doit exister un système juridique formant un monde clos et auto-justifié. C'est précisément là que portent les attaques : s'il faut présupposer l'obéissance au droit, c'est que le système n'est plus si pur que cela. Pour ce qui regarde l'interprétation, on ne peut même pas utiliser ce raffinement pour préserver la pureté du droit : les techniques censées garantir la pure application du droit édicté par le souverain reposent elles-mêmes sur un élément extérieur au droit. Il en va ainsi de l'interprétation selon la lettre du texte, qui s'adosse à une prétendue normativité du langage. Quant aux méthodes qui utilisent des principes inhérents au droit en général, au droit constitutionnel en particulier ou à un système politique démocratique, elles ne font pas autre chose. Dans les deux cas, l'interprète profite d'avoir à sa disposition un élément dont l'existence serait déjà indiscutable, notamment parce qu'il vient d'un autre champ (la linguistique ou la philosophie politique, c'est-à-dire un champ où le juriste n'est, en général, pas habitué à exercer son esprit critique – au moins pour le premier), et qui lui permet de trouver ainsi un fondement solide à la technique qu'il emploie. En ce sens, il rompt nécessairement l'idée d'une pureté du droit.

De plus, dans les deux cas encore, l'interprète convoque un élément qui est en réalité lui-même le fruit d'une décision : que telle suite de mot doit signifier telle ou telle chose, que tel concept emporte nécessairement l'existence de tel principe. À chaque fois, il y a une confusion entre description et prescription, car on prétend tirer une conséquence nécessaire d'un élément qui est en réalité un simple outil d'appréhension. De ce fait, la question du fondement ultime n'est en réalité pas résolue, et rien ne peut non plus interrompre la régression à l'infini.

Dans une situation de communication, l'émetteur peut toujours corriger son énoncé, verbal ou non-verbal, jusqu'à ce que son interlocuteur le comprenne. Sans cadre de référence commun entre le locuteur et récepteur, en revanche, la chose est dès l'abord impossible. C'est en cela que la question de l'interprétation mène, en droit, à une aporie lorsqu'elle est liée à la théorie de la souveraineté politique.

¹³ KELSEN (Hans), *Reine Rechtslehre* (2e éd.), Wien, Franz Deuticke, 1960, 533 p.

b. La doctrine et la pratique

Le constat auquel nous arrivons n'est pas neuf : une longue tradition des études juridiques, systématisée d'abord par le réalisme américain¹⁴, continuée aujourd'hui en France par la théorie réaliste de l'interprétation, a dressé un semblable tableau en traitant les problématiques, connues depuis longtemps, de l'interprétation juridique¹⁵. Elle a mis à nu le pouvoir discrétionnaire du juge qui demeure derrière les oripeaux de la technique juridique, de façon si crue qu'elle est souvent rejetée parce que ses conclusions ne sont pas acceptables¹⁶. L'opposition entre ce réalisme et le normativisme qui se prétend seul héritier de Kelsen est suffisamment connue, et le constat d'incompréhension mutuelle suffisamment documenté dans les échanges de M. Troper et O. Pfersmann¹⁷, pour qu'on ne cherche pas à en refaire l'histoire.

De nombreux courants ont tenté de dépasser la critique du réalisme juridique en montrant que l'on peut découvrir les obligations qui empêchent le juge de décider arbitrairement. Que ce soit en cherchant à s'appuyer sur la linguistique et la logique (comme le fait notamment R. Alexy¹⁸ ou, d'une autre manière, N. MacCormick¹⁹), ou sur un prétendu véritable sens des mots et de prétendus véritables principes (à la manière de Dworkin²⁰), le même fond et la même fragilité demeurent : le

¹⁴ Voir par exemple la critique de Karl Llewellyn sur l'usage du précédent par le juge : LLEWELLYN (Karl), *The Bramble Bush*, New-York, 1930, 160 p., not. p. 76. On peut aussi évoquer ses « Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be constructed » (*Vanderbilt Law Review*, 1950, vol. 3, p. 396-407). Llewellyn y donne, pour chaque type de propositions que l'on peut énoncer concernant le champ d'application, ou l'interprétation à donner, d'un texte de loi ou d'un précédent, les deux manières de tourner sa phrase, selon que l'on veut se conformer à celui-ci ou l'écarter. Chez le même, la conception du droit comme prédiction de ce que disent les juges dans « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », *Columbia Law Review*, 1930, vol. 30.

¹⁵ Pour un aperçu des problèmes fondamentaux qui se posent lorsque l'on aborde l'interprétation en droit, on pourra se reporter au numéro des *Archives de philosophie du droit* portant sur la question : APD, 17, 1972, Paris, Sirey, 543 p.

¹⁶ VIALA (Alexandre), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 318 p., p. 230 sq. ; AGUILA (Yann), « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, 21, 1995, p. 9-46 (en particulier p. 40 sq.) ; OST (François), « Retour sur l'interprétation », *in id.*, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, (« Penser le droit »), 2007, 206 p., p. 79-101.

¹⁷ Voir l'article, la réplique et la duplique : PFERSMANN (Otto), « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 50, 2002, p. 279-334 ; TROPER (Michel), « Réplique à Otto Pfersmann », *ibid.*, p. 335-353 ; PFERSMANN (Otto), « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, 52, 2002, p. 759-788.

¹⁸ Voir notamment ALEXY (Robert), KOCH (Hans-Joachim), KUHLEN (Lothar) et RÜSSLANN (Helmut), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 545 p., et plus particulièrement dans ce volume KOCH, « Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung », p. 155-167 (où l'auteur veut prolonger les réflexions de Kelsen grâce à la linguistique) et ALEXY (Robert), « Die logische Analyse juristischer Entscheidungen », p. 9-35.

¹⁹ MACCORMICK (Neil), *Legal Theory and legal reasoning*, Oxford, Clarendon, 1978, 298 p. Si la première édition de l'ouvrage est encore assez frontalement opposée à Dworkin et présente une certaine distance envers les théories objectivistes, la préface à la seconde édition signale l'évolution de l'auteur vers ces positions, se fondant notamment sur les travaux de R. Alexy (et atténuant du même mouvement les critiques adressées à Dworkin) ; voir MACCORMICK (Neil), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, 2^e édition, trad. J. Gagey, Paris, PUF, 1996, 322 p., p. VII-XVII.

²⁰ Parmi d'autres, voir DWORKIN (Ronald), *Taking Rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, 295 p., où l'auteur développe (pour dépasser l'opposition entre positivisme et toute forme de jusnaturalisme) une réflexion fondée sur les droits individuels et censée permettre une « théorie normative de la décision juridique [adjudication] » : à la base de celle-ci se trouvent des principes indépendants de décisions politiques ; voir encore *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 470 p.. Parmi l'immense littérature consacrée à

but est de fonder objectivement la décision juridique, et de pouvoir l'appréhender en termes de vérité et non seulement de validité (ou plutôt, de faire dépendre cette validité de sa vérité)²¹. Ce faisant, ces théories ne parviennent pas à échapper à la critique formulée par le réalisme : elles restent en effet dépendantes d'une confusion entre vérité et validité, de la même manière en fait que le jusnaturalisme traditionnel, et que le positivisme normativiste le plus strict qui entend la *Rahmentheorie* (théorie du cadre) de Kelsen comme un élément qui lie le juge²².

Pour sortir de l'impasse et proposer une théorie de l'interprétation mieux adaptée aux problématiques contemporaines du droit, une troisième voie a été ouverte, entre le scepticisme radical du réalisme et toutes les doctrines qui prétendent trouver le fondement ultime permettant une interprétation et une application rationnelle et pour ainsi dire mécanique du droit. Les premiers jalons en ont été posés par C. Perelman : il développa en effet une théorie de l'argumentation juridique qui saisit l'interprétation non pas comme la découverte individuelle d'une vérité préexistante, mais comme le résultat d'un échange dialectique entre plusieurs acteurs, établi *in fine* par le juge pour convaincre son auditoire²³. Le point important, et qui distingue cette approche de travaux voisins, est l'absence de prétention à une vérité, que celle-ci repose sur le contenu (une idée de la justice) ou les formes qui permettent d'y arriver. De nombreux travaux aujourd'hui, prenant appui sur l'herméneutique littéraire (notamment sur les travaux de P. Ricœur) et sur les recherches conduites par Habermas à propos de la communication se fondent également sur une forme de dialectique pour parvenir à l'interprétation censée juste, à une forme de bonne solution telle qu'elle peut être réclamée aussi par Dworkin²⁴. Mais c'est précisément cette obsession de la bonne solution

Dworkin, qui n'est pas notre sujet, nous tenons simplement à signaler la critique de S. Fish, montrant en quoi Dworkin confond description et prescription, contrainte et obligation (FISH (Stanley), *Doing what comes naturally. Change, Rhetoric and the Practice of Theory in literary and legal Studies*, Durham, Londres, Duke University Press, 1989, 613 p ; voir not. l'article « Working on the Chain Gang : Interpretation in Law and Literature », p. 87-102).

²¹ Dworkin se fonde sur une « structure profonde » des mots (Voir DWORKIN (Ronald) « Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n°1, 2004, p. 1-37), Alexy et MacCormick, sur des principes de justice tirés de la rationalité humaine. Pour le rapprochement entre les trois positions, avec pour point commun la notion de principe acceptable par l'ensemble de la société, voir LA TORRE (Massimo), « Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation », *Ratio juris*, vol. 15, n°4, 2002, p. 377-402. On ne manquera pas de faire le rapprochement avec la doctrine de la « public reason » développée par John Rawls à la fin de sa vie (voir notamment « The Idea of Public Reason Revisited », *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n° 3, 1997, p. 765-807).

²² Ce qui semble discutable, même au regard du texte de Kelsen : celui-ci conçoit ce cadre de manière assez lâche, extensive plutôt que restrictive. Il utilise l'image plutôt pour montrer qu'il existe plusieurs solutions que pour limiter le nombre des solutions possibles. D'ailleurs, il demeure extrêmement vague sur les limites de ce cadre. Surtout, l'interprétation dépendante du cadre est, pour Kelsen, non-juridique, mais scientifique : il s'agit simplement d'une interprétation au sens de la traduction. La seule interprétation juridique reste l'interprétation authentique, conçue uniquement d'après son auteur, et comme telle inaccessible à la critique scientifique (ou seulement du point de vue scientifique, justement, sans que cela remette en cause sa validité) ; voir KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 496 p. (traduction de *Reine Rechtslehre*, Vienne, 1962), p. 453-463.

²³ PERLEMAN (Chaïm), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, 193 p.

²⁴ François Ost et Michel van de Kerchove notamment creusent ce sillon ; voir en particulier OST (François), *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, (« Penser le droit »), 2007, 206 p. (affirmant certes s'éloigner de l'idée d'une solution unique et vraie, mais y revenant pourtant en voulant fonder l'interprétation sur un système de valeurs).

qui nous semble illusoire. Elle repose sur une bonne intention, puisqu'elle entend contrôler le pouvoir du juge, mais elle le rend en fait plus difficile à atteindre en occultant le caractère nécessairement décisionniste de sa fonction. Au contraire, la « nouvelle rhétorique » de Perelman se préoccupe seulement d'arriver à une solution qui soit au moins acceptable, sans prétention à être la bonne²⁵. C'est semble-t-il cette théorie de l'interprétation qu'a en vue B. Frydman lorsqu'il constate que l'interprétation contemporaine doit être une interprétation pragmatique : « si l'interprétation est une activité rationnelle, ce n'est pas en tant qu'elle parviendrait à retrouver dans le texte un sens qui s'y trouve déjà, mais plutôt parce qu'elle permet de construire, au départ de ce texte, une signification sur laquelle il est possible de s'accorder »²⁶. Il ménage ainsi d'une part la rationalité de l'interprétation et son caractère pour ainsi dire accidentel.

On voit bien cependant qu'en refusant de chercher une solution indiscutable, cette approche s'affaiblit considérablement elle-même : si les techniques d'interprétation ne permettent plus de garantir la découverte de la bonne solution, leur intérêt se trouve considérablement réduit. Cette alternative (garantir la filiation logique entre le texte de norme et la solution du juge, mais au prix de décisions discrétionnaires plus ou moins dissimulées ; renoncer au caractère normatif de l'interprétation, mais perdre aussi alors sa fonction de justification indiscutable) renforce en définitive l'idée selon laquelle l'interprétation pose au droit une aporie. La seule théorie qui en est possible porte en effet sur l'interprétation-produit, c'est-à-dire l'interprétation qui a lieu après qu'ont été effectués les choix idéologiques qui la guideront en réalité²⁷.

La pratique des juges tendrait d'ailleurs à confirmer ce constat d'échec : il paraît bien difficile (et notre étude le confirmera encore) de voir autre chose que pur pragmatisme dans leur manière d'aborder la question de l'interprétation. Entre les deux pôles du positivisme et de la libre recherche, ils naviguent en effet en recherchant une forme de juste milieu²⁸. L'arrivée des théories

En Allemagne, la tradition herméneutique se fonde plutôt sur Gadamer et Habermas, et met en avant l'idée de précompréhension, fondamentale pour appréhender le cercle herméneutique. Voir par exemple ESSER (Josef), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung : Rationalitätsgarantien der Entscheidungspraxis*, Frankfurt (M.), Athenäum Verlag, 1970, 218 p.

²⁵ Tout du moins dans sa première version, celle de 1976 ; il semble ensuite que Perelman, d'une part en se référant à un auditoire universel, d'autre part en se reposant sur le sentiment d'équité du juge, en vienne lui aussi à rechercher la bonne solution (on y revient dans la suite de cette introduction).

²⁶ FRYDMAN, *Le sens des lois*, p. 677.

²⁷ TARELLO (Giovanni), in GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise), TROPER (Michel), dir., *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 535 p., p. 365-368. Voir aussi TARELLO (Giovanni), *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, 535 p., not. p. 393.

²⁸ Cette opinion dans HUSSON (Léon), « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », APD, 1972, p. 115-135. La doctrine allemande s'accorde en général à constater qu'il est impossible de rattacher le Bundesverfassungsgericht à une doctrine précise (voir ainsi l'opinion de K. Stern, faisant la synthèse de plusieurs auteurs : « Es lässt sich schwerlich behaupten, dass die Position des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsauslegung methodisch und dogmatisch präzise markiert wäre. Es hat wohl einige durchaus aner kennenswerte Auslegungsleitlinien herausgearbeitet, aber eine konsistente Begründung seiner Interpretationsmethode ist damit nicht verbunden, von einer Konzeption gar nicht zu reden. Zutreffend wird daher die Interpretationspraxis des Gerichts als vorzugsweise

herméneutiques ne semble pas avoir radicalement changé leur manière de faire – ou en tout cas sans qu'ils s'en vantent, car ils laissent ce genre de discussions à la doctrine. Cette même doctrine, d'ailleurs, paraît souvent s'en contenter : l'un des moyens d'échapper à l'aporie est d'en appeler à l'artisanat, voire à l'art, qu'est le droit, et de s'en remettre au juge qui, bon artisan, saura dégager la bonne solution²⁹.

§ 2 Un changement de perspective

Par conséquent, nous ne croyons pas pouvoir apporter autre chose que du bois à la forêt ou des chouettes à Athènes en tentant de fouiller encore la théorie générale de l'interprétation, ou même en étudiant les techniques d'interprétation dans ce cadre. Il nous semble en revanche possible, et fertile, de renverser la perspective en s'inspirant de celle de Perelman. S'inspirer, seulement, non pas endosser entièrement sa position : on retrouve en effet assez rapidement, derrière la façade rhétorique, une forme de jusnaturalisme. Perelman se repose en effet, pour délimiter ce qui peut être une argumentation efficace, sur des prénotions partagées par l'auditoire, donc sur des postulats qui en dernier lieu se ramènent à une forme de sens commun – quoiqu'il refuse par ailleurs l'idée d'une solution juste³⁰. Dès lors, ou bien l'on en revient à l'idée d'une rationalité humaine fondamentale

„topisch“ oder als „sach- und fallbezogener Pragmatismus“ beschrieben » ; « on peut difficilement affirmer que la position du Bundesverfassungsgericht sur l'interprétation des droits fondamentaux serait marquée par la précision méthodique et dogmatique. Il a bien dégagé quelques principes d'interprétation dignes d'être signalés, mais on ne trouve pas, relié à cela, une justification cohérente de sa méthode d'interprétation, pour ne pas même parler d'une conception d'ensemble. La pratique interprétative du tribunal est donc à bon droit décrite comme surtout "topique" ou comme un "pragmatisme lié à la matière et à l'espèce" » ; STERN (Klaus), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2 (*Allgemeine Lehren der Grundrechte*), München, C.H. Beck, 1994, 1917 p., p. 1654).

²⁹ Un exemple de cette idée, qu'on rencontre régulièrement au détour des articles, dans AGUILA (Yann), « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle ». On n'oubliera pas non plus le rôle prépondérant donné par Dworkin à son juge « Hercules ».

³⁰ Voir notamment PERELMAN, *Logique juridique*, p. 111-135. Le rejet d'une « solution unique » concerne en effet le sens des mots, non l'application générale de l'énoncé (p. 121). Celle-ci, cependant, ne peut pas être entièrement laissée au hasard, et c'est la rationalité de l'auditoire qui assure que le juge rendra bien une décision juste. Perelman évolue ensuite plus explicitement vers le jusnaturalisme, reprenant par exemple l'idée d'un « droit naturel positif » formulée par P. Foriers (PERELMAN (Chaïm), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984, 203 p., p. 30 ; cité dans BRUNET (Pierre), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », in HACHEZ (Isabelle) et al., dir., *Théorie des sources du droit*, Limal – Bruxelles, Anthémis – Université de Saint-Louis, 2012, 1030 p., p. 387-428 (not. p. 391). Cette évolution vers une forme de jusnaturalisme (comme un tempérament à l'incertitude qui accompagnerait une justice entièrement rhétorique ?) se manifeste notamment lorsque Perelman affirme que le juge, en définitive, doit juger en équité plutôt que d'après les textes (et le fait en pratique le plus souvent) ; voir par exemple « Droit et rhétorique », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, p. 85-90.

Il est intéressant de remarquer que c'est précisément en prétendant s'affranchir de la querelle entre exégèse et libre recherche que Perelman retombe sur une forme de jusnaturalisme, de même que F. GénY lorsqu'il prétendait dépasser le positivisme : dans les deux cas, une appréhension empirique de la fonction juridictionnelle est contrebalancée par l'appui sur un élément transcendant (l'auditoire rationnel chez Perelman, « intime sentiment de justice », « principes idéaux et autonomes », idéal de justice et de raison » chez GénY). Pour ce dernier, voir GÉNY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, LGDJ, 1919 (2^{de} éd. revue et remise au courant), 2 vol., vol. 1, resp. p. 5, 42, et 43 (et en général *passim* p. 5-67).

(éventuellement variable selon les lieux et les époques, mais qu'on peut tout de même à chaque fois cerner) qui justifie ce sens commun, ou bien on se retrouve à nouveau sans autre fondement que la domination de la classe qui peut prétendre découvrir (établir, en réalité) ledit sens commun dans une société donnée – bien loin, donc, d'une dialectique garantissant le caractère démocratique du droit. En définitive, on est ramené à une forme de confiance dans le sens de l'équité du juge.

Nous n'entendons pas proposer une solution : seule la partie critique nous retient dans les réflexions de Perelman. Il ne s'agit pas d'étudier la valeur heuristique des techniques d'interprétation, mais plutôt d'observer l'usage qui en est fait dans le discours du juge pour comprendre leur intérêt dans le processus argumentatif. S'il y a bien des contraintes qui s'exercent sur le juge et encadrent son pouvoir (moyen le plus convaincant pour concilier la théorie réaliste de l'interprétation avec l'observation que les juges ne font pas tout à fait ce qu'ils veulent)³¹, c'est celles-ci que nous voulons découvrir par le biais des techniques d'interprétation, ou plutôt du cadre général d'interprétation utilisé par le juge. Nous nous appuyons donc, de la même manière, sur les acquis de la théorie réaliste de l'interprétation et considérons que ce juge ne trouve de limites que dans le système de contraintes argumentatives et institutionnelles que lui oppose le système dans lequel il se trouve (ces contraintes pouvant également comprendre la conviction qu'à chaque individu exerçant ces fonctions qu'il a pour devoir d'appliquer la loi, et ne dispose pour cela d'aucune liberté personnelle).

L'hypothèse que nous formulons est la suivante : puisque les techniques d'interprétation ne peuvent pas fonder une solution de manière entièrement satisfaisante, leur utilisation doit répondre à d'autres enjeux. Le juge ne peut peut-être pas se défaire entièrement de sa responsabilité en s'appuyant sur elles, mais la manière dont il les met en œuvre permet d'éclairer les contraintes institutionnelles auxquelles il est confronté. En ce sens, nous nous rapprochons de la théorie des contraintes déjà évoquée et des travaux portant sur la motivation des juges menés notamment par

³¹ La théorie des contraintes juridiques a été développée notamment dans TROPER (Michel), GRZEGORCZYK (Christophe), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique) dir., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris - Bruxelles, LGDJ (« La pensée juridique moderne ») – Bruylant, 2005, 203 p.. Elle naît précisément de l'apparente contradiction entre la théorie réaliste de l'interprétation (d'après laquelle les acteurs juridiques, « libres d'interpréter les énoncés juridiques, [...] ont le pouvoir d'agir selon leur caprices ») et le constat, évident pour tout juriste, « que ces acteurs n'usent pas de ce pouvoir n'importe comment et qu'ils ne font pas n'importe quoi » (*ibid.*, p. 1) ; pour une application récente au droit constitutionnel, voir la thèse de Vincent Thibaud : *Le raisonnement du juge constitutionnel*, Lyon II, 2011.

Marie-Anne Cohendet a proposé, en élaborant la théorie du « système de variables déterminantes » un cadre qui demeure rattaché à une compréhension normativiste du droit tout en prenant en compte les éléments expliquant les déviations pratiques par rapport à la règle théorique – et qui, comme tel, peut présenter des analyses proches de la théorie des contraintes juridiques (voir notamment une présentation de cette doctrine dans COHENDET (Marie-Anne), « Le système de variables déterminantes », in AMELLER (Michel) et al., dir., *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, 630 p., p. 119-134). Nous nous en tenons pour notre part à la version réaliste de la chose, ne considérant pas qu'il soit possible de dégager le sens réel de la Constitution pour le confronter ensuite à d'éventuelles déviations.

M. Cohen et P. Pasquino³² : nous voulons voir comment l'élément censé lier le juge est en réalité utilisé par lui pour tenir sa place et sa fonction dans un système donné, et comment les techniques d'interprétation doivent être comprises dans la perspective d'un discours de justification, comme tel contraint par des questions institutionnelles. Cela peut être fait aussi bien de manière interne à la cour qu'à l'adresse d'un auditoire externe. Nous ne nous occuperons pour notre part que du discours externe, en le limitant aux décisions elles-mêmes. Les autres interventions de l'institution (par le biais par exemple de commentaires autorisés) ou de ses membres ne seront convoquées qu'à l'occasion, lorsqu'elles appuient un constat déjà perceptible par ailleurs.

Le but n'est pas de savoir ce que pensent réellement les juges, ou les véritables raisons de tel ou tel choix. Une fois l'idée acceptée que les juges sont pris dans un ensemble institutionnel, ces raisons véritables n'ont d'intérêt que pour l'anecdote. En revanche, l'observation du seul discours externe donne une image de l'institution, telle qu'elle interagit avec celles qui l'entourent, cherchant à la fois à remplir sa fonction et à établir sa position. Notre propos veut donc dépasser le cadre d'une théorie pure du droit. Celle-ci fonctionne en effet à merveille pour étudier le droit conçu comme un système parfaitement autonome, mais a plus de difficulté à réintégrer le juge dans un ensemble plus vaste. Cela nous semble pourtant nécessaire, ne serait-ce que parce que le juge n'agit pas en vase clos, mais sur une société qui l'entoure, dans laquelle il vit et de laquelle il tire son pouvoir. On en retirera des conclusions intéressantes aussi bien le fonctionnement du droit dans la société (dans une perspective apparentée à celle de la sociologie) que des problèmes de droit précis, dont la résolution peut souvent dépendre, comme on le verra, de contraintes extérieures au seul texte. En appréhendant ainsi notre objet, nous poursuivons sur le chemin tracé par l'école réaliste française : la critique des dogmes juridiques doit permettre une reconstruction des objets qui, débarrassés de leur charge idéologique, deviennent des outils permettant de comprendre les comportements des acteurs et les constructions argumentatives qu'ils élaborent.

Notre recherche ne se limitera donc pas aux outils utilisés traditionnellement par les juristes. Visant à étudier les rapports entre le juge, son environnement sociologique et le cadre institutionnel dans lequel il agit, elle s'appuiera sur des acquis et des méthodes tirées de la sociologie, de la linguistique et de la littérature. Nous entendons ainsi offrir un autre éclairage au sujet. Ce n'est donc pas encore ici qu'on élaborera la théorie ultime de l'interprétation, mais c'est ici, espérons-le, qu'on se détournera de l'aporie de l'interprétation pour donner, à travers la manière dont le juge s'en empare, une autre image de son activité.

³² COHEN (Mathilde), PASQUINO (Pasquale), *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit : le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles. Rapport final*, Mission de recherche droit et justice, 2013, 163 p.

§ 3 L'objet d'étude

La justice constitutionnelle offre une sorte de loupe pour étudier l'utilisation de l'interprétation par les juges. Elle concentre de manière plus criante encore les problèmes posés par l'interprétation juridique, en premier lieu celui du pouvoir du juge face au souverain. On sait que le grand problème d'une cour constitutionnelle, ce qui a notamment rendu son apparition si difficile en France, c'est qu'elle peut imposer ses décisions au pouvoir normalement souverain qu'est le législateur. Le passage du légicentrisme à une sorte de constitutocentrisme (si l'on nous passe le néologisme) est rendu possible par la rencontre de deux éléments : la tradition ancienne des tribunaux chargés de régler les litiges entre une fédération et ses États-membres, qui montre la possibilité d'un pouvoir judiciaire situé au-dessus du législateur³³, et l'inscription des droits de l'homme dans les constitutions modernes, qui donne un soubassement axiologique justifiant ce pouvoir. Cependant, puisque c'est le texte et non le juge qui est plus souverain que le souverain, on doit garantir avec d'autant plus de sûreté sa seule application : lorsque la doctrine insiste sur le devoir qu'a le juge constitutionnel de s'en tenir aux règles traditionnelles d'interprétation³⁴, c'est pour assurer qu'il demeure la seule bouche du constituant, sans pouvoir propre.

Alors que le juge ordinaire³⁵ peut encore prétendre juger en équité et adapter, dans une certaine mesure et un souci de justice, le droit à la situation concrète sans pour autant affronter manifestement le législateur (et à travers lui le peuple souverain), le juge constitutionnel déclare les décisions de ce même législateur conformes ou non à la constitution, et ne peut donc s'appuyer que sur ce texte, à moins de paraître mésuser de son pouvoir et porter atteinte au système démocratique en substituant son appréciation à celle du peuple. Tout discours dont le but est de défendre l'existence d'une telle institution doit donc s'efforcer de montrer qu'elle demeure entièrement du côté du droit, sans jamais déborder sur la politique. S. Henneute-Vauchez considère ainsi que la doctrine,

³³ Voir sur ce point JOUANJAN (Olivier), « Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933) », in GREWE (Constance), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 188 p., p. 19-48, BEAUD (Olivier), « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », *ibid.*, p. 49-72.

³⁴ Ainsi en France de F. Luchaire, remarquant que les méthodes d'interprétation du Conseil constitutionnel sont tirées du droit civil : comme s'il y avait une forme de vérité inhérente au droit, quel que soit le champ, sur laquelle pouvait s'appuyer naturellement le juge (LUCHAIRE (François), « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTDCiv, 1982/2, p. 248-249). En Allemagne, voir comme représentant la doctrine la plus traditionnelle C. Starck, selon qui « Courts must adopt a restrained and disciplined approach to interpretation », et garantir par là la séparation des pouvoirs (STARCK (Christian), « The legitimacy of Constitutional Adjudication and Democracy », in *ibid.* (dir.), *Constitution, Universalism and Democracy – a comparative analysis*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 355 p., p. 13-23, p. 18).

³⁵ Par commodité de langage, le juge ordinaire désignera dans notre travail les autres ordres de juridiction : juge administratif et juge judiciaire (sans distinguer selon le degré de juridiction).

en général, fait toujours preuve d'une certaine gêne face à la justice constitutionnelle et cherche à dépolitiser tant que faire se peut l'action de celle-ci en insistant, justement, sur les questions purement techniques. Ce faisant, elle évite de devoir constater que la composante politique doit être prise en compte, et que le recours aux droits et libertés fondamentaux peut être plutôt une question stratégique pour le juge que l'adhésion à un texte constitutionnel idéal-philanthropique³⁶.

Pour tenir compte des difficultés que posent les techniques d'interprétation et en se fondant sur une prétendue spécificité de l'interprétation constitutionnelle, certains auteurs ont pu élaborer des théories censées permettre au juge constitutionnel de garantir la bonne application de la constitution sans pour autant porter atteinte à la séparation des pouvoirs. Le fait, notamment, que les droits et libertés fondamentaux représentent une part importante, si ce n'est la plus importante, des normes de référence dans le contrôle de constitutionnalité paraît en effet lui donner un pouvoir d'appréciation extrêmement vaste, à cause du caractère souvent vague de telles dispositions. Pour limiter ce pouvoir tout en assurant la protection de ces droits, K. Hesse, par exemple, a complété les méthodes classiques d'interprétation (tirées, en Allemagne, des écrits de Savigny) par de nouvelles techniques³⁷. Celles-ci ont rapidement formé une nouvelle doxa³⁸, sans que soit pour autant vraiment résolu le problème que nous avons déjà énoncé : les auteurs qui les adoptent attribuent en réalité à certains concepts, que ce soit « constitution », « démocratie » ou quelque autre de la même veine, un caractère prescriptif. Il s'accomplit alors une forme de confusion entre ce que doit être, selon eux, une bonne constitution, et le texte que le juge doit interpréter (qui, puisqu'il est une constitution, doit nécessairement être la bonne constitution, celle qui protège les droits fondamentaux comme ceux des minorités). P. Brunet fait remarquer à cet égard que ce genre de théories sont développées spécialement pour l'interprétation constitutionnelle « parce qu'elles ne parviennent pas à prendre au sérieux la constitution comme ensemble de normes au sens purement descriptif et persistent à l'appréhender comme un ensemble de normes au sens axiologique »³⁹. On retrouve ici, seulement plus manifeste, la même hésitation entre la forme et le fond qui s'exprime de manière générale dans l'aporie de l'interprétation.

³⁶ HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Oxymore ou tautologie ? La notion de Judicial politics expliquée par la théorie du droit américaine contemporaine », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 24, 2008.

³⁷ HESSE (Konrad), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999 (20^e édition ; 1^{ère} édition 1967), 335 p., p. 27-30.

³⁸ Ses thèses sont reprises dans plusieurs manuels : DEGENHART (Christoph), *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2010 (26^e édition), 363 p., p. 8 sq. ; MAURER (Hartmut), *Staatsrecht I*, München, C. H. Beck, 2010 (6^e édition), 784 p., p. 23-24 (considérant toutefois que ces méthodes ne sont pas nouvelles en réalité, mais sont seulement le résultat de l'application des méthodes traditionnelles) ; même souci de compléter, en s'inspirant de Hesse, dans ZIPPELIUS (Reinhold), WÜRTEMBERGER (Thomas), *Deutsches Staatsrecht*, München, C.H. Beck, 2008 (32^e édition), 658 p., p. 59 sq. ; voir aussi des traces dans STERN (Klaus), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2 (*Allgemeine Lehren der Grundrechte*), München, C.H. Beck, 1994, 1917 p., p. 1645 sq.

³⁹ BRUNET (Pierre), « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres. Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in GREWE, *La notion de justice constitutionnelle*, p. 115-135.

De ce point de vue, la justice constitutionnelle offre donc un champ particulièrement propice à l'étude que nous nous proposons d'entamer.

Cette richesse s'accroît encore si l'on adopte une perspective comparée. L'hypothèse selon laquelle l'utilisation de l'interprétation par le juge dépend notamment de l'environnement institutionnel est en effet difficile à vérifier si l'on ne peut pas comparer des juges se trouvant à cet égard dans des situations différentes. Il nous faut par conséquent trouver pour notre comparaison des cas qui permettent de réfléchir toutes choses égales par ailleurs, ou à peu près. À cet égard, la Cour suprême des États-Unis, par exemple, serait trop éloignée de la situation française (aussi bien par l'organisation du contrôle de constitutionnalité, qui fait d'elle le dernier recours dans le procès, que par l'importance du *precedent* dans le *common law*⁴⁰, par sa politisation assumée ou par son mode de fonctionnement interne) pour offrir un terme de comparaison pertinent. Il nous faut trouver deux systèmes dont les fondements et l'organisation générale soient suffisamment comparables pour que la comparaison mène à des conclusions moins incertaines.

C'est précisément le cas en France et en Allemagne : les traditions juridiques sont assez proches, la structure du contrôle de constitutionnalité est semblable sur le fond puisqu'il s'agit dans les deux cas d'un contrôle concentré confié à une cour spécialisée (avec des aménagements d'importance qu'on sera amené à commenter), les normes de référence enfin sont également comparables (un texte constitutionnel comprenant, au moins tel qu'il est interprété aujourd'hui, des dispositions mécaniques et d'autres qui protègent les droits fondamentaux, certes avec de fréquentes différences de détail, pas assez importantes cependant pour empêcher toute comparaison). Pourtant, la profondeur du contrôle exercé par les deux cours n'est pas la même, ni leurs relations avec les autres institutions (juges ordinaires et législateur surtout)⁴¹. Alors que le Bundesverfassungsgericht est généralement regardé comme la cour constitutionnelle la plus puissante d'Europe, le Conseil constitutionnel est encore sur le chemin qui le conduit petit à petit au statut de véritable cour

⁴⁰ Il ne s'agit bien sûr pas de prétendre que le juge continental ni le juge français en particulier ne se sentent pas liés par la jurisprudence antérieure (un administrativiste, notamment, aurait bien de la peine à défendre ce point). Mitchel Lasser ainsi montré à quel point, si l'on étudie le raisonnement réel du juge, tel qu'il peut transparaître dans les conclusions de l'avocat général (pour la Cour de cassation) ou du rapporteur public (pour le Conseil d'État), est proche en réalité de celui-ci qui s'affiche dans la décision d'un juge américain (LASSER (Mitchel), « La Macdonaldisation du discours judiciaire français », APD, 45, 2001, p. 137-148). Cette proximité, cependant, ne concerne que la cuisine interne du juge ; notre recherche portant sur ce que l'on voit (puisque notre approche institutionnelle retient comme élément de contrainte ce qui est public), la distinction entre les modes de raisonnement (particulièrement quant à l'importance des précédents jurisprudentiels) nous semble pouvoir être conservée.

⁴¹ Pour une comparaison terme à terme entre les deux institutions, MELS (Philipp), *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel : ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich, Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaates und der Furcht vor einem « gouvernement des juges »*, München, F. Vahlen (« Studien zum öffentlichen Recht und Verwaltungslehre »), 2003, 540 p.

constitutionnelle (quoique les dernières années l'aient vu progresser plus rapidement, notamment grâce à l'introduction d'un contrôle *a posteriori*⁴²)⁴³.

La comparaison a pour but d'éclairer les façons de faire mais ne peut prétendre décider à soi seule de ce qui serait la bonne ou la mauvaise. Précisément, notre position réaliste nous conduit, comme on l'a déjà dit, à partir de l'observation des usages que font les cours de l'interprétation pour en tirer un nouvel éclairage sur le travail du juge, de la même manière que des thèses réalistes bien connues ont pu étudier l'histoire et les modes d'utilisation de concepts juridiques pour révéler les contraintes qui s'exerçaient sur les acteurs⁴⁴. Il ne s'agit pas donc pas d'envisager le réalisme comme l'entreprise qui cherche à démasquer le juge, ni de s'en démarquer pour « distinguer les différentes étapes que distingue le juge lui-même dans sa décision et qu'il donne à voir », comme voulait le faire J.-M. Blanquer en étudiant les méthodes du juge constitutionnel⁴⁵. Comme la plupart des approches concernant l'interprétation constitutionnelle, cette perspective a en définitive pour but de faire émerger « un véritable "système méthodologique" » permettant ensuite de « contribuer à une réflexion sur la légitimité du juge constitutionnel à partir d'une analyse de la rigueur de ses méthodes et de la nature de ses interventions »⁴⁶. À l'inverse, nous partirons de l'environnement dans lequel évolue le juge et chercherons à y intégrer les raisonnements qu'il tient sans prétendre décider si ceux-ci sont assez rigoureux et comme tel légitime. Les techniques d'interprétation, nous l'avons dit, relèvent pour nous d'un point aveugle de la théorie du droit, et ne peuvent pas plus qu'autre chose légitimer celui qui les emploie. Elles peuvent en revanche révéler les contraintes auxquelles le juge croit devoir répondre, et comment il pense pouvoir y répondre de manière acceptable. C'est sans doute ce changement de perspective qui nous conduira à ne pas considérer, pour conclure, que la vocation du juge constitutionnel français est d'« informer [le système

⁴² Au risque d'ailleurs de perdre ce qui faisait la spécificité de sa position, c'est-à-dire sa relation très étroite avec le Parlement et l'accent mis sur la protection de la délibération parlementaire plus que sur le contenu de la norme. Il est ainsi révélateur que la dernière loi organique sur la transparence de la vie politique (LO 2013-906) aligne spontanément le régime des membres du Conseil sur celui des magistrats, alors qu'il était auparavant calqué sur celui des parlementaires. De même, d'après des entretiens que nous avons pu mener au sein de l'institution, il semble aujourd'hui plus difficile de faire admettre aux nouveaux membres que le contrôle mécanique (notamment la question des cavaliers législatifs) est une part essentielle de l'activité du Conseil, et non une attention mesquine à la forme.

⁴³ Voir à ce propos le point de vue d'un observateur allemand sur le Conseil constitutionnel dans SCHÖNBERGER (Christophe), « Le Conseil constitutionnel vu d'Allemagne : une marche difficile vers le sommet juridictionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 25, 2008, p. 62-64.

⁴⁴ On songe évidemment surtout aux thèses de M. Troper (*La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1967, 251 p.), P. Brunet (*Vouloir pour la Nation : le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, 2004, 396 p.), V. Champeil-Desplats (*Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la république*, Paris – Aix en Provence, Economica – PUAM, 2001, 306 p.) et G. Tusseau (*Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, 813 p.).

⁴⁵ BLANQUER (Jean-Michel), *Les méthodes du juge constitutionnel*, thèse, Paris II, 1993, 454 p., p. 26.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 31.

juridique, au centre duquel il se trouverait] en tant que gardien des droits fondamentaux »⁴⁷. Nous verrons plutôt, la comparaison avec le Bundesverfassungsgericht nous confortant dans cette idée, le Conseil constitutionnel comme un juge paradoxalement marginal, dont l'activité n'est pas tant de modifier l'ordre juridique au moyen des textes constitutionnels (quoiqu'il le fasse parfois, et même visiblement) que d'adapter la constitution à l'ordre préexistant, afin de réaliser entre ces deux éléments une cohabitation qui soit la plus souple possible.

En nous concentrant d'abord sur la question de l'interprétation elle-même, nous chercherons à distinguer les éventuelles différences entre le Bundesverfassungsgericht et le Conseil constitutionnel dans la manière d'appréhender celle-ci. Comme nous l'avons montré en exposant notre méthode, il ne s'agira pas tant dès lors d'observer l'usage de telle ou telle technique d'interprétation, de décider si elle relève ou non du canon traditionnel, si elle est ou non bien appliquée ou si le juge est en général cohérent avec lui-même, mais de chercher à distinguer des schémas plus profonds qui permettent, si ce n'est de rendre exactement compte des décisions rendues (cela paraît ardu car on ne peut exclure des considérations d'opportunité ou d'équité qui ruinerait l'édifice construit), tout au moins d'y observer une orientation globale qu'il soit possible de mettre en rapport avec d'autres éléments connus sur ces tribunaux. À l'aide de théories établies par G. Genette dans le domaine de la critique littéraire, on pourra ainsi déterminer deux grandes tendances possibles dans le travail d'interprétation constitutionnelle⁴⁸, l'imitation (d'un modèle intellectuel) et la transposition (de textes déjà existants). Le premier, plus ambitieux, donne une emprise plus grande à la constitution, et donc à son interprète attitré, sur l'ordre juridique. Le second, au contraire, tend plutôt à privilégier l'adaptation à l'ordre existant par l'intégration de ses dispositions. En présentant les diverses variantes de ces deux grandes manières de concevoir l'interprétation de la constitution, nous verrons qu'elles sont inégalement employées par les deux cours, le Bundesverfassungsgericht se plaçant plutôt du côté de l'imitation, le Conseil constitutionnel plutôt de celui de la transposition. Plutôt, disons-nous, car il ne s'agit pas là d'une position théorique assumée et inconciliable avec l'autre, mais seulement de grandes orientations.

Cette étude de l'écriture constitutionnelle c'est-à-dire de la manière dont le juge construit dans ses décisions et par ses considérants de principe les normes de référence qui forment ensuite la

⁴⁷ *Ibid.*, p. 445.

⁴⁸ Ce faisant, nous proposons également une conception un peu différente de la prétendue spécificité de l'interprétation constitutionnelle. Celle-ci n'existe à notre sens que dans la mesure où le juge constitutionnel est plus qu'un autre confronté à la nécessité de concilier deux systèmes de droit (celui établi par la tradition, celui qui découle de la constitution). On voit cependant qu'il n'y a pas là différence de nature, mais seulement une différence conjoncturelle, éventuellement appelée à être résorbée sur la durée, ou dans le cas d'un contrôle diffus de constitutionnalité (il ne semble pas, ainsi, que cette problématique de la conciliation doive être soulevée dans le cas des États-Unis).

véritable constitution (du moins la constitution contentieuse) débouchera ensuite sur une étude de l'environnement institutionnel des juges, ainsi que de leurs rapports avec les autres acteurs politiques et juridiques (surtout du législateur et des juges, en réalité, car ces rapports sont organisés de manière formelle ; les relations entretenues avec la doctrine mériteraient sans doute une recherche à part). Cet environnement est en effet inextricablement lié au cadre général d'interprétation qui prédomine : il est un des éléments qui engagent le juge dans telle ou telle voie, laquelle détermine en retour pour une bonne part l'intensité du contrôle qu'il peut exercer sur les autres acteurs du champ. On observera ainsi la manière dont le Bundesverfassungsgericht et le Conseil constitutionnel se confrontent aux problématiques communes que rencontre tout juge constitutionnel et y apportent des réponses parfois différentes qu'on peut rapprocher de l'orientation générale prise en matière d'interprétation. Le juge allemand, en concevant la constitution comme un texte destiné à organiser et orienter l'ensemble de la société, s'est donné la possibilité de s'opposer au législateur à propos de décisions morales, ce à quoi le juge français se refuse en général ; de la même manière, les relations aux autres juges, notamment l'existence de conflits ouverts, divergent fortement d'un pays à l'autre.

À travers ces deux parties, nous voulons montrer que les techniques d'interprétation, et plus généralement les problématiques tenant à l'interprétation, doivent être replacées dans un contexte institutionnel plus large. Pas seulement au sens où le juge se servirait de ces techniques pour camoufler des décisions d'opportunité ; pas non plus, à l'inverse, en prétendant que l'étude du système démocratique moderne permettrait de dégager l'interprétation permise au juge constitutionnelle. La voie que nous proposons est plus modeste que l'une, moins pessimiste que l'autre. À l'exemple des cours constitutionnelles française et allemande, nous montrerons que l'interprétation ne peut être ce point aveugle qui garantirait la légitimité du droit, mais un instrument qui, s'il laisse une part d'autonomie au juge constitutionnel, est surtout contraint par le système dans lequel celui-ci agit, système qu'il contribue à former en retour.

PREMIÈRE PARTIE L'ÉCRITURE PALIMPSESTE

Il n'est pas certain que le procédé qui consiste à écrire à partir d'un texte déjà existant soit, comme s'en plaint La Bruyère, seulement dû aux plus de sept mille ans qui ont vu passer déjà tant d'anciens et d'habiles modernes, après lesquels on ne peut plus que glaner⁴⁹. L'esprit humain a sans doute par lui-même une tendance à réutiliser spontanément des formules identiques lorsque, pour une raison ou pour une autre, celles-ci y sont une fois fermement entrées. Les arts, d'ailleurs, n'ont pas été sans user de cette tendance, qui offre à l'occasion un parfait ressort dramatique ; Prenons l'exemple du *Pagliaccio* de R. Léoncavallo : ce qui brouille les esprits du paillasse Canio au point de lui faire confondre théâtre et réalité pour le conduire enfin au meurtre, c'est d'entendre, prononcées par Nedda dans le rôle de Colombine, les mêmes paroles par lesquelles elle a, un peu plus tôt, pris congé de son amant véritable. Or ce n'est peut-être pas tant hasard malencontreux ou maladresse tragique, ni encore aveu involontaire, si Nedda s'exprime ainsi ; c'est sans doute plutôt qu'il ne pouvait pas en être autrement : placée par la réalité dans une situation mille fois vécue sur les planches, elle a spontanément utilisé les formules apprises ; d'autant, d'ailleurs, que ces formules forment un poncif même en dehors de cette œuvre particulière.

De cette disposition naturelle de l'esprit humain, la littérature ferait un usage plus conscient encore. Constatant que Virgile, déjà, a ainsi bâti son *Énéide* d'après l'œuvre d'Homère, Gérard Genette en déduit que l'hypertextualité, c'est-à-dire « toute relation unissant un texte B [l'hypertexte] à un texte antérieur A [l'hypotexte] sur lequel il se greffe d'une manière qui n'est pas celle du commentaire »⁵⁰, est un aspect universel de la littérarité⁵¹. Son étude de la « littérature au second degré » montre que ce mode de production du texte n'est pas, comme on pourrait le croire, le simple fait de jeux parodiques vite épuisés, mais permet également la naissance d'œuvres littéraires à part entière. Dans la lice littéraire, il s'agit d'enrichir l'œuvre que l'on écrit du rapport à celle qui l'a inspirée. Ici s'arrête le parallèle exact avec le droit, ici apparaît en même temps la richesse de ce détour par la théorie littéraire pour notre objet. Si le juge n'a pas grand intérêt à rendre sa décision plus savoureuse pour le lecteur (en tout cas, là n'est pas son premier but), l'écriture à partir d'autres sources lui permet à la fois de trouver une norme plus précise lui permettant de décider en préservant, aux yeux de son auditoire, sa neutralité, et d'utiliser des éléments déjà suffisamment acceptés pour pouvoir justifier la décision – même si c'est au prix de certains coups de canifs

⁴⁹ « Tout est dit, et l'on vient trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il y a des hommes, et qui pensent. Sur ce qui concerne les mœurs, le plus beau et le meilleur est enlevé ; l'on ne fait que glaner après les anciens et les habiles d'entre les modernes », DE LA BRUYÈRE (Jean), *Les Caractères*, Paris, Garnier frères, s.d., 452 p., p. 60-61.

⁵⁰ GENETTE (Gérard), *Palimpsestes. La littérature au second degré*, Paris, Seuil (« Points »), 1992, 573 p., p. 13.

⁵¹ *Ibid.*, p. 18

donnés à une conception rigoureuse de la hiérarchie des normes.

Nous émettons donc l'hypothèse suivante : pour constituer un corpus de normes leur permettant de répondre aux questions auxquelles elles sont confrontées sans laisser l'impression d'agir au coup par coup, en l'absence de toute autorité légitimante sur laquelle elles pourraient s'appuyer, les cours constitutionnelles se livrent à une écriture constitutionnelle hypertextuelle. Certes, parler d'écriture constitutionnelle en l'opposant à une interprétation stricte n'est pas sans poser problème si l'on considère la perspective réaliste dont nous nous réclamons. Nous introduisons en effet une distinction là où il n'est pas de différence de nature (dans les deux cas, une norme est énoncée à partir d'un texte de norme, que le lien soit plus ou moins aisé à faire entre les deux). Cela nous semble cependant justifié par le déplacement de perspective que suppose le recours aux travaux de Genette : la question n'est, de toutes manières, pas de savoir si la solution du juge découle bien du (ou d'un) texte, mais d'étudier les modes de légitimation de cette solution. Or, si cette légitimation est relativement aisée lorsqu'on peut montrer qu'un énoncé règle plus ou moins évidemment la question posée, il nous semble que c'est un travail un peu différent (différence de degré, certes, et non de nature) que de se fonder sur une étude du texte entier (si ce n'est de l'ordre juridique dans son ensemble) pour en déduire une nouvelle règle. C'est pourquoi il nous semble justifié de traiter spécifiquement cette manière de faire, bien que toute décision juridique (qu'elle concerne des cas « faciles » ou « difficiles ») engage de la même manière le processus d'interprétation.

À côté des techniques d'interprétation habituelles, il existe donc une forme de légitimation qui ne repose que de manière indirecte sur le texte constitutionnel. Pour que ces nouveaux énoncés apparaissent tout de même comme du droit positif, ils nous semblent pouvoir être produits de deux manières : ou bien en se prétendant déduits rationnellement de ce texte, ou bien en répétant exactement, quoique dans un contexte différent, des énoncés déjà reconnus comme normatifs.

C'est à cette fin que nous allons utiliser les réflexions développées par Genette à propos de l'écriture littéraire : les deux pôles qu'il dégage permettent en effet d'éclairer le travail du juge et de rendre compte de l'apparition de concepts ou de critères dont on aurait du mal à retrouver la trace dans les textes originaux. En prenant l'exemple de deux textes qui se ramènent à un même hypotexte (l'œuvre homérique), Genette distingue entre transformation simple et imitation⁵². Le *Ulysses* de Joyce est un exemple de transformation simple en ce qu'il se contente de transposer dans le Dublin du XXe siècle l'action de l'*Odyssée*. Dans ce cas, l'hypertexte ne fait qu'adapter

⁵² GENETTE, *Palimpsestes*, p. 14-16.

brutalement l'hypotexte à une autre situation. La transformation qui donne lieu à l'*Énéide* est plus complexe en ce qu'elle suppose un détour par une réflexion sur le genre que constitue l'épopée à partir de l'exemple d'Homère, afin de donner ensuite une épopée latine. Pour ce faire, Virgile doit identifier les marqueurs génériques de l'épopée (mètre, lexique, constructions syntaxiques particulières, division de l'œuvre en chant, utilisation de tropes spécifiques, thèmes...) et écrire une œuvre propre en les respectant. C'est là, pour Genette, un travail d'imitation. En somme, la distinction entre ces deux façons de faire est nette :

Pour transformer un texte, il peut suffire d'un geste simple et mécanique (à la limite, en arracher simplement quelques pages : c'est une transformation réductrice) ; pour l'imiter, il faut nécessairement en acquérir une maîtrise au moins partielle : la maîtrise de tel de ses caractères que l'on a choisi d'imiter ; il va de soi, par exemple, que Virgile laisse hors de son geste mimétique tout ce qui, chez Homère, est inséparable de la langue grecque.⁵³

L'imitation est un travail intellectuel, alors que la transformation (c'est-à-dire la transformation simple) paraît beaucoup plus mécanique. À première vue, l'imitation semble plus recherchée, et trouverait plus naturellement à s'appliquer au droit. Elle a en effet pour elle d'exiger un raisonnement, et comme tel de pouvoir prétendre à une forme de logique. Nous lui rattacherons donc les procédés tendant à dégager un système politique rationnel et cohérent (à partir de diverses sources : les textes constitutionnels eux-mêmes, mais aussi une sorte de connaissance plus ou moins rigoureusement scientifique des conditions historiques de leur édicition), puis à en déduire les normes à appliquer en l'espèce. Cette description sommaire laisse déjà apercevoir la proximité qu'entretient l'imitation avec l'interprétation stricte que nous avons déjà évoquée. Nous verrons aussi qu'elle souffre également de semblables handicaps. Nous nous pencherons ensuite sur l'utilisation par le juge constitutionnel de la transformation simple. Comme en littérature, ce procédé, le plus pauvre en apparence, se révèle bien plus productif que ce que l'on peut d'abord imaginer.

⁵³ *Ibid.*, p. 15.

Titre 1 L'interprétation par imitation (les pastiches de la constitution)

Le paradigme de l'écriture par imitation peut être appliqué avec profit au droit, et plus particulièrement au droit constitutionnel. Cela nécessite, il est vrai, d'adapter ce concept aux spécificités de notre objet ; le gain scientifique qu'on y trouve, cependant, vaut bien cette petite torsion. Il ne sera pas question dans la suite de ce titre d'une éventuelle proximité stylistique entre les textes constitutionnels et les décisions des juges, alors que ce sont précisément surtout des marqueurs stylistiques qui permettent de ranger telle œuvre dans la catégorie qui lui convient – l'Énéide parmi les épopées, pour reprendre l'exemple déjà évoqué. Il faut encore faire un effort d'abstraction supplémentaire et dégager l'essence du concept élaboré par Genette : l'intérêt n'est pas particulièrement de cataloguer les œuvres, mais de montrer un processus particulier permettant de passer d'un modèle (l'hypotexte) à l'œuvre nouvelle (l'hypertexte) en dégagant de celui-là des traits de composition particuliers (dont on considère qu'ils ont fait son succès, ou tout du moins qu'ils lui sont caractéristiques) et en les réutilisant pour bâtir celle-ci. Il s'agit donc d'une prise de recul par rapport à l'objet étudié, rendue possible par un double effort intellectuel, d'induction d'abord (remonter de l'hypotexte à sa structure abstraite), de déduction ensuite (descendre de cette structure vers une nouvelle œuvre).

Ce schéma ternaire une fois mis en lumière, la façon dont on peut l'appliquer au droit s'éclaire : dans la compréhension moderne et contemporaine de celui-ci, l'idée de cohérence du système juridique est une évidence peu discutée⁵⁴. De la cohérence comprise comme une simple

⁵⁴ Même observation dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ved. « système » (p. 599). Si la doctrine se laisse en général aller à ce confort, ce présupposé est souvent l'un des premiers objets de critique de la théorie du droit (ainsi dans BOBBIO (Norberto), *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli,

manifestation du principe de non-contradiction, il est aisé de passer à une acception plus précise et aux visées plus vastes. On peut en effet considérer (et cela est devenu d'autant plus facile après que le problème posé par les régimes totalitaires aux juristes a, pour une certaine doxa au moins, rendu le positivisme caduc, jetant le bébé épistémologique avec l'eau du bain idéologique⁵⁵) que les systèmes juridiques démocratiques doivent non pas seulement offrir un cadre démocratique, mais garantir aussi un certain état minimum des droits fondamentaux⁵⁶. Au moment où nous écrivons, en tout cas, il ne semble pas audacieux d'affirmer que la doctrine constitutionnaliste tombe généralement d'accord sur la nécessité, pour une démocratie moderne⁵⁷, de mêler un élément matériel à l'élément formel traditionnel. C'est ici qu'on peut observer un glissement dans l'acception de la cohérence : puisque la constitution a un but (l'établissement du régime démocratique moderne), on en vient à comprendre l'exigence de cohérence d'une manière positive, et non seulement comme une autre expression du principe de non-contradiction. Dès lors, il devient pour ainsi dire naturel de comprendre et d'appliquer le texte au regard de ce but.

Il y a bien ici un texte différent du texte de départ, et créé à partir de celui-ci au moyen d'un détour par la structure censée le sous-tendre ; c'est en cela qu'il y a imitation au sens de Genette. En utilisant ce concept, on peut à la fois réunir tout un ensemble de modes d'interprétations utilisés par les juges constitutionnels et distinguer plus finement entre eux. Une étude fondée d'abord sur les trois éléments de ce processus (hypertexte, structure et hypotexte) permet d'aboutir à une classification d'après des critères qui ne sont pas nécessairement ceux que l'on a l'habitude d'utiliser. On se donne ainsi la possibilité, en adoptant ce point de vue légèrement décentré, d'éviter certaines des ambiguïtés qui apparaissent fréquemment lorsqu'il est question des techniques d'interprétation. L'interprétation systématique, par exemple, peut avoir le même double sens que la cohérence que nous venons d'évoquer, et finir par ne plus rien désigner de précis ; l'interprétation historique, on le sait, peut être objective ou subjective, originaliste ou intentionaliste. En passant par le concept d'imitation, on pourra rendre compte de la jurisprudence en évitant les imprécisions inhérentes à ces expressions.

Pour mieux appréhender les textes (hypo- comme hypertextes), il convient d'introduire une distinction quant à leur échelle. Nous étudierons donc séparément les phénomènes d'imitation à

1960, 202 p.).

⁵⁵ Nous renvoyons à la distinction bien connue établie par N. Bobbio (« Sur le positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ (« La pensée juridique »), 1998, 286 p., p. 27 sq.).

⁵⁶ Même remarque chez R. Guastini, qui distingue entre la cohérence envisagée du point de vue formel et la cohérence envisagée du point de vue axiologique – pour contester l'existence de cette dernière d'ailleurs (GUASTINI (Riccardo), *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, G. Giappichelli, 2006, 288 p., p. 25)

⁵⁷ Nous reprenons ici à dessein les termes de G. Carcassonne.

petite échelle (quand l'interprète utilise une valeur supposée orienter l'ensemble de la constitution) et les phénomènes d'imitation à grande échelle (quand seule une question particulière est en jeu). Si des liens sont possibles entre les deux catégories (notamment parce que l'application à la grande échelle peut souvent être appuyée, en plus, sur le principe existant à l'échelle de la constitution entière), la différence de portée, qui s'accompagne de fonctions différentes, justifie cette nouvelle distinction. Dans tous les cas, en revanche, nous n'étudierons ici que les énoncés constitutionnels. Certains outils que nous serons amenés à évoquer en passant, notamment la théorie de l'institution, sont d'une grande aide aussi lorsqu'on s'intéresse à l'interprétation des énoncés législatifs ; comme, cependant, ces cas relèvent plus directement encore des rapports du juge constitutionnel avec les autres acteurs institutionnels, on les étudiera dans la deuxième partie de notre travail.

Les développements qui suivent toucheront également à d'autres points traditionnellement débattus lorsqu'il s'agit d'interprétation du droit, et plus particulièrement d'interprétation constitutionnelle. Ce sera, nous semble-t-il, sous un angle un peu différent que nous pourrons approcher la référence à l'auteur du texte, ou la question de la hiérarchie des normes (on le verra, une des fonctions de l'imitation, dans la mesure où elle présuppose un but au texte constitutionnel, est d'instituer une hiérarchie entre ses énoncés).

L'idée même d'un processus d'imitation interne au texte, c'est-à-dire consistant à énoncer des normes constitutionnelles à partir de la pensée (ou de la volonté) que l'interprète découvre (prétend, du moins, découvrir) dans le texte constitutionnel n'est pas sans poser problème. Sans même mentionner le fait que la découverte d'une intention unique semble difficile lorsque le texte constitutionnel est en fait composé de documents historiquement très hétéroclites, comme c'est le cas en France, la pensée ou la volonté que devrait découvrir l'interprète est particulièrement malaisée à identifier. Si l'on voulait prendre cette question au sérieux, on serait obligé, pour identifier la source de cette volonté, d'en revenir aux débats infinis (et dans une certaine mesure aporétiques) portant sur l'intention du législateur en droit. Ce n'est pas notre fait, cependant : il nous semble au contraire nécessaire d'aborder cette question par un détour. On ne cherchera pas à savoir si le sens de la constitution est celui que voulait lui donner le constituant, ou celui qui ressort objectivement du texte. On ne se demandera pas non plus si l'intention du constituant est celle qu'avaient les personnes physiques à l'époque (et lesquelles ? Celles qui ont rédigé le texte ? Celles qui l'ont voté ?) ou celle qu'elles auraient aujourd'hui, compte tenu de l'évolution de la société (si ce n'est même celle du peuple présent). Au lieu de tout cela on constate, dans les faits, (et on s'en contente) qu'un sens est attribué par ses interprètes au texte constitutionnel, et qu'ainsi surgit un

auteur tel que le conçoit Foucault, c'est-à-dire une fonction-auteur à laquelle on assigne un discours – celui du critique, en général.

La question de l'auteur, qui a particulièrement occupé les études littéraires, apparaît avec une grande netteté dans la pièce de Pirandello devenue topos quand on évoque ce thème⁵⁸. Mais ce caractère de passage obligé n'ôte rien à l'intérêt que représente pour nous cette illustration : le paradoxe qui y est mis en lumière est que les personnages, préexistant à la pièce et portant déjà en eux l'histoire qu'ils veulent voir jouer, devraient être regardés comme des auteurs puisqu'ils établissent l'argument de la pièce. Or, ce sont précisément eux qui réclament tout au long de l'œuvre un auteur : celui-ci est conçu comme la puissance qui fait passer leur histoire de simple fait à œuvre littéraire – sans qu'il change rien au fond. Il se contente donc de décerner une sorte de brevet de littéarité à la chose. D'autres personnages de la pièce, d'ailleurs, peuvent aussi prétendre, selon l'inspiration de l'instant, à remplir le rôle traditionnellement dévolu à l'auteur (lorsque le directeur du théâtre, par exemple, cherche soudain à faire coïncider les différentes histoires que chaque personnage veut voir raconter)⁵⁹ : cette circulation de l'auteur montre encore qu'on a affaire à une simple attribution, liée ni à un être réellement existant, ni à la production d'une histoire.

C'est ce que présente et systématise Foucault, en réponse et en complément à la mort de l'auteur annoncée par Barthes, dans une conférence prononcée en 1969, lorsqu'il invente la fonction-auteur. Selon lui, l'auteur ne doit pas être confondu avec l'écrivain (la personne physique) qui a rédigé le texte, mais est l'entité créée par les récepteurs d'un texte pour donner un statut particulier à certains discours (notamment par sa fonction classificatoire et par la façon qu'il a de « caractériser un certain mode d'être » du discours)⁶⁰ : il n'est « pas une construction de l'*origine* du texte, mais une construction qui provient de notre interaction interprétative avec le texte »⁶¹. Si l'auteur survit à sa mort annoncée, c'est qu'il est nécessaire en tant que garant d'autorité, comme présumé nécessaire à l'existence d'un texte et à sa réception. L'important n'est donc pas tant ce qu'il dit que le fait qu'il soit là pour le dire ; pour reprendre les mots de Beckett que Foucault prend comme point de départ à sa réflexion : « Qu'importe qui parle, quelqu'un a dit qu'importe qui parle. »⁶²

Cependant, cette notion est réservée par Foucault à certains discours : ce sont les sciences et

⁵⁸ PIRANDELLO (Luigi), *Sei personaggi in cerca d'autore*, in d'Amico (Alessandro) éd., *Maschere nude*, vol. 2, Milano, Arnoldo Mondadori (« I Meridiani »), 1997, p. 619-758.

⁵⁹ PIRANDELLO, *Sei personaggi in cerca d'autore*, p. 733.

⁶⁰ FOUCAULT (Michel), « Qu'est-ce qu'un auteur ? », in *Dits et Écrits*, t. 1, Paris, Gallimard, 1994, p. 789-821, p. 798.

⁶¹ BUCH-JEPSEN (Niels), « Le Nom propre et le propre auteur. Qu'est-ce qu'une « fonction-auteur » ? », in JACQUES-LEFÈVRE (Nicole) dir., *Une histoire de la « fonction-auteur » est-elle possible ?*, Saint-Étienne, Publication de l'Université de Saint-Étienne, 2001, 292 p., p. 49-64, p. 62.

⁶² FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », p. 792.

les arts qui lui fournissent la matière de son exposé, alors qu'il rejette explicitement qu'une lettre, un contrat ou un graffiti puissent avoir un auteur. Cela, parce que le nom d'auteur « est situé dans la rupture qui instaure un certain groupe de discours et son mode d'être singulier », et que tous les discours, selon les civilisations, ne peuvent pas prétendre à ce mode d'être⁶³. La question se pose alors pour le droit : la référence à l'auteur y est omniprésente, sans qu'on puisse être certain que l'outil créé par Foucault s'y applique parfaitement. Spontanément, et la mention du contrat nous conforterait dans cette opinion, il nous semble hasardeux de traiter le droit comme les lettres ou les sciences ; ne serait-ce que parce que, contrairement à celles-ci, cette fonction-auteur ne peut pas être plaquée sur un individu dont l'existence est présumée. Certes, le propos de Foucault est de montrer que l'auteur ne doit pas être confondu avec la personne physique, mais il tient aussi comme l'une des caractéristiques des discours porteurs de la fonction-auteur le fait de pouvoir « être objet d'appropriation » par une personne réelle⁶⁴. On conviendra sans peine que ce n'est pas le cas du droit. De même, il suppose que la fonction-auteur « peut donner lieu simultanément à plusieurs ego » (ainsi notamment dans le cas d'un roman à la première personne)⁶⁵, ce qui ne paraît pas pouvoir non plus s'appliquer au droit.

Ces difficultés semblent trouver une cause plus lointaine : c'est qu'il faut se demander comment le droit peut être considéré comme un discours. Certes, il est fait de mots et de phrases, et l'on parle assez naturellement du discours juridique. Bien plus, même : si l'on considère le droit, au fond, comme un ensemble de normes, il doit bien se signaler par son caractère impératif. Or, peut-on imaginer un ordre qui ne soit pas communiqué ? Et même si, à la manière d'un Villey, on considère, à rebours de l'immense majorité de la doctrine comme des praticiens, que le droit peut aussi être compris comme la simple répartition juste, sans qu'il soit question d'ordres adressés aux individus, il faut encore une façon d'informer les intéressés du contenu de cet ordre juste.

Un discours, pourtant, ne peut être conçu en dehors d'une fonction de communication, sauf le cas particulier de la littérature (il faudrait se demander si elle est un discours d'un genre un peu différent, qui ne s'arrête pas à la communication, mais permet une pluralité de sens, ou si elle n'a rien à voir avec la communication⁶⁶ – mais ce n'est pas notre objet ici). Or ce qui manque au droit pour relever de ce champ, c'est, comme nous l'avons déjà évoqué en utilisant l'exemple de notre jeune provincial, qu'il n'y a pas d'auteur car il ne peut pas y avoir de concomitance exacte entre

⁶³ *Ibid.*, p. 798.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 799.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 803-804.

⁶⁶ Arnaud Bernardet, comparant les positions de Foucault et de Roger Chartier sur l'auteur, semble plutôt penser que la littérature échappe par nature à la communication (BERNADET (Arnaud), « L'historicité de l'auteur », in JACQUES-LEFÈVRE (Nicole) dir., *Une histoire de la « fonction-auteur » est-elle possible ?*, p. 13-31, p. 31).

l'édition de l'énoncé normatif et son application. Même dans le cas où existe une personne physique identifiable à qui on peut rattacher un énoncé normatif, le fait que le droit consiste en des normes qui ne coïncident pas avec cet énoncé, mais sont « le sens ou la signification de l'acte ou des actes qui forment le processus de production des lois »⁶⁷, sens confié, dans un système soumis à la séparation des pouvoirs, à un juge, empêche toute coïncidence entre l'énonciateur du texte et celui de la norme. Or, l'activité de communication, puisqu'elle repose sur la transmission d'une intention, ne peut se passer d'un énonciateur (alors que la forme linguistique est, pour elle, accessoire)⁶⁸. Par conséquent, il manque au droit l'élément essentiel pour un faire un discours.

Pourtant, il y a une nécessité à réussir à faire du droit un discours, et à lui inventer un auteur. D'abord du point de vue empirique, car le droit est ressenti par ses sujets comme un système d'ordre qui s'adresse à eux : les lois ordonnent ou interdisent de faire telle ou telle chose (le simple fait d'employer spontanément le verbe « s'adresser » est encore un signe de ce que nous le considérons généralement comme un énoncé communicatif). Dans ce cadre-là, on attend de pouvoir identifier un énonciateur. Du point de vue théorique ensuite, puisque l'auteur permet d'identifier, parmi l'ensemble des énoncés produits, le sous-ensemble de ceux qui constituent le discours du droit, et doivent donc recevoir « force de loi ».

Théoriquement comme empiriquement, donc, il faut un auteur que le droit ne peut pourtant pas offrir à cause de la dissociation essentielle que nous avons évoquée entre l'énoncé normatif et la norme, ainsi qu'entre ceux qui sont responsables de celle-ci et de celui-là. C'est ici que nous pouvons, et avec profit, retrouver Foucault. Au fondement de sa réflexion sur l'auteur se trouve en effet la recherche des « conditions de fonctionnement de pratiques discursives spécifiques » entamée dans *Les Mots et les choses*, qui l'amène à observer cette fonction-auteur déjà présentée⁶⁹. D'après ce qu'on vient de voir, c'est justement en ce sens qu'un auteur est nécessaire en droit : quelle que soit sa réalité physique, il est une condition de fonctionnement du discours juridique (aussi bien pour le chercheur que pour le profane). Comme l'auteur foucauldien, donc, celui du droit « ne se forme pas spontanément comme l'attribution d'un discours à un individu. [la fonction-auteur] est le

⁶⁷ « der Sinn oder die Bedeutung des Aktes oder der Akte, die den Gesetzgebungsprozeß darstellen, [ist] eine Norm », KELSEN (Hans), *Reine Rechtslehre* (2e éd.), Wien, Franz Deuticke, 1960, 533 p., p. 7.

⁶⁸ Le modèle codage/décodage proposé par Jakobson se révèle en effet insuffisant. Sur cette question, voir notamment le courant pragmatique représenté par H. P. GRICE (*Studies in The Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1989, 394 p.), et surtout, critiquant et précisant le précédent, SPERBER (Dan), WILSON (Deirdre), *La Pertinence*, Paris, éd de Minuit, 1989, 396 p. (en particulier les pages 346-347 pour ce qui de la relation entre communication verbale et volonté du locuteur) ; s'attachant plus spécifiquement à l'opposition entre code et communication, SPERBER (Dan), (ORIGGI) Gloria, « Pourquoi parler, comment comprendre ? », in HOMBERT (Jean-Marie), dir., *L'origine de l'homme, du langage et des langues*, Paris, Fayard, 2005, p. 236-253.

⁶⁹ FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », p. 791.

résultat d'une opération complexe qui construit un certain être de raison qu'on appelle l'auteur »⁷⁰. Cela s'explique par la nécessité d'identifier parmi l'ensemble des discours un discours particulier, qui soit juridique : c'est ainsi seulement, en effet (ou c'est en tout cas une condition *sine qua non*), qu'on pourra déterminer ce qui est ou non normatif. La « rupture » dans laquelle se situe le nom d'auteur, et qui est à son origine, peut donc être retrouvée également en droit, quoique d'une manière légèrement différente (Foucault considère des discours particuliers au sein d'un champ, nous envisageons ici un discours qui constitue un champ dans son entier : l'auteur si l'on veut, est encore plus purement fonctionnel qu'en littérature)⁷¹.

On peut même faire un pas de plus, d'ailleurs. Le propre de la fonction-auteur en littérature, on l'a dit, est de ne pas pouvoir être réduit à une instance de communication⁷². Cela n'empêche pas, pour autant, de faire comme si le texte lui-même était plein d'énonciateurs véritables : on a ainsi pu renouveler la critique dramatique en étudiant les pièces à l'aide des outils forgés par la pragmatique⁷³. On voit à quel point ici cette fonction agit comme une fiction. De la même façon, en droit, le fait d'affirmer que l'auteur n'est qu'une fonction n'empêche pas de présupposer également, pour des besoins rhétoriques, une intention communicationnelle – et donc l'emploi des techniques d'interprétation traditionnelles, qui reposent sur ce paradigme.

Ainsi, l'invention d'une fonction-auteur est nécessaire en droit aussi. C'est elle qui permet au texte juridique de se distinguer comme un discours propre (et un discours compris par le citoyen comme lui étant adressé), alors même qu'il n'a pas véritablement d'énonciateur fermement identifiable. Pour s'en convaincre, on peut imaginer de comparer un édit pris par une cité de l'époque hellénistique, l'ordonnance de Villers-Coterêts et une loi actuelle. Ces trois documents ont en commun d'avoir été énoncés comme des textes normatifs ; leur structure est d'ailleurs extrêmement proche : on y trouve mention de l'instance à qui est attribuée la souveraineté, et donc le pouvoir d'édicter une norme (peuple ou roi), des motifs plus ou moins développés (bref pour l'ordonnance de François Ier, généralement étendus et proches de nos décisions de justice pour les édits hellénistiques) et un dispositif énonçant les règles nouvellement adoptées. Formellement, donc, peu de différences.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 800-801.

⁷¹ Pour l'étude du droit comme discours au sens foucauldien du terme, voir également PAROUSSIS (Michel), *Theorie des juristischen Diskurses – eine institutionelle Epistemologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot („Schriften zur Rechtstheorie“), 1995, 170 p.

⁷² Cf. à nouveau BERNADET (Arnaud), « L'historicité de l'auteur ».

⁷³ Ainsi en premier lieu UBERSFELD (Anne), *Lire le théâtre III, Le dialogue de théâtre* (1996), Paris, Belin Sup, 2004, 217 p., pp. 77 sq.

Cependant, nous ne les abordons pas du tout de la même façon : alors, on l'a vu, que le texte de loi contemporain est compris comme un énoncé qu'on peut attribuer à une fonction-auteur, l'édit hellénistique est étudié uniquement comme un témoignage historique. L'historien s'en sert pour établir tel ou tel fait (aussi bien quant à la politique générale – Rhodes rendait hommage aux Séleucides plutôt qu'aux Lagides à telle époque, telle dynastie menait une politique d'évergétisme à tel moment, dans telle direction⁷⁴, le développement, en contrepartie, de phénomènes de divinisation des rois hellénistiques...⁷⁵ – qu'en ce qui concerne des faits plus ponctuels – X ou Y était stratège à telle date), mais ne sent pas autrement apostrophé par le texte⁷⁶. L'auteur qu'il conçoit éventuellement est ici, en revanche, bien une personne physique, ou une assemblée de personnes physiques, dont il cherche à établir, d'après le discours qu'il a sous les yeux et qu'il sait émaner d'elle, la volonté, les buts et les présupposés. Au contraire, confronté au plan local d'urbanisme de sa commune, on peut supposer qu'il se demandera plutôt s'il lui permet ou non de réaliser le projet immobilier dont il rêve, sans se soucier d'apprendre que M. Martin est bien toujours maire de sa commune, ou que la majorité municipale a une conception tout à fait particulière de l'écologie. Dans ce cas, il ne cherche pas à vrai dire d'auteur, mais le présuppose simplement sans s'en soucier plus que cela.

Si enfin nous citons l'ordonnance de Villers-Cotterêts, c'est pour montrer que les deux perspectives ne sont pas incompatibles, pas plus qu'elles ne sont déterminées par l'ancienneté du texte étudié. Celle-là peut en effet aussi bien être utilisée par l'historien (un autre, moderniste celui-là) dans le cadre d'une recherche sur la façon dont la langue française s'est imposé petit à petit en France ou sur la politique de François Ier que dans un procès qu'il aurait avec une société, laquelle aurait la mauvaise idée de ne se prévaloir devant le tribunal que de pièces écrites dans une autre langue⁷⁷. Preuve s'il en était encore besoin qu'un même texte peut être rangé dans différents discours, et que la fonction-auteur ne s'y applique alors pas de la même manière (si ce n'est pas du tout). En ayant à l'esprit cette distinction, on voit bien aussi, nous aurons l'occasion d'y revenir, que le recours aux travaux préparatoires n'a de valeur que rhétorique, et que la question, si débattue en Allemagne, de l'interprétation historique objective ou subjective n'a pas nécessairement l'importance qu'on lui prête d'abord.

⁷⁴ PRÉAUX (Claire), *Le Monde hellénistique*, Paris, PUF (« Nouvelle Clio »), 1978, 402 p., p. 202-207.

⁷⁵ Sur ce point, voir LE GUEN-POLLET (Brigitte), *La vie religieuse dans le monde grec du Vème au IIIème siècle avant notre ère : Choix de documents épigraphiques traduits et commentés*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 1991, 256 p., notamment p. 233-237 (décret de Skepsis, pour ce qui regarde la divinisation des Antigonides).

⁷⁶ Pour cette utilisation des sources, voir les quelques pages de vulgarisation dans PRÉAUX, *Monde hellénistique*, p. 88-102.

⁷⁷ Cass. com., 13 décembre 2011, n° 10-26389.

Cette fonction-auteur désormais mieux cernée, son origine mieux comprise, il reste à s'interroger sur les fonctions qu'elle peut remplir au-delà de la première que nous avons dégagée, celle de permettre l'identification d'un certain discours comme du droit. Dans le cadre du droit moderne et de systèmes politiques démocratiques, elle offre surtout une forme de légitimité aux textes qu'on peut lui rattacher. Tout naturellement, en effet, puisqu'il y a auteur, il y a autorité.

Tirant les conséquences des réflexions de Foucault, Christine Baron cherche à redonner une acception acceptable au terme (acceptable malgré le rejet de l'autorité qu'ont connu les études littéraires à partir du structuralisme – pour ne pas remonter à Proust d'ailleurs), tout comme Foucault avait redonné un sens à l'auteur. Elle propose ainsi « de distinguer une autorité-référence à un passé incontesté – la révérence pour les Anciens – et une autorité porteuse de valeurs nouvelles qui, sans occulter la précédence, en fait l'occasion d'un renouvellement »⁷⁸, renouvellement nécessaire dans la mesure où Foucault, en travaillant sur l'auteur, a rejeté les trois types d'autorité (rationnelle, traditionnelle et formelle) dégagés par Weber et traditionnellement repris depuis⁷⁹. Elle s'appuie pour ce faire sur la dialectique entre autorité et liberté développée par Gadamer : l'autorité, selon celui-ci, « ne se concède pas, mais elle s'acquiert »⁸⁰. Elle a, en ce sens, à voir avec la raison, car c'est rationnellement que l'on reconnaît l'autorité, en constatant la supériorité de l'auteur⁸¹. Cela s'applique évidemment bien à ce type un peu particulier d'auteur qu'est l'auteur transdiscursif foucauldien, celui qui, tels Marx ou Freud, ouvre de nouveaux horizons⁸². Mais C. Baron voit également un prolongement possible dans la sphère politique : derrière le vernis du temps, qui donne certes une forme de légitimité mais ne saurait suffire dans une société démocratique, on peut rationnellement retrouver « la pertinence des contenus politiques qui fondent les lois », et ainsi reconnaître leur autorité⁸³.

Le point faible d'une telle conception de l'autorité, ou au moins de son application au droit, est précisément ce fondement rationaliste : l'idée que l'autorité se reconnaît a pour revers nécessaire qu'on peut la refuser ; dans des sociétés pluralistes, il est même plus probable, les points de départ étant tout à fait opposés, qu'elle soit contestée.

⁷⁸ BARON (Christine), « Autorialité, auctorialité, commencement », in BOUJU (Emmanuel) dir., *L'autorité en littérature*, Rennes, PU Rennes, 2010, 511 p., p. 85-94 (p. 89).

⁷⁹ WEBER (Max), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* (1922), Tübingen, J.-C. B. Mohr, 1985, 945 p., p. 122-176.

⁸⁰ « Damit hängt zusammen, daß Autorität nicht eigentlich verliehen, sonder erworben wird und erworben sein muß, wenn einer sie in Anspruch nehmen will » (GADAMER (Hans-Georg), *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, in Gesammelte Werke*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1986, t. 1, 494 p., p. 284.

⁸¹ « [Autorität] beruht auf Anerkennung und insofern auf einer Handlung der Vernunft selbst, die, ihrer Grenzen inne, anderen besser Einsicht zutraut. [...] Ihr wahrer Grund ist auch hier ein Akt der Freiheit und der Vernunft, die grundsätzlich dem Vorgesetzten, weil er mehr überschaut oder besser eingeweiht ist, Autorität zubilligt, also auch hier, weil er besser weiß » (*ibid.*).

⁸² FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », p. 804-807.

⁸³ BARON, « Autorialité, auctorialité, commencement », p. 91.

Il semble plutôt que le droit, quoiqu'il s'appuie en apparence sur cette autorité rationnelle (qui impose par exemple que le juge motive sa décision – d'où les débats récurrents sur le caractère factice de cette motivation, où justement l'argument se trouve retourné : attendre du juge français des jugements expliqués plus en détail, ce serait donner à chacun la possibilité d'en contester le raisonnement), ait surtout recours à l'autre versant, traditionnel, de l'autorité.

Cette compréhension de l'autorité est celle que l'on doit, notamment, à Hannah Arendt, selon qui ce concept doit être considéré en gardant à l'esprit une ambiguïté fondamentale, qu'il tire de son origine grecque et de son passage par le monde romain⁸⁴. Selon Arendt, au contraire donc de la position de Gadamer, le propre de l'autorité en politique est d'avoir sa source au-delà du pouvoir : elle ne peut pas être créée par l'homme. Cette interprétation se fonde sur une lecture politique donnée par Heidegger du mythe de la caverne : alors que les idées (l'essence des choses chez Platon) ne sont pas normatives en soi, le philosophe les utilise comme telles au moment de rentrer dans la caverne, afin de protéger sa vie : comme le prouve l'exemple de Socrate, le gouvernement par la persuasion (l'autorité de Gadamer, pourrait-on dire) ne suffit pas. La torsion qu'introduit donc Platon est d'attribuer à la vérité du philosophe une validité pour les affaires humaines ; ce faisant, il présuppose que les hommes de la caverne ne s'intéressent qu'à la vision. Dès lors, qui peut garantir la vraie vision, le philosophe, donc, peut les gouverner⁸⁵.

Pour Arendt, il y a là quelque chose de fondamentalement incompatible avec l'expérience grecque de la politique : l'autorité y est introduite de force, et avec elle une idée de vérité auparavant étrangère à la conduite des affaires humaines. En revanche, le monde romain s'accommode de cette notion, à laquelle il donne son nom, car la tradition, c'est-à-dire une source transcendante d'autorité, occupe déjà une place centrale dans leur compréhension de la politique⁸⁶. La force de l'autorité y est donc liée à l'aspect religieux car elle est liée à la fondation de la ville ; elle n'est pas un pouvoir à proprement parler, plutôt la puissance qui s'attache à cette fondation. Il y a là une compréhension historique de l'autorité : elle se transmet depuis les fondateurs de la ville, auxquels on peut remonter⁸⁷.

La compréhension contemporaine de l'autorité (politique) pour Arendt est un mélange de ces deux conceptions : des Grecs, elle a pris l'idée qu'il existe une vérité transcendante en politique, des Romains qu'on peut la retrouver en remontant à un moment fondateur censé l'avoir contenue. L'autorité est dès lors conçue comme le retour nécessaire de toutes les règles politiques à cette

⁸⁴ ARENDT (Hannah), « Qu'est-ce que l'autorité ? », in *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1989, 380 p. (traduction de l'anglais *Between Past and Future*, Londres, 1961), p. 121-185.

⁸⁵ ARENDT, « Qu'est-ce que l'autorité ? », p. 144-152.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 158-159.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 160-161.

vérité transcendante⁸⁸. Les révolutions modernes en sont, selon elle, un signe : après que l'autorité qu'avait conservée l'Église a été perdue, elles sont une tentative de refondation⁸⁹.

Pour Arendt, ces tentatives ont échoué. Pour notre propos, le concept d'autorité qu'elle propose semble tout à fait pertinent, au contraire, en ce qu'il explique le fonctionnement du discours juridique – en particulier pour ce qui regarde la justice constitutionnelle. Il nous faut seulement changer légèrement la perspective : au lieu de la diachronie (de la profondeur historique) qu'envisage Arendt, nous voudrions raisonner en synchronie, à la manière peut-être dont Derrida appréhende lui aussi le « fondement mystique de l'autorité », sans chercher à inscrire cette recherche du fondement dans une chronologie, mais en montrant au contraire qu'il s'agit ici d'un élément inhérent au droit⁹⁰. Nous chercherons notamment à montrer qu'une partie du discours constitutionnaliste (le néo-constitutionnalisme) institue des valeurs-mythes qui prétendent donner une matière à ce fondement mystique, et jouent ainsi le rôle de la transcendance historique, si l'on préfère conserver le schéma diachronique.

Cette façon de comprendre l'autorité explique qu'une simple fonction-auteur, sans qu'il soit besoin d'une personne physique à qui la rattacher, suffise pour donner sa légitimité à l'ordre juridique, et, plus particulièrement, au juge. Justement parce qu'elle est construite dans le processus de constitution du discours juridique, et construite, dans ce cas particulier, par les premiers récepteurs de ce discours, les juges, l'autorité dépend de ces interprètes initiaux, qui sont au droit, peut-être, ce que sont les critiques à la littérature lorsque ceux-ci constituent un auteur pour pouvoir offrir une lecture d'un texte :

Cette autorité supposée de « Broch » et de « Dos Passos » est en réalité un trompe l'œil, une autorité « fictive », autorité recrée par les critiques, manière autoritaire de réduire le propos contradictoire, nuancé des œuvres, alors que cette autorité supposée est contredite par l'examen des textes. Derrière l'autorité exhibée de « l'auteur » se cache celle d'un critique qui n'est pas systématiquement remise en question – par soumission du lecteur à l'autorité d'un texte critique, par sentiment de ne pas être autorisé à le faire tant que l'on n'a pas lu toute la glose critique consacrée à un auteur...⁹¹

On voit le mécanisme : si le critique s'appuie sur l'autorité d'un auteur, c'est avant tout pour donner de l'autorité à son propre discours. Dans un cercle vertueux (pour lui du moins), sa posture

⁸⁸ *Ibid.*, p. 168.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 182-84. On sait que le propos de tout l'ouvrage est de considérer sous cet angle les révolutions américaine et française, au prisme de cet aphorisme de René Char : « Notre héritage n'est précédé d'aucun testament ».

⁹⁰ DERRIDA (Jacques), *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Galilée, 1994, 147 p., notamment p. 26-34.

⁹¹ FERRÉ (Vincent), « L'autorité de l'auteur invisible (Broch, Dos Passos) », in BOUJU (dir.), *L'autorité en littérature*, p. 121-131, p. 130.

institutionnelle lui permet en plus de voir cette autorité rationnellement acceptée (en tant que critique, il est censé mieux maîtriser le sujet) ; mais au fond, l'important est bien qu'un nimbe auctorial transcendantal entoure le texte, et par ricochet son commentaire. Dans le champ juridique, le juge en use de la même manière, et le même nimbe de la loi se reflète sur sa décision. Le parallèle pourrait se poursuivre, si l'on osait, et retrouver les acquis du réalisme juridique : le critique a dans une certaine mesure la haute main sur l'auteur, puisqu'il est celui qui décide qui est ou non un auteur (qu'on songe à la reconnaissance relativement tardive de Baudelaire comme grand poète, ou à la redécouverte des « petits romantiques », dont Nerval, au milieu du XXe siècle). De semblable façon, le juge détermine, en l'appliquant ou non, quel énoncé normatif parmi le fatras des lois est ou non du droit. Il est pareil, en ce sens, à l'éditeur d'anthologie qui, loin de constater le canon de la littérature qui prévaut à l'époque où il écrit, le crée en fait. Plus, même : comme cela a pu être montré à l'aune des anthologies d'écrivains, les auteurs ainsi convoqués sont inscrits, malgré qu'ils en aient, dans le projet de cet éditeur, qui peut souvent être un projet politiquement et socialement engagé, surtout lorsqu'il s'agit de répondre à ce qui est ressenti comme une crise⁹².

Le critique, dans ce mouvement, a généralement tendance, souvent même sans s'en rendre compte, « à construire des théories à partir d'un livre, en les présentant comme celles d'une figure que l'on identifie comme l'auteur »⁹³ ; il se laisse par exemple prendre à la fiction d'une « philosophie de Proust » qui préexisterait à la *Recherche*, alors même que cette « fiction [...] est fabriquée [par le critique, justement] à partir des propos décousus de Marcel » – en dehors de cette reconstruction, il n'y a pas de Marcel Proust philosophe, seulement ce « pseudo-Marcel »⁹⁴. De la même façon, c'est ce que nous allons montrer, le juge (et la doctrine, surtout) se laisse parfois aller, à partir de la fonction-auteur, à établir un système idéologique à partir duquel il interprète, de façon autorisée affirme-t-il donc, la constitution. Grâce à cette construction de l'auteur et d'une autorité non pas uniquement formelle, mais aussi transcendante et matérielle, il peut en effet prétendre remonter jusqu'à une pensée qu'il lui faut ensuite, pour décider de manière juste et respectueuse de la séparation des pouvoirs, imiter. On touche là à un élément qui doit découler de la structure du droit et des présupposés qui y sont attachés dans nos systèmes plutôt que de stratégies ponctuelles des juges constitutionnels : à vrai dire, la manière dont la doctrine (ou nous-même dans ce travail) évoque « le juge » pour désigner l'institution relève du même mouvement de construction d'un auteur à qui attribuer un discours.

⁹² Voir à ce sujet STRAUBEL (Hella), *Schriftstelleranthologien in Deutschland und Frankreich*, thèse, Friedrich Schiller Universität Jena – Paris IV Sorbonne, 2013, en cours de publication.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Cf. DESCOMBES (Vincent), *Proust. Philosophie du roman*, Paris, éd. de Minuit, 1987, 338 p., p. 31-38 (p. 34 pour la citation).

Lorsqu'on observe cette pratique en ce qui regarde le constituant, on constate qu'elle s'exerce aussi bien au niveau du texte constitutionnel dans son entier, à petite échelle donc (chapitre 1) que, à grande échelle, cantonnée à certains principes ou points particuliers (chapitre 2).

Chapitre 1 L'imitation à petite échelle

La manifestation la plus pure et la plus puissante de l'interprétation par imitation est celle qui concerne la constitution dans son entier. Celle-ci répond exactement au schéma de l'imitation littéraire : de l'ensemble d'un texte, l'interprète dégage les principes qui le structurent et le caractérisent ; une fois ces principes découverts, il peuvent être appliqués directement. Tout l'intérêt, évidemment, réside dans le fait que ces principes prétendument sous-jacents peuvent ensuite servir à établir une hiérarchie entre des énoncés constitutionnels présentés comme contradictoires (ou, plus précisément, de fournir un autre critère de résolution d'une antinomie : substituer une forme de *lex superior* fondée sur ce principe fondamental pour ne pas appliquer, par exemple, *lex specialis* ou *lex posterior*⁹⁵), voire d'écarter, dans l'absolu, l'application d'une disposition.

Cette pratique présuppose d'adopter certains postulats théoriques qui permettent de considérer le texte constitutionnel comme un tout cohérent et orienté (section 1) ; les spécificités nationales font qu'elle n'est pas autant (pas aussi explicitement, du moins) appliquée en France qu'en Allemagne où, malgré les critiques, l'idée selon laquelle il existerait un système ou un ordre de valeurs au fondement de la Loi fondamentale est régulièrement utilisée par le Bundesverfassungsgericht (section 2).

⁹⁵ Sur cette question, on se reportera à BOBBIO (Norberto), « Des critères pour résoudre les antinomies », in id., *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 287 p., p. 89-103. Voir aussi GUASTINI (Riccardo), *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 2001, 243 p., p. 69-95.

Section 1 *Soubassement théorique : la constitution comme ensemble cohérent*

Nous avons entamé ce chapitre en rappelant que la cohérence de l'ordre juridique est aujourd'hui l'un des postulats les moins discutés par la doctrine (la preuve en est d'ailleurs qu'une contradiction est perçue comme un défaut auquel il faut remédier). Celui-ci, *a fortiori*, s'applique non pas seulement à l'ordre juridique dans son entier, mais plus fermement encore aux différentes branches du droit et aux textes sur lesquels elles se fondent. Ceux-ci, parfois, résistent cependant : il est donc nécessaire de leur faire subir deux opérations qui en feront de bonnes bases pour le travail d'imitation à l'échelle de la constitution : une unification chronologique, qui s'accompagne d'une forme de déshistoricisation proclamée (§ 1) et la constitution du tout comme un ensemble axiologiquement orienté (§ 2).

§ 1 Unifier le texte

Il n'est pas que l'auteur qui soit le résultat d'une construction faite par le récepteur : il en va de même du discours lui-même. C'est, au moins, le cas en littérature, dans le cas d'œuvres particulièrement fragmentaires. La première tâche du critique, avant même l'interprétation à proprement parler (ou plutôt, d'ailleurs, en même temps que l'interprétation, qu'elle rend possible tout en s'en nourrissant), est de rattacher des textes hétéroclites à un même ensemble : sans cela, il est difficile de parler d'œuvre, voire d'auteur, « La "fonction auteur", cet auteur auquel se réfère la critique, semble plutôt dissoute dans un dispositif textuel déroutant, où l'auteur apparaît "invisible" »⁹⁶.

De la même façon, le juge, lorsqu'il est confronté à des textes qui ne sont pas contemporains les uns des autres, doit établir la « présence d'une même voix »⁹⁷ qui les lie entre eux (a). Dans le cas particulier du droit, cela s'accompagne d'un processus d'abstraction de l'auteur, arraché à son époque (b).

a. Le rattachement à un même auteur

Le bloc de constitutionnalité établi par le Conseil constitutionnel trouve ses sources, on le sait, dans trois textes différents : la Constitution de 1958, le préambule à la Constitution de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Dans la présentation du Conseil, seul le

⁹⁶ FERRÉ, « L'autorité de l'auteur invisible (Broch, Dos Passos) », p. 123.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 125.

texte de 1958 a force juridique, mais il inclut les deux autres par les références qui y sont faites dans le préambule (ainsi, pour la première fois en 1971, des PFRLR, « solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution »⁹⁸). Ce détour est nécessaire pour donner valeur contraignante à ces deux textes (et, partant, pour disposer de droits fondamentaux parmi les normes de référence du contrôle constitutionnel), mais risque de conduire, plus encore que dans les textes écrits d'une traite, à des conflits de normes : rien ne garantit en effet que les rédacteurs des différents textes voulaient affirmer les mêmes principes, et il se pourrait fort bien même qu'ils se contredissent expressément. On sait que l'hypothèse n'est pas d'école, puisque le cas s'est présenté dans l'une des décisions les plus connues du Conseil constitutionnel, la première décision *Loi de nationalisation*⁹⁹.

La question, on le sait, était en effet de savoir si les dispositions de la Déclaration de 1789 concernant la propriété devaient être maintenues, alors qu'elles apportaient d'importantes restrictions au principe des nationalisations proclamé en 1946¹⁰⁰. Lorsque deux normes de même rang peuvent être opposées l'une à l'autre, la réaction la plus naturelle pour le juriste est de considérer, selon l'adage *lex posterior lege anteriori derogat*, que la plus récente l'emporte sur la plus ancienne (on présuppose en effet que le législateur le plus récent avait connaissance du texte ancien, et que, s'il a tout de même pris le sien, c'est qu'il voulait qu'on l'applique face à l'ancien – raisonnement qui tient d'ailleurs tout autant si le législateur ignorait le premier texte : dans ce cas, on peut aisément affirmer qu'il l'aurait abrogé s'il l'avait connu). Le Conseil constitutionnel, pourtant, a considéré que le texte de 1789 continuait à s'appliquer, et qu'il s'imposait même à celui de 1946, qui aurait seulement pour but de le compléter, sans vouloir remettre en cause les droits déjà énoncés. Pour ce faire, il a justement évité la perspective du conflit de normes, et a plutôt eu recours, d'une certaine façon, aux travaux préparatoires – ou plutôt à ce qu'il a constitué comme tels : non les débats parlementaires, mais la succession de référendums qui a abouti à la naissance de la IV^e République, puis à l'intégration du préambule de 1946 dans le texte de 1958.

Considérant que le peuple français, par le référendum du 5 mai 1946, a rejeté un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différent de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités.

Considérant qu'au contraire, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques,

⁹⁸ Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, cons. 2 (*Grandes décisions*, n° 27).

⁹⁹ Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* (*Grandes décisions*, n° 30).

¹⁰⁰ *Grandes décisions*, n° 30.

économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps¹⁰¹

Ce raisonnement est exactement celui qui est généralement employé lorsque l'on veut exploiter les travaux préparatoires, à savoir une forme d'*a contrario* : si un énoncé présent à un moment de la discussion ne se retrouve pas à la fin, c'est qu'il a été volontairement écarté, et que le texte, même s'il laisse en soi subsister la possibilité de cet énoncé perdu, doit être interprété comme s'il le refusait¹⁰². Cependant, le contexte est tout différent : la spécificité des travaux préparatoires est de faire entendre la voix des rédacteurs d'un texte. Le but n'est pas tant de découvrir les motifs ayant poussé les votants à accepter un texte que ceux qui ont présidé à l'établissement du texte. On ne peut pas dire qu'il en aille de même avec le peuple français : cent raisons historiques et politiques furent tout aussi, ou plus, déterminantes dans l'acceptation du deuxième projet de constitution en octobre 1946, et l'on aurait du mal à affirmer que cette question de la déclaration des droits en ait représenté le seul point de bascule¹⁰³.

Cette imprécision nous révèle cependant quelque chose de bien plus intéressant, justement parce que ce raisonnement, pris comme le processus rationnel qui mène à la solution choisie, peut très facilement être critiqué. Par delà ce qui est découvert en fait de conciliation ou non entre 1789 et 1946, l'important est que tous les textes, c'est-à-dire ces trois grandes étapes de l'histoire constitutionnelle française, sont ramenés à un seul auteur, celui à qui on attribue le discours « Constitution ». Certes, le Conseil joue probablement de la proximité temporelle entre les différents référendums, qui permet à première vue de penser que c'est bien le même peuple qui a

¹⁰¹ Décision 81-132 DC, cons. 14 et 15.

C'était précisément la solution que recommandait, avant la saisine du Conseil, Paul Léonard (« De la constitutionnalité des nationalisations », GP, 1981, p. 440-441. Selon lui, on doit interpréter un texte juridique « par la recherche de l'intention du législateur, au vu, dans le cas d'une loi, des "travaux préparatoires" ». Or, l'intention du constituant (« qui était, en dernier recours, le peuple français lui-même ») se manifeste dans le rejet du premier projet. Remarquons cependant que ces prétendues évidences ne vont pas de soi : ce sont en effet des extraits des débats parlementaires qui permettent de donner un contenu à la volonté du constituant en question ; il n'est pas certain qu'on puisse prétendre y trouver l'avis du peuple français dont on se réclame pourtant.

¹⁰² Pour un exemple, sans doute parmi des milliers, on peut se reporter à la saisine des sénateurs donnant lieu à la décision 2000-429 DC : « Au cours de la première lecture de ce texte, l'Assemblée nationale a prévu que la loi déterminerait les conditions dans lesquelles cet égal accès serait organisé. Le Sénat, en deuxième lecture, est revenu à la formulation du texte gouvernemental qui a été voté au Congrès. Il est d'une particulière importance de noter la signification qui s'attache au terme « favoriser » finalement retenu. Il est clair que le constituant a entendu écarter toute mesure de contrainte au profit de mesure d'incitation exclusive de toute règle limitant de façon abusive la liberté de choix de l'électeur découlant de principes constitutionnels auxquels cette révision ne saurait déroger » (disponible sur le site du Conseil).

¹⁰³ Traditionnellement, on a plutôt tendance à considérer que c'est surtout le passage au monocomarisme qui a été refusé en mai 1946 ; surtout, même cet élément reste incertain, les causes possibles de rejet sont si nombreuses et si variées, portant autant sur le texte que sur les partis qui le portent ou le refusent, qu'on ne peut se résoudre à lire dans ce vote une volonté claire (voir Rieux (Jean-Pierre), *La France de la Quatrième République. I. L'ardeur et la nécessité 1944-1952*, Paris, Seuil (« Nouvelle histoire de la France contemporaine »), 1980, 309 p., p. 146-158).

Un cas semblable, on le verra en étudiant cette décision plus en détail, dans la décision portant sur le régime des cultes en Alsace-Moselle : là encore, le juge en appelle aux travaux préparatoires, muets en réalité, sauf à considérer comme un rejet explicite le fait de n'avoir pas repris la disposition du premier projet de 1946, plus sévère (voir *infra*, titre 3, ch 1, section 1, § 2, a), à propos de la décision 2012-297 QPC).

voté ; il est pourtant aisé de constater qu'il n'y a pas, en fait, de tentative de rattacher la fonction-auteur dégagée à un ensemble de personnes physiques, puisque ce peuple uniformément invoqué n'était pas constitué des mêmes individus en 1946 et 1958 (et sans doute pas exactement non plus en juin et en octobre 1946). Le but (ou, si ce n'est le but conscient, du moins l'effet) de cette assimilation est de faire tenir tous les textes dans le moment constituant de 1958, et ainsi de les concilier entre eux, quitte, ce faisant, à enlever à l'un d'eux une partie de sa vigueur.

On serait tenté de voir à l'œuvre la même entreprise d'assimilation dans la formule bien connue par laquelle les PFRLR ont été intégrés parmi les normes de référence du contrôle effectué par le Conseil. En 1971, cette formule est celle-ci : « au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association »¹⁰⁴. Grammaticalement, elle ne pose à première vue aucune difficulté. Si l'on prend garde au contexte, cependant, on relève un élément intéressant. Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » forment en effet une catégorie autonome, citée directement d'après le Préambule de 1946 ; par la conjonction de coordination « et » qui leur attribue un second participe passé, cependant, cette catégorie paraît dissoute en tant que telle. On croirait en effet que ces principes ont bien été d'abord reconnus, puis réaffirmés, car le syntagme de départ n'est plus « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », mais seulement « principes fondamentaux », lesquels se trouvent dans un deuxième temps reconnus et réaffirmés. C'est en réalité seulement une catégorie juridique (c'est-à-dire une simple articulation entre des critères et un régime) qui voit alors sa validité perpétuée ; pourtant, le juge donne ainsi l'impression que ces principes existaient d'abord dans le monde, et qu'ils ont été réaffirmés en 1958. D'une certaine manière, il assimile de cette façon les textes de 1946 et 1958 en les rattachant tous deux à un même objet indépendant d'eux.

Cette hypothèse paraît confirmée par l'une des premières décisions du Conseil constitutionnel. Le juge y appuie son interprétation, d'une part sur « les débats du Comité consultatif constitutionnel », d'autre part sur « le rapprochement entre les termes de l'article 40 précité et ceux du projet de loi déposé le 16 janvier 1958 qui tendaient à la révision de l'article 17 de la Constitution du 27 octobre 1946 » ; la structure grammaticale (un balancement « tant...que... ») met ces deux arguments sur le même plan¹⁰⁵. À y regarder de plus près, cependant, on voit que le premier relève d'une recherche de l'intention du constituant (compris comme le rédacteur de la

¹⁰⁴ Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, cons. 2.

¹⁰⁵ *Ibid.*, cons. 2.

Constitution), alors que le deuxième utilise pour établir le sens du texte un élément extérieur à l'ordre juridique. En effet, l'interprétation est en apparence systématique, et pourrait en tant que telle être elle aussi rattachée à l'intention du rédacteur. Cependant, puisque le texte utilisé provient de la IV^e République, donc d'un ordre juridique différent, le caractère systématique manque en fait¹⁰⁶. En postulant malgré tout une continuité entre les deux ordres juridiques, le Conseil forge donc un auteur englobant ces deux entités, valant aussi bien pour la IV^e que pour la V^e République. La proximité temporelle entre les deux rédacteurs lui rend d'ailleurs la tâche plus aisée, et lui permet d'accomplir cette confusion

L'homogénéité des différents documents constitutionnels est aussi un présupposé de la pratique, qui semble aller s'accroissant, par laquelle le Conseil associe plusieurs d'entre eux pour dégager un principe particulier. Sans même évoquer les cas où le Conseil cite une disposition de 1789 en rappelant qu'elle a été « solennellement réaffirmé[e] par le Préambule de la Constitution »¹⁰⁷ (il s'agit en effet, proche en cela de ce qu'on vient d'étudier d'un peu plus près à propos des nationalisations, d'une intégration par la norme en vigueur), on peut signaler les cas où le même principe est fondé sur des sources indépendantes et concomitantes. Le principe d'égalité en offre un exemple, puisqu'il est mentionné par au moins¹⁰⁸ trois énoncés : les articles 1 et 6 DDHC et l'article 1 C (anciennement art. 2¹⁰⁹). Les deux articles premiers sont certes d'un emploi plus rare, apparemment plus particulièrement lié aux discriminations fondées sur le sexe, la nationalité ou la prétendue race¹¹⁰, alors que l'article 6 DDHC est le fondement le plus ancien, et le plus généralement utilisé¹¹¹. Pourtant, on a vu apparaître récemment une conjonction de ces trois fondements généraux : dans un nouveau considérant de principe, le Conseil les cite tous ensemble, sans marquer apparemment de différence entre eux, pour fonder le principe d'égalité :

¹⁰⁶ Nous ne pensons pas qu'on puisse nous opposer, dans ce cas, la persistance des lois non abrogées d'une République à l'autre, puisqu'il s'agissait ici d'un projet visant à réviser la Constitution de 1946, et donc disparu avec elle.

¹⁰⁷ Décision 79-112 DC du 9 janvier 1980, *Loi portant aménagement de la fiscalité directe locale*, cons. 3.

¹⁰⁸ Il s'agit du principe général d'égalité ; on en retrouve des applications particulières aux art. 13 DDHC et 3 C, ainsi qu'aux al. 1, 3, 11, 12, 13, 16 et 18 P 1946.

¹⁰⁹ Jusqu'à la révision constitutionnelle de 1995, l'article 1 portait sur la Communauté ; la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 a abrogé cet article et scindé en deux l'ancien article 2 – la disposition sur l'égalité s'est ainsi retrouvée dans l'article 1 (art. 8 de la loi constitutionnelle).

¹¹⁰ Ainsi, pour l'article 1 C, décision 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 29 (interdiction de statistiques ethniques) ; la même décision fonde le principe d'égalité sur l'art. 1 DDHC à propos des enfants des demandeurs de visa (cons. 7-9). Depuis la révision constitutionnelle de 2008, par ailleurs, le principe de parité a également été rattaché à l'article premier de la Constitution.

¹¹¹ Les premières manifestations de ce principe sont fondées, sans plus de précision, sur la Déclaration de 1789. Néanmoins, la formulation choisie (« ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 »), est plus proche de l'article 6, seul à évoquer expressément l'égalité devant la loi, que de l'article 1 (décision 73-51 DC du 27 décembre 1973, *taxation d'office*, cons. 2 ; *Grandes décisions* n° 42).

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » ; qu'aux termes de l'article 1er de la Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion... » ;

Considérant que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »¹¹²

Cette combinaison pour le principe général d'égalité avait été précédée par une décision antérieure, pour une application particulière de ce principe (parité)¹¹³. Dans ces deux cas, les textes sont juxtaposés exactement comme s'ils étaient contemporains. Puisque, de plus, le fait d'en citer trois plutôt qu'un ne semble pas changer le fond même du contrôle (la conclusion, à savoir que le législateur peut traiter de manière différente les situations différentes, reste inchangée¹¹⁴), nous pouvons avancer qu'il apparaît peut-être un mouvement tendant à assimiler de plus en plus expressément les trois grands textes du bloc de constitutionnalité, en en masquant l'écart chronologique.

Cette décontextualisation des sources constitutionnelles, cette façon donc de les retirer à la temporalité, apparaît enfin dans les cas, assez nombreux, où le Conseil combine plusieurs dispositions pour en tirer un principe. La pratique est ancienne et bien établie : on peut dater sa première occurrence de 1981 (combinaison des articles 34 C et 7 DDHC pour autoriser des règles de procédure pénale différentes selon les faits¹¹⁵), et une dizaine de principes ont ainsi été dégagés depuis (la plupart concernant, directement ou indirectement, la formation de la volonté générale, et combinant particulièrement les articles 6 DDHC et 3 C : égalité entre les groupes parlementaires, clarté des débats, désignation ou élections dans les divers organes représentatifs¹¹⁶ ; on signalera cependant que les deux dernières décisions portant sur les élections des députés et sénateurs ne font pas référence à la Déclaration de 1789, combinant seulement des articles de la Constitution de

¹¹² Décision 2012-279 QPC du 5 octobre 2012, *M. Jean-Claude P.*, cons. 12-13 ; note M. Verpeaux, JCP A, 2012/47, p. 2375.

¹¹³ Décision 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, cons. 12-13 ; note V. Ogier-Bernaud, RFDC, 67, 2006, p. 585-607.

¹¹⁴ Ce qu'observe M. Verpeaux (JCP A, 2012/47, p. 2375 sq.)

¹¹⁵ Décision 80-127 du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 31 ; note J. Rivero, AJDA, 1981, p. 275.

¹¹⁶ Respectivement décisions 2013-664 DC du 28 février 2013, *coprésidence paritaire des groupes parlementaires*, cons. 4 (note J.-E. Gicquel, JCP G, 2013/17, p. 824-827), 2005-562 DC du 13 octobre 2005, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 5 (note E. Besson, RFDC, 66, 2006, p. 338-348), 2009-581 et -582 DC du 25 juin 2009, *Règlement de l'Assemblée nationale / du Sénat*, cons. 3 dans les deux cas (note S. de Cacqueray, RFDC, 80, 2009, p. 789-794), 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 14-16 (note B. Genevois, AIJC, 1985, p. 423 ; représentation aux Assemblées d'Outre-mer), 86-208 du 2 juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés*, cons. 20-24 (note P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, 41, 1987, p. 204 sq. ; élection des députés), 87-227 DC du 7 juillet 1987, *Loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille*, cons. 4-5 (note P. Avril, *Pouvoirs*, 44, 1988, p. 184 sq.).

1958¹¹⁷). Le fait même de lier deux textes pour en tirer une conclusion logique indique que l'interprète présuppose leur homogénéité (de la même façon, si l'on veut, qu'on n'additionne pas les poires et les pommes) : la différence temporelle est ainsi effacée, et avec elle les éventuels disparités de sens qui pouvaient exister (ou, en toute rigueur, qu'un interprète peut soulever s'il se fonde sur l'intention de l'énonciateur d'un discours) entre elles ; dans la décision 95-360 DC, par exemple, le principe du respect des droits de la défense est un PFRLR, rattaché en tant que tel au Préambule de 1946 ; pour en déduire, en revanche, le principe du procès équitable, et notamment l'exigence de séparation entre les fonctions d'instruction et de jugement, le juge interprète ce principe, qu'il vient de découvrir, au moyen à la fois de la Déclaration de 1789 et de la Constitution de 1958. L'énoncé (si tant est qu'énoncé il y ait dans le cas d'un PFRLR) est donc expliqué au moyen d'un texte plus ancien (ce qui peut se comprendre même en conservant une perspective historique, puisqu'on peut avancer que le rédacteur du second texte voulait consciemment compléter le premier) et d'un texte plus récent¹¹⁸. Ce dernier point ne peut se concevoir que si l'on considère les textes comme contemporains.

Le juge français se trouve dans une situation comparable au critique confronté à des textes génériquement hétérogènes ; certes, pour lui, l'hétérogénéité est chronologique, mais le problème qui se pose est le même : le critère central d'identification d'un discours dans le champ n'est pas rempli. Pour y faire face, il emploie, *mutatis mutandis*, les mêmes outils : il établit lui-même la « présence d'une même voix liant les chapitres diégétiques et discursifs »¹¹⁹, ou, dans son cas, les textes de différentes époques. Et il bénéficie, alors, lui aussi grâce à sa position institutionnelle, d'un même avantage ; l'autorité qu'il crée est « un trompe-l'œil », pour reprendre l'expression déjà citée de V. Ferré.

b. le texte achronique

Encore cette réunion en un seul texte paraît-elle n'être qu'une étape dans la formation de la constitution comme discours propre à être imité. Il reste encore, ensuite, un élément qui doit être exclu pour parvenir à l'autonomie complète. Proust reproche essentiellement à Sainte-Beuve de juger des œuvres d'après l'individu, et notamment l'individu mondain, qui vit sous la même identité

¹¹⁷ Respectivement décisions 2010-602 DC du 18 février 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, cons. 12-13 (note B. Maligner, AJDA, 2010/20, p 1146-1152) et 2005-529 DC du 15 décembre 2005, *Loi organique modifiant les dates des renouvellements du Sénat*, cons. 4-5 (note G. Schmitters, AIJC, 21, 2005, p. 578-579).

¹¹⁸ Décision 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, cons. 5 (note T. Renoux, RFDC, 1995, p. 405 sq.).

¹¹⁹ FERRÉ, « L'autorité de l'auteur invisible (Broch, Dos Passos) », p. 125.

que celui qui revendique ces œuvres¹²⁰. De la même manière, la question de « l'intention de l'auteur », impossible à contourner si l'on confond le texte (ou l'énoncé) et le discours, pose au juge des problèmes insolubles, le premier d'entre eux étant de fixer un sens du texte, comme si l'on avait effectivement affaire à un ordre – ce qui, on l'a vu, ne peut pas être le cas du langage juridique. Outre les objections tirées de la nature du droit, l'identification de cet « auteur » (nous nous permettons de conserver les guillemets pour signaler la différence avec la fonction-auteur que nous étudions pour notre part) ne va pas non plus de soi : entend-on par là les constituants (et encore : les rédacteurs ? Toutes les personnes ayant délibéré dessus ?) ou le constituant (et encore : les votants d'alors ? Le peuple souverain aujourd'hui ?) : et même si l'on se décidait, dans un effort d'abstraction, pour l'institution qui a donné sa validité au texte (les citoyens de 1958, par exemple, « vrais constituants » selon Louis Favoreu), « qui peut se vanter de connaître l'intention des citoyens »¹²¹ ?

La seule chose qu'on puisse retrouver de façon à peu près certaine, en utilisant les ressources de l'histoire, c'est la pensée des rédacteurs du texte ; mais se reposer sur celle-ci, pour rester avec Luchaire, « c'est aller au-delà » du texte, puisque ces rédacteurs ne sont pas les constituants (au sens où ils n'avaient pas le pouvoir de conférer au texte qu'ils rédigeaient de validité juridique)¹²². En définitive, la constitution du texte comme discours suppose que la fonction-auteur chasse « l'auteur » dont on cherche si souvent « l'intention ».

Or c'est ce que fait le juge – ce qu'il prétend faire tout au moins (car on verra qu'il y a souvent loin de la coupe aux lèvres), mais notre étude portant sur ce qu'affirment faire les cours constitutionnelles, il y a lieu, pour l'instant au moins, de se satisfaire de cette illusion –, ou du moins celui qui, grâce au style dans lequel il rédige ses décisions, peut suffisamment s'exprimer pour aborder ce genre de problèmes. Alors qu'on peut seulement supposer que le silence du juge français équivaut à un rejet de l'intention du constituant¹²³, le Bundesverfassungsgericht a explicitement, très tôt et sans se déjuger ensuite, pris une position de principe sur cette question, sans même se contenter de soulever les difficultés pratique qu'il y a à attribuer force contraignante à l'intention du

¹²⁰ PROUST (Marcel), *Contre Sainte-Beuve*, Paris, Gallimard, 1954, 307 p., not. p. 126-147 ; notons que Proust avait tout intérêt à ce qu'on fit bien la distinction entre l'homme et l'écrivain, lui dont le manuscrit fut d'abord refusé par Gide notamment, comme celui-ci le reconnaît dans la fameuse lettre d'excuses envoyée après la parution de *Du côté de chez Swann*, parce qu'on ne connaissait l'auteur que comme un « snob, un mondain amateur » (lettre de janvier 1914, in PROUST, *Correspondance*, Kolb (Philippe), éd., Plon, t. XIII, 1985, 439 p., p. 50-53).

¹²¹ La question, commentant la citation de Louis Favoreu que nous reproduisons également dans notre texte (*Grandes décisions*, 2^e éd., p. 287), est posée par François Luchaire (« De la méthode en droit constitutionnel », RDP, 1981, p. 275-329, p. 318).

¹²² *Ibid.*, p. 311-314.

¹²³ Du juge entendu comme institution : si un membre interrogé par nous a affirmé avec force que le refus de prendre en compte l'intention du constituant est une évidence, cela ne permet pas de préjuger des motifs qui poussent les autres membres à opiner dans un sens ou dans l'autre. En revanche, le silence gardé par l'institution dans les décisions nous semble valoir pour un rejet.

rédacteur¹²⁴. L'interprétation des textes juridiques – pas seulement la Loi fondamentale, donc, mais les lois objets du contrôle également : c'est donc l'ensemble de l'ordre juridique qui est ainsi ôté au temps – doit être objective, c'est-à-dire ne pas tenir compte du constituant ou du législateur.

Dès le 21 mai 1952, encore dans sa première année d'existence, le juge constitutionnel a affirmé son attachement à cette doctrine de l'intention objective :

Ce qui est décisif, en ce qui regarde l'interprétation d'une prescription législative, c'est la volonté objectivée du législateur qui s'y trouve exprimée, telle qu'elle résulte du sens littéral de l'énoncé de la loi et de son contexte. Au contraire, n'est pas décisive la représentation subjective des organes participant à la procédure législative ou de certains de leurs membres quant à la signification de cet énoncé. La genèse d'une prescription n'a de pertinence, pour ce qui regarde l'interprétation de cette prescription, que dans la mesure où elle confirme la justesse d'une interprétation obtenue par les principes mentionnés, ou si elle ôte un doute qui n'avait pas pu être écarté sur le chemin d'abord emprunté.¹²⁵

L'opposition entre volonté subjective et volonté objective¹²⁶ n'est pas expliquée autrement que par rapport à la question de l'utilisation de la critique génétique dans l'interprétation des énoncés

¹²⁴ Ainsi notamment de l'idée selon laquelle la force de cette intention irait s'amointrissant avec le temps : si la constitution n'est qu'une manifestation, elle est vouée comme toute chose en ce siècle à la péremption. Dès lors, on ne peut pas en faire une source stable du droit constitutionnel. On retrouve cette idée dans une bonne part de la doctrine ; ainsi, MAURER (Hartmut), *Staatsrecht I*, München, C. H. Beck, 2010 (6e éd.), 784 p., p. 22 : parmi les techniques du canon interprétatif, l'interprétation historique se retire avec le temps ; ZIPPELIUS (Reinhold), *Juristische Methodenlehre*, München, C. H. Beck, 2006, 116 p., p. 26-27 : plus la loi est ancienne, plus l'interprète a de liberté pour adapter le texte à son époque ; STERN (Klaus), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2 (*Allgemeine Lehren der Grundrechte*), München, C.H. Beck, 1994, 1917 p., p. 1660 : si l'on doit interpréter un mot dans son sens originel ou dans son sens actuel dépend de l'ancienneté de la loi. *A contrario*, on doit d'ailleurs remarquer que le cas d'une réglementation nouvelle est l'un des rares cas permettant au Bundesverfassungsgericht de prendre en compte, quoique toujours de manière subsidiaire, les travaux préparatoires de la loi, c'est-à-dire une intention subjective ; cf. BVerfGE, 54, 277, 297 sq. : « Zumal bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung zu, sofern Wortlaut und Sinnzusammenhang der Norm Zweifel offenlassen. Über die erkennbare Regelungsabsicht darf die Auslegung in solcher Lage nicht hinweggehen » (« En ce qui concerne, par ailleurs, les législations récentes, et nouvelles dans leur matière, un poids significatif s'attache, pour ce qui est de l'interprétation (dans la mesure où la lettre et le contexte de la norme laissent un doute ouvert), aux intentions du législateur, lesquelles peuvent être décelées dans la procédure législative. Dans un tel cas, l'interprétation ne doit pas dépasser ce qu'on peut reconnaître de cette intention » ; relevé par SACHS (Michael), „Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetz als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1984, p. 73-82, p. 76).

¹²⁵ « Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können » (BVerfGE 1, 299, 312). Cette affirmation concerne certes le cas des lois. Elle semble cependant, par sa généralité, donner une règle pour l'interprétation juridique dans son ensemble.

¹²⁶ On se permettra d'employer dans la suite du texte l'expression « volonté objective » pour traduire l'allemand « objektivierter Wille » : malgré ce qu'elle a de paradoxal, elle heurte moins l'oreille que « volonté objectivée ». On priera donc le lecteur de bien vouloir garder présent à l'esprit que le Bundesverfassungsgericht parle bien à chaque fois d'une volonté qui est rendue objective par l'utilisation des techniques sur lesquelles on reviendra dans un instant.

législatifs. Cela revient à couper le texte de sa source au moment où on le constitue en discours ; ainsi, on lui confère une autonomie qui, dans un second temps on le verra, permet le travail d'imitation. La loi se réduit donc, de manière certes paradoxale, mais seulement pour un bref moment de suspension avant le nouveau contenu que lui donne le juge, à un texte sans intention propre, et attendant qu'on lui donne un sens. Le tenant de l'interprétation objective prétend trouver cela dans le texte et uniquement dans le texte, comme on le voit en étudiant le cas qui a donné lieu à la citation reproduite plus haut.

Il s'agissait en l'espèce d'aides au logement, et la question était de savoir si le ministre fédéral de la construction devait, pour établir un plan de répartition d'aides fédérales à la construction, recueillir l'assentiment de tous les Länder, ou seulement d'une majorité d'entre eux (le texte parlant, sans plus de précision, d'un « accord avec les Länder » – « im Einvernehmen mit den Ländern »). Le raisonnement du Bundesverfassungsgericht est d'abord fondé sur l'évidence de la langue : « à moins de ne faire violence à la langue, on peut seulement comprendre [que le ministre doit recueillir le consentement individuel de chaque Land]. "Les Länder" exprime sans ambiguïté quelque chose d'autre que "la majorité des Länder" »¹²⁷. La genèse du texte n'est étudiée que dans un second temps, et seulement, semble-t-il, parce qu'elle va dans le même sens. On voit ici apparaître, et ce n'est pas un hasard puisque les deux vont de pair, le refus du travail génétique et une méthode mimétique d'interprétation qui nécessite de passer par une théorie (politique, en l'espèce : une théorie du fonctionnement de la fédération explicitées dans les pages suivantes, et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir) pour donner un sens au texte.

Il paraît presque étonnant d'évoquer tout de même l'argument génétique si celui-ci ne peut que confirmer une solution déjà trouvée : c'est sans doute que le Bundesverfassungsgericht entend ainsi répondre au gouvernement, qui lui s'appuyait sur les déclarations (d'ailleurs contestées) d'une commission parlementaire ainsi que sur un projet du Bundesrat¹²⁸. Le tribunal montre quant à lui que cet élément est sans intérêt pour régler le problème qui lui est soumis en faisant remarquer que le débat portait à l'époque sur la question de savoir s'il faudrait – pour employer un lexique français – un avis simple ou un avis conforme des Länder. Elle portait donc sur les rapports de pouvoirs entre les institutions, sans se préoccuper de la façon d'en établir le contenu : l'institution « gouvernement fédéral » pourrait-elle imposer son point de vue à l'institution « États fédérés »,

¹²⁷ BVerfGE 1, 299, 312 (« wenn der Sprache nicht Gewalt angetan werden soll, [kann] nur dahin verstanden werden, daß [der Bundesminister mit jedem Land eine Einigung erzielen muß]. "Die Länder" besagt eindeutig etwas anderes als "die Mehrheit der Länder" »).

¹²⁸ Celui-ci avait voulu remplacer les mots « mit den Ländern » par « mit dem Bundesrat » ; le gouvernement, qui lui tenait à la première version, considère donc que les Länder (c'était bien eux qui parlaient puisque le Bundesrat les représente) acceptaient le principe d'un accord majoritaire, cette assemblée fonctionnant sur ce mode.

quelle que soit la manière dont celle-ci prend sa décision¹²⁹ ? Cette constatation est d'une particulière importance pour le raisonnement, car elle permet de conclure que l'énoncé « les Länder » ne portait en fait aucune volonté en ce qui regarde la question de la majorité ou de l'unanimité¹³⁰. On trouve d'ailleurs ici une confirmation de ce sur quoi repose notre travail : le paradigme de la communication linguistique est inadapté pour concevoir le fonctionnement du droit : puisque la communication repose sur des intentions, elle devient inadéquate lorsqu'il s'agit d'établir le sens d'un texte qui aura à régir des situations non nécessairement envisagées par le locuteur, un texte détaché, comme nous l'avons montré plus haut, de toute situation de communication¹³¹.

Le texte doit donc parler par lui-même. Il est en fait, de par son caractère juridique, ôté à la sphère de communication dans laquelle se déploie habituellement le langage. À tel point, que le Bundesverfassungsgericht systématisa plus tard sa position en opposant, non plus deux façons de comprendre la volonté du législateur, mais pour ainsi dire la volonté de la loi à celle du législateur :

Alors que *la théorie « subjective » se réfère à la volonté historique du « législateur »* conçu comme le rédacteur de la loi, aux motifs de celui-ci *pris dans leur contexte historique, l'objet de l'interprétation est, selon la théorie « objective »* [...], *la loi elle-même, la volonté du législateur objectivée dans la loi. « L'État ne s'exprime pas dans les déclarations personnelles de ceux qui participent à l'élaboration de la loi, mais dans la loi elle-même. La volonté du législateur coïncide avec la volonté de la loi »*¹³².

On relèvera que, pour le juge allemand, le contexte historique se rattache indissolublement à la volonté historique du rédacteur de la loi ; *a contrario*, la loi, pour être interprétée, doit être ôté à toute temporalité – ou rattachée uniquement à celle du juge. On observe ici l'achronie présumée de l'ordre juridique. Certes, ce mouvement n'est pas parfait dans la mesure où, confronté à la

¹²⁹ BVerfGE 1, 299 (313-314).

¹³⁰ « Dans cette argumentation [celle du gouvernement] est passé sous silence le fait que le gouvernement fédéral n'entendait accepter une participation des Länder que dans la forme juridiquement non obligatoire d'un avis simple ; dans une telle règle, la question "accord de tous ou de la majorité des Länder » ne pouvait tout simplement pas apparaître » (« Dabei ist vor allem übersehen, daß die Bundesregierung die Mitwirkung der Länder nur in der rechtlich unverbindlichen Form ihrer Anhörung ("im Benehmen mit den Ländern") zugestehen wollte, eine Regelung, bei der die Frage "Zustimmung aller oder der Mehrheit der Länder?" überhaupt nicht auftreten konnte », *ibid.*).

¹³¹ Cela nous semble d'autant mieux le prouver, qu'on est dispensé de recourir, comme c'est souvent le cas, aux exemples extrêmes : « le rédacteur de la DDHC ne pouvait pas concevoir l'apparition de la télévision, il est donc impossible de rechercher sa volonté ». C'est qu'on ouvre ainsi, avec eux, la possibilité d'évoquer la volonté actualisée, en se fondant sur des reconstructions souvent hasardeuses : « mais s'il revenait aujourd'hui, voilà comme il voudrait régler la chose ».

¹³² « Während die „subjektive“ Theorie auf den historischen Willen des „Gesetzgebers“ = Gesetzesverfassers, auf dessen Motive in ihren geschichtlichen Zusammenhang abstellt, ist nach der „objektiven“ Theorie [...] Gegenstand der Auslegung das Gesetz selbst, der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers. „Der Staat spricht nicht in den persönlichen Äußerungen der an der Entstehung des Gesetzes Beteiligten, sondern nur im Gesetz selbst. Der Wille des Gesetzgebers fällt zusammen mit dem Willen des Gesetzes“. », BVerfGE 11, 126 (130), nous soulignons ; la citation est tirée de RADBRUCH (Gustav), *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, Koehler, 1950 (4e éd.), 391 p., p. 210 sq.

question de savoir comment, concrètement, interpréter un texte, le Bundesverfassungsgericht en revient tout de même au canon classique de l'interprétation savignycienne ; cependant, c'est en le modifiant légèrement puisque, conformément, au principe énoncé qui lui donne un rang subsidiaire, l'interprétation historique n'est que la dernière des quatre techniques citées¹³³.

L'exclusion de l'intention du législateur au profit d'une interprétation objective de la loi ou de la constitution concourent donc à faire des textes de droit un discours. Tout comme le juge français, confronté à l'hétérogénéité chronologique de ses sources, agit comme si elles étaient contemporaines les unes des autres, de même le juge allemand ôte la Loi fondamentale à l'ordre historique, pour en faire un ensemble atemporel. Le résultat, dans les deux cas, est d'isoler le discours, de le rendre autonome et, comme tel, susceptible d'une interprétation libre, ou plutôt contrainte uniquement par lui-même. C'est en effet cette cohérence temporelle qui, conjointe à une cohérence idéologique, permet de prétendre trouver dans la constitution certains principes ou certaines valeurs qui en guideront l'interprétation – quitte à aller, ce faisant, contre le texte : c'est qu'on a dû se tromper, par étourderie peut-être, en le formulant ainsi. Cette conciliation de textes éventuellement contraires par la constitution d'un discours unifié ne peut manquer de faire songer à la tâche que durent accomplir les juristes anciens, confrontés à des compilations de normes issues de sources diverses. On retrouve ici en effet quelque chose de la *Concordia discordantium canonum* élaborée comme une méthode par Gratien pour faire d'un agrégat hétéroclite un ensemble dépourvu de contradictions¹³⁴. Il y aurait donc ici une forme de continuité dans le travail juridique dépassant le caractère soi-disant cohérent en soi de tel ou tel texte, qui se révèle en réalité un élément contingent. La seule temporalité du droit est celle, atemporelle, de son interprète.

§ 2 Orienter le texte

Le second présupposé nécessaire à la constitution du texte constitutionnel comme un

¹³³ « À ce but de l'interprétation [découvrir la volonté objective du texte] servent l'interprétation à partir de la lettre de la norme (interprétation grammaticale), de son contexte (interprétation systématique), dans son but (interprétation téléologique) et des matériaux législatifs ainsi que de la genèse du texte (interprétation historique) » (« Diesem Auslegungsziel dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) », BVerfGE 11, 126, 130). On signalera par souci d'exactitude que la réception du canon savignycien se fait en assimilant les techniques logique et systématique, et en ajoutant la méthode téléologique.

¹³⁴ Pour une présentation, certes rapide et ancienne, du Décret de Gratien, on peut renvoyer à LE BRAS (Gabriel), LEFEBVRE (Ch.), RAMBAUD (Jacqueline), *L'âge classique 1140-1378. Sources et théorie du droit*, Paris, Sirey (« Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident », t. VII), 1965, 608 p., p. 49-69. Pour des précisions un peu plus récentes sur l'état de la recherche, on pourra consulter la *Revue de droit canonique*, 1998/2, p. 226 sq.

discours susceptible d'être imité est son caractère orienté. Si l'on considère un ensemble de normes comme, ce qu'elles sont sans doute, la seule juxtaposition d'énoncés ayant en commun d'avoir le même rang hiérarchique (et, parfois, d'avoir été édictés au même moment), il manque la condition qui permet d'en induire des principes directeurs : l'idée qu'elles aient une cohérence axiologique. À rebours de sa réception très large, cette condition n'a pourtant pas l'évidence pour elle. Le simple fait que les constitutions, comme toutes les lois, mais plus encore peut-être par le caractère fondateur et donc transpartisan qui leur est reconnu, soient le résultat de négociations, donc de compromis, invite spontanément à contester cette idée. Ou à ne l'accepter, en tout cas, que pour ce qui concerne un compromis minimal sur l'organisation du pouvoir. Même là, cependant, deux nouvelles objections pourraient être avancées. D'une part, on en revient dès lors à une constitution et à une justice constitutionnelle qui suivraient le modèle kelsénien, d'où les droits fondamentaux sont exclus : on ne pourrait donc pas rendre compte de la situation actuelle en France et en Allemagne. D'autre part, la frontière s'avère souvent floue entre normes d'organisation et droits fondamentaux, les premières étant censées protéger les seconds. Il s'ensuit qu'il n'existe pas de solution de continuité, et que les mêmes divergences d'interprétations pourront toucher même ce soi-disant consensus technique (nous en verrons des exemples dans la suite de ce chapitre).

Dans cette question de savoir si une constitution doit être, dans les mots de P. Avril, un « cadre ou un tableau »¹³⁵, la doctrine a livré de nombreux arguments permettant de justifier le présupposé d'un sens, c'est-à-dire d'une direction de la constitution. Un peuple donnerait sens à sa constitution comme on donne un sens à sa vie. Carl Schmitt, dans l'aire allemande, a sans doute systématisé le plus clairement cette position, en en tirant également les conclusions les plus abouties (a). De manière plus récente, et dans des milieux qui se revendiquent plutôt de la théorie du droit, le néo-constitutionnalisme, en partant de positions axiologiques généralement opposées à celle de Schmitt, en arrive à une conclusion assez proche en ce qu'il permet, lui aussi, de dégager une orientation générale au texte constitutionnel (b).

a. La doctrine de la constitution comme décision

La théorie constitutionnelle de Carl Schmitt, telle qu'elle est présentée dans sa *Verfassungslehre*, repose sur deux postulats liés. Un peuple contient en lui-même sa constitution, et cette constitution ne coïncide pas avec le document formel qu'on désigne sous ce nom.

Au contraire de Kelsen, Schmitt considère la constitution comme quelque chose de concret,

¹³⁵ AVRIL (Pierre), « le cadre et le tableau », RFDC, 43, 2000, p. 501-504.

comme une certaine façon d'être pour l'État, tout comme on parle, par exemple, de la constitution robuste d'une personne¹³⁶. Cependant, cette conception n'est pas, contrairement aux apparences, uniquement descriptive, car Schmitt ajoute, s'écartant ainsi du modèle aristotélicien dont il se réclame, deux définitions possibles et voisines de la constitution, qu'il mêle petit à petit à cette première. Outre cette façon d'être générale et le type de domination qui s'exerce dans un État, la constitution peut en troisième lieu désigner « le principe du *devenir dynamique* de l'unité politique, du processus de *formation* et d'*origination* [...] de cette unité »¹³⁷. Or ce principe préexiste à l'unité politique puisque c'est à partir de lui (donc en le respectant) qu'elle se forme et se déploie. Il a donc un contenu fixe, qui se manifeste et se réalise dans un État. On peut comprendre cela en prenant en considération la conception organique du peuple qui existe chez Schmitt : depuis l'opuscule *Römischer Katholizismus und politische Form*¹³⁸ jusqu'à ses ouvrages les plus ouvertement national-socialistes (*Les trois types de pensée juridique*¹³⁹, notamment), cette conception reste la même dans ses écrits. Le peuple, selon lui, possède une unité matérielle préexistante et porte donc en lui-même son droit. En cela, il se rapproche évidemment des thèses de Savigny et de l'École historique du droit (tant du point de vue de l'unité organique entre peuple, droit et loi¹⁴⁰ qu'en ce qui concerne le droit populaire comme source du droit¹⁴¹), mais en faisant un pas que ceux-ci ne faisaient pas : ce n'est pas seulement que l'érudit peut découvrir le véritable droit et l'indiquer au législateur, comme chez Savigny ; c'est plutôt que ce droit est en lui-même le seul valide (cette position, pour être plus expressément énoncée à l'aide de la « pensée de l'ordre concret » en 1934, n'a rien de nouveau chez Schmitt). Il se rapproche également de l'idée d'œuvre avancée par Maurice Hauriou, qu'il admire tant, pour fonder l'institution, et s'en écarte de la même manière en faisant d'un élément descriptif une véritable source normative¹⁴².

¹³⁶ À vrai dire, Schmitt élabore une distinction complexe et à plusieurs niveaux, qu'il ne nous semble pas nécessaire de présenter exhaustivement ici ; nous nous contentons de résumer les conclusions que nous avons pu tirer d'une étude effectuée dans notre mémoire de Master 2 (Nanterre, 2010, sous la direction de Pierre Brunet).

¹³⁷ SCHMITT (Carl), *Théorie de la Constitution*, trad. Lilyane Deroche, Paris, PUF (« Léviathan »), 1993, 576 p. (traduction de *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989 ; 1ère éd. : 1928), p. 132 ; *Verfassungslehre* : « das Prinzip des *dynamischen Werdens* der politischen Einheit, des Vorgangs [...] *Bildung* und *Entstehung* dieser *Einheit* », p. 5.

¹³⁸ SCHMITT (Carl), *Römischer Katholizismus und politische Form*, München, Theatiner-Verlag (« Der Katholische Gedanke »), 1925, 53 p.

¹³⁹ SCHMITT (Carl) *Les trois types de pensée juridique*, trad. Mira Köller et Dominique Séglard, Paris, PUF (« Droit, éthique, société »), 1995, 115 p. (traduction de *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1934).

¹⁴⁰ Voir les développements dans VON SAVIGNY (Carl Friedrich), *Traité de droit romain* (traduit par Charles Guenoux), Paris, Firmin Didot frères, 1855-1860, 8 t. (traduction de *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840-1850, 9 t.), t. 1, p. 21-30 (dans l'édition allemande signalée, voir p. 21-28).

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 47-49 (édition allemande p. 50-51). Pour une présentation plus générale, voir la présentation de la *Vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (traduit et présenté par Alfred Dufour, Paris, PUF (« Léviathan »), 2006, 218 p., ainsi que JOUANJAN (Olivier), *Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne*, Paris, PUF (« Léviathan »), 2005, 364 p.

¹⁴² Un exemple le plus complet et le plus explicite de cette déformation dans *Trois types...*, p. 104-112.

Source normative en effet : puisque le peuple détient en lui-même la véritable constitution, il n'est pas question de confondre celle-ci (que, dans un retournement tout à fait admirable, Schmitt qualifie de constitution positive) avec les simples lois constitutionnelles, les dispositions donc qui se trouvent dans le texte constitutionnel sans avoir rien à y faire (soit qu'elles ne soient pas assez importantes, soit, surtout, qu'elles aillent à l'encontre de cette constitution positive). C'est ici donc qu'on trouve le véritable contenu de la constitution. Au contraire, « l'acte constituant en tant que tel ne contient pas telles ou telles normations particulières, mais détermine par une décision unique la globalité de l'unité politique du point de vue de sa forme particulière d'existence. Cet acte *constitue* la forme et le genre de l'unité politique dont l'existence est présupposée »¹⁴³ : il ne fait donc que reconnaître ce contenu préexistant et inhérent au peuple. En conséquence, la relation entre le peuple et la constitution est à sens unique : la constitution vient du peuple, et ne peut donc pas agir sur lui¹⁴⁴ ; par conséquent, une norme qui serait contraire à cette constitution positive doit céder, quel que soit son rang formel – et surtout si elle est contenue dans le texte constitutionnel, auquel cas elle n'est qu'une loi constitutionnelle.

La décision qui fonde la constitution chez Schmitt est donc prédéterminée, puisqu'elle est seulement la manifestation dans le monde d'un certain mode d'être propre à un peuple, lequel s'affirme ainsi, par un « choix conscient »¹⁴⁵, comme une unité politique. Dès lors, on en vient à se demander si le concept est bien utile : dans la mesure où, de toute manière, la constitution est inhérente au peuple, le fait de parler de décision pour la constitution n'apporte pas grand chose. Au point, d'ailleurs, qu'elle peut être pour ainsi dire involontaire : « toutes les puissances politiques existantes ne décident pas de la forme de cette existence politique par un acte conscient »¹⁴⁶.

En fait, l'utilisation de ce concept se justifie si l'on voit que ce que Schmitt a en vue, ce n'est pas tant un raisonnement de juriste que la continuation de sa pensée politique, qui repose, comme on le sait, sur la distinction aussi fondamentale pour Schmitt que vaine pour nombre de critiques¹⁴⁷,

¹⁴³ *Théorie de la constitution*, p. 152 (« Der Akt der Verfassunggebung [sic] enthält als solcher nicht irgendwelche einzelne Normierungen, sondern bestimmt durch einmalige Entscheidung das Ganze der politischen Einheit hinsichtlich ihrer besonderen Existenzform. Dieser Akt k o n s t i t u i e r t Form und Art der politischen Einheit, deren Bestehen vorausgesetzt wird. », *Verfassungslehre*, p. 21).

¹⁴⁴ Ainsi, pour reprendre l'exemple frappant, mais d'autant plus vain en fait, tant l'argumentation se révèle tautologique, choisi par Schmitt, « Une décision à la majorité du Parlement anglais ne suffirait pourtant pas à transformer l'Angleterre en État soviétique » (*Théorie de la constitution*, p. 157 ; *Verfassungslehre* : « Aber ein Mehrheitsbeschluss des englischen Parlaments würde nicht genügen, England zu einem Sowjetstaat zu machen », p. 26). Voir aussi les problèmes qui se posent à Schmitt lorsqu'il s'occupe du changement de constitution (*Théorie de la Constitution*, p. 235 ; *Verfassungslehre*, p. 97).

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 152 (VL p. 22 « eine bewußte Entscheidung »).

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 153 ; *Verfassungslehre* : « Aber nicht jede politische Größe entscheidet in einem bewußten Akt über die Form dieser politischen Existenz » (p. 23).

¹⁴⁷ L'opposition est systématisée dans *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963 ; 1ère éd. 1932. Mais elle ne convainc pas toujours : « L'activisme de Schmitt, qui résulte de sa distinction entre l'ami et l'ennemi [...] est vide de sens. Finalement, il caractérise n'importe quelle querelle, raison pour laquelle il ne caractérise

entre l'ami et l'ennemi. Ainsi, les déclarations de droits de l'homme, en tant qu'elles sont la manifestation de la constitution d'un peuple « présupposent qu'un peuple prend sur lui par sa déclaration le risque d'un regroupement politique radicalement nouveau, c'est-à-dire d'un regroupement entre ami et ennemi, et est résolu à défendre les nouveaux principes de son État en luttant même contre un puissant ennemi politique extérieur »¹⁴⁸. Ce qui apparaît ici, c'est donc bien plutôt la théorie politique de Carl Schmitt, une théorie marquée par une certaine fascination pour la guerre, le pouvoir et l'autorité : il n'est chez lui de décision fondamentale que face à l'ennemi¹⁴⁹.

À travers cette décision si peu décidée, Schmitt met donc en place un système qui fait prévaloir une constitution dite positive sur le texte constitutionnel. La fonction de cette construction est aisée à déceler : à la décision la plus évidente, qui a été d'énoncer un certain nombre de normes en leur attribuant un certain rang dans la hiérarchie des normes, est substituée une autre qui permet justement de passer, au gré des besoins¹⁵⁰, par dessus les « lois constitutionnelles » qui ne rentrent pas dans le cadre de la véritable constitution¹⁵¹. Celle-ci, on s'en doute, est nécessairement cohérente (puisque'elle est comparable à l'idée d'œuvre d'une institution et qu'elle constitue l'unité du peuple), et le plus grand reproche que Schmitt fait à un texte comme celui de Weimar, c'est précisément de n'être pas une vraie constitution, comme en témoigne l'absence de décision claire pour un type ou un autre de régime politique causée par la nécessité de trouver un compromis entre des forces

jamais spécifiquement le politique ; au mieux, il se ramène à la trivialité selon laquelle la vie est un combat » (HELLER (Hermann), *Staatslehre*, 1934, p. 207 dans l'édition de Gerhart Niemeyer, Leiden, A. W. Sijthoff, 1970). On renverra également à J.A. Barash, qui montre à quel point l'utilisation des idéologies vitalistes ou chrétiennes chez Schmitt est en fait formelle et vide (BARASH (Jeffrey Andrew), « Fascisme et crise du droit dans la perspective de Hermann Heller », in KERVÉGAN (Jean-François) dir., *Crise et pensée de la crise en droit : Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon, ENS éditions (« Theoria »), 2002, 231 p., p. 112-124).

¹⁴⁸ *Théorie de la Constitution*, p. 300 (*Verfassungslehre* : « Solche Proklamationen... setzen voraus, daß ein Volk durch seine Erklärung die Gefahr einer völlig neuen politischen, d. h. Freund- und Feindgruppierung auf sich nimmt und entschlossen ist, die neuen Prinzipien seines Staates im Kampf auch gegen einen mächtigen außenpolitischen Feind zu verteidigen », p. 162).

¹⁴⁹ On renverra enfin à la critique développée par Hasso Hofmann. Schmitt s'en remet à un fondement irrationnel du politique : la guerre, le sacrifice et la disposition à tuer. Cela lui permet en fait d'éviter de s'interroger sur le contenu du concept de politique (HOFMANN (Hasso), *Legitimität gegen Legalität : der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Neuwied, Berlin, Luchterhand (« Politica »), 1964, 304 p., p. 100-107).

¹⁵⁰ Olivier Beaud fait ainsi remarquer que, selon que le pouvoir en place répond ou non aux vœux de Carl Schmitt, celui-ci voit la véritable constitution de la République de Weimar tantôt dans la partie formelle, tantôt dans la partie matérielle du texte de 1919 (BEAUD (Olivier), *Les Derniers jours de Weimar, Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & cie, 1997, 253 p., p. 84).

¹⁵¹ On en peut citer deux exemples. D'abord, pour aborder un débat toujours vif, Schmitt affirme ainsi que le parlement, même dans une procédure de révision constitutionnelle, ne peut modifier que les lois constitutionnelles, et pas la constitution elle-même (*Théorie de la Constitution*, p. 154-157 et 241-248 ; *VL*, p. 24-26 et 102-108). Ensuite, parce que la question a été particulièrement vivement discutée à l'époque, on mentionnera la position prise par Schmitt quant aux pouvoirs exceptionnels qui peuvent être conférés au *Reichpräsident* en cas de crise majeure (art. 48 WRV). Sur cette question, voir SCHMITT (Carl), *La dictature*, trad. Mira Köller et Dominique Ségard, Paris, éditions du Seuil, 2000, 329 p. (traduction de *Die Diktatur*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989 ; 1ère éd. : 1921), notamment p. 248, ainsi que la présentation de la fameuse querelle entre Kelsen et Schmitt : BEAUD (Olivier), PASQUINO (Pasquale) éd., *La Controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007, 212 p.

politiques aux buts et aux conceptions du monde extrêmement divergentes¹⁵². Ce qui se manifeste, notamment, dans un caractère soi-disant auto-contradictoire de ce texte¹⁵³.

La théorie constitutionnelle de Carl Schmitt propose une conception de la constitution qui permet l'imitation puisqu'elle présuppose la volonté du constituant d'aller dans telle ou telle direction, donc de donner tel ou tel sens à son texte ; c'est-à-dire qu'elle considère la constitution comme un ensemble matériel dominé par une idée qui doit être mise en œuvre. Cette théorie, particulièrement apte à légitimer un régime totalitaire, peut aussi être utilisée d'un point de vue axiologique tout à fait inverse : elle est d'ailleurs, explicitement¹⁵⁴ ou implicitement¹⁵⁵, communément acceptée dans la doctrine allemande et est même au fondement, on le verra, de certaines modalités d'interprétation utilisées par le Bundesverfassungsgericht. De manière générale, c'est en effet elle qui permet de s'affranchir de la prétendue limite que constituerait la lettre du texte, à laquelle on peut dès lors opposer la « force de décision, et donc la substance juridique et la force normative » qui doivent caractériser la constitution ; dans ce cadre, on ne peut mettre en œuvre la constitution qu'à condition de savoir s'affranchir de la lettre du texte¹⁵⁶.

b. Le néo-constitutionnalisme, théorie et pratique

Depuis quelques décennies, un courant particulièrement nourri de la théorie du droit soutient des positions qui, sans être, et de loin, celles de Schmitt, ont en commun avec celles-ci de faire de la constitution l'expression de certains principes qu'il serait possible de retrouver et qui devraient être plus scrupuleusement respectés que le texte lui-même.

Comme l'a montré Pierre Brunet¹⁵⁷, le néo-constitutionnalisme prétend dépasser les prétendues apories du positivisme (ou plutôt, les apories du positivisme compris aux sens idéologique et théorique, pour reprendre la classification de Bobbio déjà évoquée) en découvrant les principes qui fondent un ordre juridique et en faisant reposer sur eux le raisonnement juridique. Si

¹⁵² *Théorie de la Constitution*, p. 162 sq.

¹⁵³ Notamment en ce qui concerne la question des droits fondamentaux (*ibid.*, p. 307).

¹⁵⁴ Voir par exemple BULLINGER (Martin), « Fragen der Auslegung einer Verfassung », *JZ*, 2004/5, p. 209-214.

¹⁵⁵ Ce qui apparaît plutôt, dès lors, dans le lexique utilisé (notamment le recours à la notion de *Grundentscheidung*, de décision fondamentale) : voir pour un exemple ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, p. 7, 79 (ainsi d'ailleurs que la définition donnée de la *Verfassung*, p. 40-41).

¹⁵⁶ DEPENHEUER (Otto), *Der Wortlaut als Grenze: These zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, R. v. Decker & C.F. Müller, 1988, 65 p. (citation p. 52).

¹⁵⁷ BRUNET (Pierre), « Positivisme et droit de résistance. Analyse critique du "néo-constitutionnalisme" », in GROS (Dominique), CAMY (Olivier), dir., *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil, 2005, 278 p., p. 245-260.

Sur la question du néo-constitutionnalisme, on peut aussi consulter SHAPIRO (Martin), STONE SWEET (Alec), *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 417 p..

celui-ci peut déboucher sur l'interprétation juste, c'est parce que le juge recourt à la morale et à la philosophie politique, « en sorte que le juge n'est pas totalement libre : il est tenu par les principes qui se trouvent dans la constitution et qui inspirent le droit »¹⁵⁸.

La différence fondamentale entre le néo-constitutionnalisme et le positivisme, quoique tous deux reposent sur l'idée que la constitution est une norme, est que, dans le néo-constitutionnalisme, cette constitution ne doit pas seulement sa supériorité sur la loi à la hiérarchie des normes qui l'a placée là et, plus généralement, à un système reposant sur une conception dynamique des normes (comme chez Kelsen), mais aussi à son contenu axiologique. La constitution s'impose notamment parce qu'elle renferme certaines valeurs d'une importance particulière¹⁵⁹. De cette divergence première découle une représentation tout à fait opposée du droit, qui se traduit notamment dans le néo-constitutionnalisme par l'idée qu'il existe à chaque cas une solution juste qu'on peut retrouver à l'aide des principes qui président à l'ordre juridique en cause.

En fait, ce courant effectue dès ses présupposés un mélange des genres : conservant « l'illusion du fondement absolu » de l'ordre juridique¹⁶⁰, c'est-à-dire d'un fondement réel et préexistant au droit et à la morale (ce en quoi il se rapproche du jusnaturalisme), il repose sur un double cognitivisme, éthique et interprétatif¹⁶¹. C'est précisément dans ce cognitivisme que réside le mélange des genres : en prétendant qu'on peut connaître des devoirs comme on connaît des faits, le néo-constitutionnalisme mêle la matière (le fait) et le caractère normatif (le devoir). Il peut dès lors aisément tirer des normes d'une réflexion morale. Si l'on accepte cette confusion, il devient évidemment très aisé de considérer la constitution, sinon elle-même comme un ordre de valeurs, du moins comme le résultat d'un ordre de valeurs, à laquelle on peut se référer pour l'interpréter¹⁶². Dès lors, le cheminement est le même que celui de l'imitation littéraire : découverte des principes structurants, puis application à un autre cas.

Ces positions théoriques ont pu être adoptées par la doctrine. Il nous semble ainsi que les

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 250.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 248-250.

¹⁶⁰ BOBBIO (Norberto), « L'illusion du fondement absolu », in *Le fondement des droits de l'homme*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 3-9.

¹⁶¹ BRUNET, « Positivisme et droit à la résistance », p. 258.

¹⁶² C'est ce qu'on observe dans de nombreux pays récemment dotés d'un système de protection des droits de l'homme (on songe notamment aux pays d'Europe orientale). Démocratie et droits de l'homme étant venus de conserve et donc considérés comme un ensemble indissoluble, les cours constitutionnelles adoptent volontiers l'approche néo-constitutionnaliste, prétendant dépasser les techniques traditionnelles d'interprétation en se fondant sur les principes matériels (BARTOLO (Sergio), « Conclusions : Legitimacy of Constitutional Courts : Between Policy Making and Legal Science », in SADURSKI (Wojciech), dir., *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in A Comparative Perspective*, La Haye, Kluwer Law International (« Law and Philosophy Library »), 2002, 450 p., p. 409-432).

thèses avancées par Dominique Rousseau reposent sur des postulats semblables. Certes, cela peut sembler d'abord paradoxal, car c'est le même qui rejette vigoureusement ce qu'il appelle la « constitution-système », peu ou prou à première vue ce que nous désignons également en parlant de constitution orientée : une constitution reposant sur une prétendue idée première, pour ainsi dire sacrée, qui serait le fondement absolu de l'ordre juridique. Cette conception, loin d'être moderne, serait un retour aux vieilles lunes « théologicopolitiques »¹⁶³.

Cependant, sa conception de la démocratie constitutionnelle (ou de la « démocratie continue »), de par l'importance qu'elle accorde aux thèses de Habermas et l'utilisation directe qu'elle en fait dans le domaine du droit constitutionnel¹⁶⁴, peut être apparentée à ce mouvement néo-constitutionnaliste. En effet, si l'idée d'un système cohérent de valeurs est rejetée, une place particulière est tout de même accordée à certains principes, plus fondamentaux que d'autres : les principes de pluralisme d'opinion (ainsi que tout ce qui s'y rattache : liberté de penser, liberté d'expression, pluralisme des médias, protection de la vie privée) et de protection de la dignité humaine¹⁶⁵. Or, pour D. Rousseau, cette place particulière (au moins pour les libertés d'expression ; la présence de la dignité humaine ne s'explique pas si aisément, mais nous aurons l'occasion de revenir sur ce point dans la suite de ce chapitre) repose sur la fonction de la constitution et du juge constitutionnel dans une démocratie moderne. Celle-là y joue en effet le rôle de médiateur, peut-être plus précisément de cristallisateur, pour le débat public : elle offre un point fixe auquel doit se rattacher l'argumentation, et qui par là-même rend le débat possible¹⁶⁶. Ce point serait une spécificité de la démocratie moderne : celle-ci ne peut faire autrement, pour dépasser l'aporie de la représentation, que d'instaurer une « démocratie continue », c'est-à-dire la perpétuation du débat public par diverses instances issues de la société civile, qui empêche que le pouvoir soit purement et simplement confisqué entre deux élections¹⁶⁷ : « Pour que l'État ne se referme pas sur la démocratie, il faut que le droit garantisse aux hommes la faculté d'agir dans l'espace public, de proposer, d'inventer, de redéterminer sans cesse les exigences sociales »¹⁶⁸. On comprend donc pourquoi il est nécessaire de reconnaître un statut particulier aux droits qui forment la condition de possibilité de cette démocratie continue : ils sont « constitution sociale de l'espace publique »¹⁶⁹. Le juge a lui un rôle de tiers, et comme tel d'articulation, entre société et sphère politique. Il n'est pas tant un arbitre

¹⁶³ ROUSSEAU (Dominique), « Questions de constitution », *Politique et Sociétés*, 19, 2000/2-3, p. 9-30.

¹⁶⁴ FONSECA (David), « L' "effet Habermas" dans la doctrine constitutionnelle contemporaine », RDP, Paris, LGDJ, 2007/6, p. 1569-1616.

¹⁶⁵ ROUSSEAU (Dominique), « La démocratie continue », *Le Débat*, 96, 1997, p. 73-88, p. 80 ; voir aussi, du même, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2010 (9e éd.), 586 p., p. 122-132.

¹⁶⁶ ROUSSEAU, « Questions de constitution », p. 24-30.

¹⁶⁷ ROUSSEAU, « La démocratie continue » ; cette conception correspond à celle développée, en Allemagne, par Peter Häberle (cf. « Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten », *Juristenzeitung*, 1975, 10, p. 297-305).

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 80.

¹⁶⁹ *Ibid.* ; même idée chez Habermas, « Sur le droit et la démocratie », *Le Débat*, 97, 1997, p. 42-47, p. 43-44

tout-puissant que le dernier maillon d'une chaîne argumentative (point qui rend visible l'influence des thèses de Dworkin), le creuset où se constitue une décision qui le dépasse¹⁷⁰.

Enfin, là encore où ces positions rejoignent les présupposés néo-constitutionnalistes, c'est en utilisant une définition de la constitution (de la constitution en tout cas qui peut intéresser si l'on étudie la justice constitutionnelle) qui utilise des critères matériels, telle que Guastini l'a dégagée : la constitution libérale, c'est-à-dire devant mettre en place une démocratie dont le but est de protéger les droits de ses citoyens¹⁷¹.

Dans ce cas, donc, s'il y a un mouvement de recul par rapport au constitutionnalisme le plus brutal, on observe, de la même façon la recherche, certes plus hésitante, d'un fondement absolu. Ici, celui-ci est découvert par une réflexion de philosophie politique inspirée des thèses communicationnelles de Habermas. Ce soubassement théorique n'est pas nécessairement si solide qu'il en a l'air : outre que ces thèses peuvent paraître en fait auto-contradictoires¹⁷², leur applicabilité au droit a été contestée¹⁷³.

Une autre manière de mettre en pratique les thèses néo-constitutionnalistes sans paraître simplement mettre en pratique une décision fondamentale inspirée de Schmitt est avancée par Konrad Hesse. Le modèle proposé est différent de celui de D. Rousseau, tout en le rejoignant, à notre avis, du point de vue des fondements épistémologiques.

Tout comme D. Rousseau, K. Hesse constate que les techniques traditionnelles d'interprétation ne permettent pas d'arriver à la solution juste qui existe pourtant. Ainsi, il est nécessaire, d'après lui, de mettre en œuvre des techniques particulières à la justice constitutionnelle, fondées sur les spécificités de son objet. Non pas, c'est peut-être là la différence avec le postulat néo-rationnaliste le plus fréquent, les spécificités du texte constitutionnel ou les valeurs inhérentes à une constitution libérale, mais les spécificités de toute constitution en tant qu'elle est un texte censé être au fondement de l'ordre juridique. Cette théorie de l'interprétation constitutionnelle repose donc sur les caractéristiques structurelles de la constitution. Si l'on systématise les techniques proposées par K. Hesse¹⁷⁴ dans un ordre un peu différent du sien, on peut remarquer que les deux

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 86.

¹⁷¹ GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, p. 116.

¹⁷² Olivier Cayla voit dans ce que Habermas nomme communication quelque chose qui n'est précisément pas une communication, ou ne pourrait l'être que dans la société des anges – ceux qui précisément ne communiquent pas (« L'angélisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas », RDP, Paris, LGDJ, 2007/6, p. 1541-1568).

¹⁷³ FONSECA, « L' "effet Habermas" ».

¹⁷⁴ HESSE (Konrad), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1967), Heidelberg, C. F. Müller

caractéristiques fondamentales sont l'unité et l'efficacité. La constitution doit donc être cohérente – on y revient donc toujours – et ne pas parler pour ne rien dire (tout le texte est présupposé normatif). De ces présupposés, l'auteur déduit plusieurs principes qui doivent guider l'interprète constitutionnel. La concordance pratique (*praktische Konkordanz*), tout d'abord, selon laquelle tous les principes constitutionnels qui entrent en jeu, ou plutôt en conflit, dans un cas à résoudre doivent se trouver concrétisés par la solution apportée (K. Hesse différencie la proportionnalité alors utilisée de la pondération qui fait prédominer l'un sur l'autre). Vient ensuite l'action intégrative (*integrierende Wirkung*) de la constitution : puisque celle-ci vise à constituer l'unité d'un État, on doit donner la préférence au point de vue qui favorise cette unification. Enfin, l'interprétation doit respecter la justesse fonctionnelle (*funktionelle Richtigkeit*), qui oblige chaque organe à respecter scrupuleusement la place que lui attribue le texte.

Cette théorie, si elle trouve son fondement dans des questions de structure plutôt que dans des questions de matière, n'en effectue pas moins un chemin semblable. Elle prétend en effet dégager ce qu'est l'essence d'une constitution – et par conséquent ce que doit être une constitution – et applique ses découvertes aux constitutions existantes, en l'occurrence en énonçant les principes d'interprétation qui permettront de découvrir la bonne solution du point de vue constitutionnel, puisque c'est là le but de l'interprétation¹⁷⁵. En cela, on voit qu'elle manifeste le même cognitivisme que P. Brunet signale à propos du néo-constitutionnalisme. On voit également qu'elle suit rigoureusement le schéma de l'imitation que nous utilisons pour rendre compte d'une des grandes familles de l'interprétation.

Que ce soit en présupposant que toute constitution a, ou doit avoir puisque la séparation est rarement faite entre la simple description et la prescription, une orientation à elle donnée par le constituant, ou en trouvant cette orientation dans l'essence de la constitution (que cette essence soit plutôt d'ordre matérielle – toute constitution libérale est guidée par tel ou tel principe – ou d'ordre structurel – seules certaines techniques d'interprétation peuvent rendre justice au geste constitutionnel), les théories que nous venons d'exposer offrent à l'interprète la justification du processus mimétique. On peut en effet, dans tous les cas, remonter à une Idée, au sens platonicien, puis redescendre dans la caverne et chercher à la réaliser du mieux qu'on peut – en étant certain d'avoir la vérité pour soi (il est à notre sens tout à fait caractéristique que l'existence d'une solution

Verlag, 1999 (20^e éd.), 335 p., p. 28-29.

¹⁷⁵ « *Aufgabe der Interpretation* ist es, das verfassungsmäßig „richtige“ Ergebnis in einem rationalem und kontrollierbaren Verfahren zu finden » (*ibid.*, p. 21).

juste à tout problème qui se pose soit une croyance commune à tous ces courants).

Ainsi, les deux éléments, chronologique et axiologique, nécessaires à l'imitation trouvent une sorte de preuve. On va cependant voir que le juge n'utilise pas de la même manière ce cadre argumentatif en Allemagne et en France, ce qui est sans doute dû pour beaucoup au style employé dans les décisions et aux traditions qui trouvent à s'y exprimer.

Section 2 Manifestations pratiques : la constitution comme un ordre de valeurs (Wertordnung)

La mise en œuvre d'un procédé d'imitation à petite échelle se traduit, dans le cas d'une constitution, nécessairement par la (prétendue) révélation d'un ordre de valeurs qui préexisterait au texte et le justifierait. On peut dès l'entame de ce chemin être confronté à une objection fondamentale : celle qui rappellerait le caractère généralement hétérogène de documents partagés, comme l'était l'idéal-type de Weimar, entre une partie consacrée au fonctionnement des institutions et une autre à la protection des droits fondamentaux. Cette objection peut pourtant être aisément écartée : s'il existe un principe qui guide toute la constitution, il inspirera aussi bien les droits fondamentaux comme protection directe des individus que l'équilibre institutionnel, comme garantie indirecte (ce qu'on rencontre déjà dans l'article 16 DDHC).

Dès lors, il nous reste à rechercher les éventuelles manifestations pratiques, dans la jurisprudence des cours constitutionnelles française et allemande, de la pratique mimétique. Il faut pour cela découvrir l'éventuel concept qui permettrait de donner une consistance matérielle à la cohérence axiologique du texte constitutionnel (dont nous venons de montrer que de nombreux courants doctrinaux admettent la possibilité théorique) : il ne s'agit pas en effet seulement d'affirmer que ce dernier doit être cohérent, il faut encore déceler ce qui fait cette cohérence. Ici, les deux cours que nous étudions se distinguent : si la doctrine, dans les deux pays (de façon certes plus ou moins unanime selon qu'on se trouve d'un côté ou de l'autre du Rhin), avance l'idée d'un ordre constitutionnel fondé sur la dignité humaine (§ 1), seul le juge allemand admet cette idée et considère la constitution qu'il applique comme l'expression d'un ordre de valeurs reposant sur celle-ci (§ 2).

§ 1 Dignité humaine et droits fondamentaux

La compréhension de la constitution comme ordre (orienté) de valeurs suppose qu'un principe fondateur prenne en charge cette orientation. La dignité humaine, qui a connu un succès certain depuis la fin de la Seconde guerre mondiale¹⁷⁶, a été utilisée en France comme en Allemagne, ou plutôt, en France sur le modèle allemand, à cet effet. Nous présenterons donc la construction solide et ancienne du principe de dignité humaine (*Menschenwürde*) là-bas (a), puis son apparition, à la fois massive et plus fragile qu'il n'y paraît, en France (b).

a. *Menschenwürde* et *Wertordnung*

En Allemagne, la doctrine ne fait pas de difficulté pour reconnaître que la dignité humaine peut être placée au fondement de l'ordre constitutionnel, et en même temps comme sa raison d'être¹⁷⁷. Les circonstances particulières dans lesquelles fut rédigée la Loi fondamentale, au sortir de la Seconde guerre mondiale, expliquent aisément ce fait : puisqu'on voyait, de manière certes un peu trompeuse, dans le positivisme juridique une des causes principales à l'échec de la République de Weimar, il a paru nécessaire, et d'autant plus nécessaire après le régime national-socialiste, de donner un sens à la nouvelle constitution. C'est dans cette perspective qu'il faut lire la deuxième décision du Bundesverfassungsgericht, dans laquelle le juge affirme que chaque disposition de la Loi fondamentale « fait partie, comme toutes les autres dispositions de la constitution, qui présente une unité interne, d'un ensemble cohérent doté d'un sens », ce qui permet de dégager des principes constitutionnels auxquels sont soumises les dispositions particulières¹⁷⁸. On retrouve ici très exactement les théories constitutionnelles de Schmitt.

La protection de la dignité humaine, qui figure au premier rang des droits fondamentaux proclamés dans ce texte (art. 1 GG¹⁷⁹) est le fondement de cette unité de sens. Très tôt, dès la

¹⁷⁶ Voir pour une liste des différents textes qui s'y rapportent dans HÄBERLE (Peter), « Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft », in ISENSEE (Josef), KIRCHHOF (Paul), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Heidelberg, Müller, XI vol., 2003- (ci-après HbdStR), III, p. 317-367, p. 318-323.

¹⁷⁷ HÄBERLE (Peter), « Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft », p. 338-343.

¹⁷⁸ BVerfGE, 1, 14, 32 : « Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Sie steht in einem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit darstellt. Aus dem Gesamthalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind ».

¹⁷⁹ « La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde ». (« Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Das Deutsche Volk bekennt

sixième décision de son premier recueil, le Bundesverfassungsgericht donne un contour, certes encore très restreint, à la notion (il s'agit de la cantonner à un rôle de défense de l'individu contre les atteintes, sans en faire le fondement à des revendications matérielles de cet individu envers l'État)¹⁸⁰. Peu de temps après, à l'occasion d'un des grands jugements des premières années (sur l'interdiction de la KPD) ce principe gagne une place centrale en ce qu'il permet de distinguer entre les régimes démocratiques et les régimes visant à instaurer une dictature du prolétariat¹⁸¹ – et par conséquent de justifier, *in fine*, l'interdiction de la KPD, qui ne peut pas prétendre que la Loi fondamentale soit un ordre neutre (du point de vue politique) dans lequel elle puisse donc agir librement, en en niant les principes les plus essentiels¹⁸². Au contraire, celle-la aurait établi un régime fondamentalement libéral et démocrate, qui s'oppose donc d'après ses présupposés à celui qu'entendrait mettre en place la KPD¹⁸³.

À travers cette confrontation entre deux visions du monde, le Bundesverfassungsgericht lie donc le régime établi par la Loi fondamentale à un principe particulier, la dignité humaine, qui le légitime et, par conséquent, l'orienté – au contraire donc de la République de Weimar, qui aurait succombé à l'honnêteté un peu naïve par laquelle elle a été empêchée de percevoir la menace des partis totalitaires¹⁸⁴. Deux pôles se trouvent ainsi énoncés : l'« ordre fondamental démocratique et libéral » (*freiheitliche demokratische Grundordnung* – ci-après, fdGO) et la dignité humaine. La *Wertordnung* apparaît certes elle aussi, mais encore incidemment : il est bien constaté que l'ordre constitutionnel a érigé un ordre de valeur, mais cette remarque n'est pas encore d'une importance centrale pour la décision elle-même (elle relève plutôt de l'établissement des faits)¹⁸⁵.

Le lien est établi directement entre *Wertordnung* et *Menschenwürde* peu de temps après, dans le célèbre Lüth-Urteil, lorsque le juge affirme que

la Loi fondamentale, qui ne se veut pas un ordre axiologiquement neutre, a érigé, dans sa partie qui concerne les droits fondamentaux, un ordre objectif de valeurs. [...] Ce système de valeurs, dont le point central est la personne humaine s'épanouissant librement au sein de la communauté sociale ainsi que sa dignité, doit valoir pour une décision constitutionnelle fondamentale à l'égard de tous les domaines du droit.¹⁸⁶

sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt »)

¹⁸⁰ BVerfGE 1, 97, 104.

¹⁸¹ BVerfGE 5, 85, 203-205.

¹⁸² BVerfGE 5, 85, 317-318.

¹⁸³ BVerfGE 5, 85, 205-206.

¹⁸⁴ BVerfGE 5, 85, 138.

¹⁸⁵ BVerfGE 5, 85, 384.

¹⁸⁶ BVerfGE 7, 198, 205 (« ...daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will (BVerfGE 2, 1, 12 ; 5, 85, 134 sq., 197 sq.; 6, 32, 40 sq.), in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat. [...] Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle

On retrouve ici assemblés les trois éléments qui nous intéressent : l'affirmation de principe selon laquelle le Grundgesetz doit être compris comme un texte orienté vers une fin, la détermination de cette fin à partir du texte (puisque la dignité humaine est l'élément qui permet de passer du texte au sens du Grundgesetz) et sa traduction par un système organisé de valeurs. Ce que l'on voit, c'est donc que le juge part d'une conception de la constitution comme norme devant organiser l'ensemble d'un système (on remarquera d'ailleurs que le lexique schmittien que nous évoquions à l'instant apparaît dans la mention d'une « verfassungsrechtlichen Grundentscheidung »), ce qui lui permet de rechercher l'orientation la plus fondamentale (qu'il trouve dans la dignité humaine) et d'envisager, à partir de cette découverte, sous un nouveau jour le document qu'il a devant lui : il y voit désormais l'expression, si ce n'est même la transcription, d'un ordre de valeurs préexistant.

En ce sens, le raisonnement du juge s'apparente bien, si on le reconstruit, à un travail mimétique, puisque ces trois éléments peuvent être conçus comme les trois étapes de ce travail, que nous avons présentées plus haut.

La relation entre *Menschenwürde* et *Wertordnung* n'a pas été démentie par la suite. Elle a notamment été réaffirmée à propos de l'obligation faite à l'ordre juridique de favoriser la réinsertion sociale des détenus. Pour le juge, cette exigence « correspond, du point de vue du droit constitutionnel, à la conception de soi-même qu'a une communauté qui place la dignité humaine au centre de son système de valeurs »¹⁸⁷. Dans cette citation, à nouveau, on observe la confusion entre un point de vue prescriptif et un énoncé prescriptif (les conclusions sous forme de normes juridiques tirées de l'observation quasi scientifique) que permet l'imitation¹⁸⁸. En l'absence d'une norme constitutionnelle lui permettant explicitement de privilégier le droit du détenu à ne pas voir son crime rappelé par une reconstitution télévisée sur la liberté de la presse et de l'art (pour appuyer sa position sur le rôle de la peine comme instrument de réinsertion, il ne peut s'appuyer que sur des travaux parlementaires), le juge agit comme un scientifique pour reconstruire, à partir du concept de dignité humaine, le sens de la Loi fondamentale, et en déduit la hiérarchie à établir entre les

Bereiche des Rechts gelten »).

¹⁸⁷ BVerfGE 35, 202, 235 (« Verfassungsrechtlich entspricht diese Forderung (de donner une possibilité de réinsertion) dem Selbstverständnis einer Gemeinschaft, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt ihrer Wertordnung stellt »). Dans cette affaire, un détenu avait demandé que ne fût pas diffusée une émission qui retraçait, peu ou prou au moment de sa libération, le crime auquel il avait été mêlé. Même formulation dans BVerfGE 36, 174, 188.

¹⁸⁸ On sait que cette confusion, exposée par Hume, est précisément ce que la théorie réaliste de l'interprétation reproche aux doctrines prétendant découvrir le soi-disant vrai sens d'une constitution pour en tirer des conclusions normatives. Voir BRUNET (Pierre), *Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ (« La pensée juridique »), 2004, 396 p., p. 58. Le passage de Hume généralement utilisé pour appuyer cette position dans HUME (David), *Traité de la nature humaine, III. La morale*, trad. Philippe Saltel, Paris, Flammarion, 1993, 282 p., p. 65. Des critiques de cette interprétation de Hume, cependant, dans MACINTYRE (A. C.), « Hume on "Is" and "Ought" », *The Philosophical Review*, 68, 1959/4, p. 451-468.

principes en conflit.

Certes on ne trouve plus aujourd'hui les deux concepts associés dans les décisions du Bundesverfassungsgericht. Outre cependant que, séparément, elles sont toujours régulièrement utilisées (y compris la *Wertordnung*¹⁸⁹, malgré une courte disgrâce dans les années 70 due à l'influence de K. Hesse¹⁹⁰), la dignité humaine se voit toujours attribuer un rôle fondateur « en tant que racine des droits fondamentaux »¹⁹¹ ; or, puisque ces droits fondamentaux forment toujours un système, il faut bien croire que l'idée, contrairement à la formule, n'est pas désuète. L'idée centrale se maintient donc : l'ordre de valeurs fondé par le Grundgesetz repose tout entier sur le concept de dignité humaine et se comprend d'après lui.

b. Rôle restreint de la dignité humaine en France

En France, en revanche, la situation est toute différente. Il ne paraît pas, en effet, que la doctrine ou le juge ait réussi à découvrir ou à créer un principe structurant l'ensemble de l'ordre constitutionnel, un principe dont on pourrait dire qu'il a guidé à lui seul les rédacteurs du texte de 1958. On le voit à étudier la jurisprudence du Conseil constitutionnel et à constater l'échec auquel aboutit toute entreprise de systématisation : « toute tentative de construire un grand et unique système d'explication se heurte à la démarche essentiellement pragmatique du Conseil constitutionnel », affirme ainsi D. Rousseau¹⁹².

Pour résoudre ce qui est ressenti comme un problème (soit parce que cette absence de hiérarchie est contradictoire avec le principe de cohérence du droit, soit parce qu'elle donne au juge la possibilité de décider de manière arbitraire et casuistique, sans qu'existent des critères permettant de critiquer ses décisions), D. Rousseau propose une théorie, plus prudente selon ses propres termes, qui ne prétend pas établir une nouvelle hiérarchie (tant d'autres auteurs ont déjà bâti la leur, toujours différente de celle du voisin, prouvant seulement par là ce que ces constructions ont de subjectif), mais donner une position particulière aux principes de pluralisme et de dignité de la personne humaine. Ceux-ci pourraient être considérés comme des « principes d'intelligibilité des droits fondamentaux », qui « donnent une unité de sens » aux autres principes¹⁹³. En se fondant sur

¹⁸⁹ À signaler qu'on rencontre parfois deux variantes, qui ne semblent pas emporter de différence sur le fond : *Wertordnung* et *Wertsystem*.

¹⁹⁰ STERN (Klaus), « Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte », HbdStR, IX, p. 57-119, p. 75.

¹⁹¹ BVerfGE 93, 266, 293 (« die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte... »).

¹⁹² ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2010 (9^e éd.), 586 p., p. 122-131 (citation p. 131).

¹⁹³ *Ibid.*, p. 131-132.

une qualité attribuée à ces principes après contemplation intellectuelle pour cela (l'essence des droits fondamentaux serait, d'une part de protéger l'individu, d'autre part de lui permettre de participer à la démocratie continue, ce qui justifie le statut particulier accordé d'une part à la dignité humaine, d'autre part au pluralisme), et en se servant des principes ainsi découverts pour interpréter les autres, il effectue un raisonnement très similaire à celui que nous venons d'observer en Allemagne. Il s'inscrit d'ailleurs, pour ce qui regarde au moins le principe de dignité, dans un mouvement plus large et qui semble aujourd'hui majoritaire¹⁹⁴. Mais, à la différence cette fois de ce que nous avons observé en Allemagne, cette argumentation n'a pas connu le même succès auprès du juge.

Cette discordance entre la place que fait la doctrine à la notion de dignité humaine et son utilisation réelle par les juridictions a été mise en lumière par C. Girard et S. Hennette-Vauchez : il y a en effet une certaine contradiction entre la conception de la dignité comme source des droits de l'homme et le peu de décisions où elle est utilisée (au contraire, par exemple, du principe d'égalité). Leur étude prouve que l'on a affaire dans ce cas à un exemple de prescription doctrinale : les auteurs, peu nombreux en fait mais d'autant plus prolixes, qui prétendent constater la place première (du point de vue hiérarchique comme, ce qui est encore plus délicat à avancer, du point de vue temporel) du principe de dignité œuvrent en réalité à ce que ce statut lui soit reconnu par le juge constitutionnel¹⁹⁵.

Pour ce faire, ils cherchent d'abord à prouver que ce principe est nécessaire aux droits de l'homme déjà proclamés en France – et comme tel déjà contenu en fait dans l'ordre juridique, simplement resté latent jusqu'en 1994 (date de la fameuse décision bioéthique du Conseil constitutionnel, qui a donné le coup d'envoi à la vogue de la dignité humaine dans la doctrine). Ce faisant, en effet, ils peuvent échapper à la critique qui vient spontanément : pourquoi un principe apparu si tard devrait-il être placé à la base de l'édifice ? Aurait-on mis depuis 1971 (si ce n'est 1789) la charrue avant les bœufs ? Le discours doctrinal bâtit donc un jeu d'opposition entre le caractère « pas nouveau » du principe (par essence) et son « utilisation récente » (qui n'ôte rien à son antériorité)¹⁹⁶. L'étude de ce discours montre qu'il se signale par sa conception téléologique :

¹⁹⁴ Sur le mouvement croissant pour faire de la dignité humaine le fondement des droits de l'homme : Bioy (Xavier), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, 913 p., not. p. 774 sq. L'auteur y revient sur l'hésitation entre jusnaturalisme et positivisme qui caractérise la conception des droits fondamentaux dans les États constitutionnels modernes, ainsi que sur la tension interne au concept de dignité, conçue à la fois comme base et comme limite des droits fondamentaux.

¹⁹⁵ GIRARD (Charlotte), HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, Paris, PUF, 2005, 318 p., p. 32, 215-230.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 242-246.

puisque ce principe était toujours contenu en puissance dans l'édifice des droits de l'homme, mais n'avait jamais été révélé (à la manière, si l'on veut, des armatures de fer si essentielles à l'art gothique, mais qui se fondent, pour une bonne part, dans les maçonneries et les vitraux¹⁹⁷), « tout se passe comme si l'émergence de principe comblait une lacune historique (morale ou philosophique) »¹⁹⁸.

Selon C. Girard et S. Hennette-Vauchez, ce principe est donc, tel en tout cas que la doctrine française l'a forgé, un « terme sésame », propre à toutes les utilisations, et utilisé en particulier pour figurer « la matrice de tous les principes constitutionnels, la source globale et unifiée ou le nouveau paradigme des droits fondamentaux »¹⁹⁹. Il y a donc plus ici que la simple question de savoir si la dignité humaine fait ou non partie des droits fondamentaux en France (comme le font remarquer les auteures, elle en fait au moins partie depuis la décision de 1994) : en étudiant la fonction conférée par la doctrine au concept, on voit que ce dernier gagne une valeur heuristique valant pour l'ordre juridique dans son ensemble. Dans cette mesure, cet effort doctrinal est intéressant comme objet de recherche : en voulant découvrir à toute force ce fondement ultime des droits de l'homme, il « traduit à la fois une frustration devant les limites qu'impose la science du droit telle qu'elle est théorisée par les auteurs positivistes, mais également une volonté de puissance des différents acteurs juridiques »²⁰⁰ ; le refus du positivisme s'inscrit dans la veine néo-constitutionnaliste que nous avons déjà présentée. On voit par cet exemple comment les fondements théoriques évoqués précédemment supportent les discours tendant à trouver un sens aux textes constitutionnels.

Le modèle mimétique nous semble particulièrement approprié pour rendre compte de cette position théorique, et ce cas nous en offre encore un exemple. C. Girard et S. Hennette-Vauchez font porter leur critique notamment sur le rattachement, pour le moins audacieux, du principe de dignité humaine au Préambule de 1946 effectué par le Conseil constitutionnel en 1994 pour lui trouver un fondement textuel²⁰¹. Si le lien est accepté comme évident par la plupart des commentateurs, il est aisé de montrer qu'il est pourtant extrêmement fragile : le renvoi au texte de 1946 relèverait plutôt d'une « filiation mythique » que d'un raisonnement rigoureux²⁰². Les auteures de l'étude y voient des « manipulations », une « filiation revendiquée difficile à établir et plutôt

¹⁹⁷ Encore l'image est-elle légèrement inexacte : le système d'armature se révèle en effet parfois par les tirants se croisant sous les voûtes. Sur cette question, on renverra à CHAPELOT (Odette), BENOIT (Paul), dir., *Pierre et métal dans le bâtiment au Moyen Age*, Paris, EHESS, 1985, 370 p., ainsi qu'à TIMBERT (Arnaud), dir., *L'homme et la matière : l'emploi du plomb et du fer dans l'architecture gothique*, Paris, Picard, 2009, 231 p.

¹⁹⁸ GIRARD, HENNETTE-VAUCHEZ, *Dignité de la personne humaine*, p. 50.

¹⁹⁹ *Ibid.*, respectivement p. 242-246, p. 249.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 30-31.

²⁰¹ Décision 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi bioéthique*, cons. 2.

²⁰² GIRARD, HENNETTE-VAUCHEZ, *Dignité de la personne humaine*, p. 49, 222.

douteuse du point de vue de l'intention de ses commentateurs »²⁰³. Nous n'irons pas le leur contester ; simplement, nous pensons qu'en plus de condamner, nous pouvons chercher à expliquer ce point précis. Certes, le chemin emprunté par le Conseil est pour le moins tortueux : à vrai dire, le principe de dignité n'apparaît pas dans le texte cité, mais seulement dans le premier projet de déclaration des droits, celui qui avait été repoussé en juin 1946 avec le reste de la proposition de constitution. C'est d'ailleurs l'argument le plus généralement utilisé par la doctrine pour justifier le raisonnement du juge – ce qui ne va pas d'ailleurs sans une certaine contradiction : on a vu que dans la décision *Loi de nationalisation*, c'est précisément le rejet du projet de 1946 qui justifiait de maintenir (et faire primer) le droit de propriété tel qu'énoncé en 1789. Or ce rattachement, si fragile en soi, se comprend tout à fait si l'on adopte la position de la doctrine (d'une doctrine prescriptive, donc, comme il a été dit) : puisque la dignité humaine est au fondement des droits de l'homme, on peut la retrouver à partir des empreintes qu'elle a laissées, telle la lutte contre l'asservissement et la dégradation de la personne humaine. C'est le modèle mimétique qui permet de raisonnement.

En conclusion, si le concept de dignité de la personne humaine est bien utilisé par le juge français, l'ampleur que veut lui donner un certain discours doctrinal, hors de mesure avec cette utilisation, s'explique sans doute par une forme de transposition de la situation allemande²⁰⁴. Outre le fait, déjà relevé, que cette opération est rendue délicate par l'absence d'une mention claire de ce concept dans le texte constitutionnel, il nous semble que son échec (dans la mesure au moins où elle reste en fait cantonnée dans la doctrine, sans apparemment influencer le juge constitutionnel) tient également aux méthodes du Conseil constitutionnel : il faut lier cette réserve à l'attitude générale qui l'éloigne des constructions logiques de grande ampleur, commandé d'une part par le style de ses décisions, regimbant aux grandes démonstrations, d'autre part par sa position institutionnelle plus contestée. Si déjà, en soi, le raisonnement philosophique ne paraît pas au juge un terrain très stable, on comprendra qu'il l'évite d'autant plus prudemment lorsque manque, de plus, le fondement textuel.

§ 2 La Wertordnung dans la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht

L'intérêt d'en passer par la dignité humaine était de décrire le fondement qui conduit à affirmer l'existence d'un système de valeurs qui dépasse le texte constitutionnel et s'impose donc à lui. Qui, en termes quasi schmittiens, révèle derrière la Loi fondamentale la véritable constitution

²⁰³ *Ibid.*, p. 49.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 267-268.

d'un État. Le hasard historique qui a conduit à appeler *Grundgesetz* la constitution allemande actuelle permet d'ailleurs d'autant plus aisément de l'opposer à une *Verfassung* prétendue véritable. Une fois ce fondement, et cette distinction, acquis, nous pouvons montrer comment se manifeste cette position particulière de la *Wertordnung* par rapport au texte constitutionnel (a), puis la fonction qu'elle remplit plus précisément dans le traitement des droits fondamentaux (b).

a. position de la *Wertordnung*

La position de la *Wertordnung* ou de ses équivalents est remarquable en ce qu'elle semble, à étudier la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht, se situer en amont du texte constitutionnel. Cela est dû au fondement qu'elle trouve, comme nous l'avons vu, dans un principe censé dépasser ce texte. De la même manière, donc, la *Wertordnung*, justifiée par celui-là, n'est pas dépendante de celui-ci. On peut lui reconnaître, à elle aussi, une dimension transcendante : comme pré-supposé de l'idée même d'un ordre de valeurs, il y a en effet une conception selon laquelle le droit et les juges endossent le rôle d'un clergé ; en donnant vie aux valeurs fondamentales contenues dans la constitution, ils indiquent à la communauté un chemin commun²⁰⁵.

Par conséquent, elle dépasse la Loi fondamentale où elle se manifeste – ce qui n'a rien d'étonnant à partir du moment où la dignité humaine sur laquelle elle se fonde est aussi considérée comme un principe pré-constitutionnel²⁰⁶. On observe dans les formules utilisées par le juge allemand cette antériorité, en germe dès le moment où le juge ne se contente pas du texte constitutionnel pour affirmer la suprématie d'une norme, mais s'appuie aussi sur le contenu de cette norme. Ainsi, dans la formule du Lüth-Urteil citée plus haut, il est encore question d'une décision de la Loi fondamentale, mais déjà cette décision se trouve appuyée par la valeur intrinsèque de la dignité humaine. Or, il est intéressant de remarquer que dans des décisions tout à fait récentes, le Bundesverfassungsgericht, loin de corriger sa position et de remettre en cause l'idée d'un ordre de valeurs structurant le texte constitutionnel, tend au contraire à présupposer à son sujet une forme d'existence propre antérieure.

Une des utilisations les plus récentes de la *Wertordnung* concerne la place qu'elle accorde à la santé et à la vie humaines (on conçoit – nous y reviendrons bientôt – qu'il s'agit de leur faire supplanter d'autres droits fondamentaux). La formulation du juge dans cette décision laisse

²⁰⁵ DI FABIO (Udo), « Grundrechte als Werteordnung », JZ, 2004/1, p. 1-8, p. 1-2.

²⁰⁶ HÄBERLE (Peter), « Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft », HbdStR (s'appuyant sur BVerfGE 25, 269, 285).

apercevoir la hiérarchie – même temporelle – qu'il conçoit entre ordre des valeurs (ou *Verfassung* véritable, si l'on préfère) et *Grundgesetz*. Il affirme en effet que « la grande importance qui revient à la santé et la vie dans la *Wertordnung* du *Grundgesetz* se manifeste en ce que, pour ces deux droits, des devoirs de protection peuvent être déduits de l'art. 2, al. 2, première phrase GG »²⁰⁷. Cela peut encore paraître, à soi seul, ambigu. On peut y lire, comme nous voulons le faire, l'antériorité et l'indépendance du système de valeurs, puisque les dispositions de la Loi fondamentale et les droits particuliers qui peuvent en être tirés ne sont conçus que comme des manifestations de ce système. Mais, en sens inverse, on peut aussi voir là un processus de déduction : le juge, au vu de la protection accordée, constaterait que le constituant a entendu accorder une protection particulière à ces deux biens.

Deux arguments nous semblent pourtant appuyer notre position. D'une part, il est une faiblesse dans le raisonnement inverse : on ne voit pas en quoi la protection assurée à la vie et à la santé dans l'article 2 GG leur donnerait une importance particulière, propre à ce qu'ils s'imposent à d'autres droits fondamentaux consignés dans la même part de la Loi fondamentale. D'autre part, la chaîne de justification du tribunal aboutit à un fondement hors du texte constitutionnel. La décision sur laquelle il s'appuie immédiatement, déjà, montre plus explicitement le rapport hiérarchique existant entre *Wertordnung* et *Grundgesetz*. Y est prise en effet en compte « la protection de la santé publique, à laquelle revient une grande importance dans la *Wertordnung* de la *Grundgesetz*. De l'art. 2, al. 2 GG peut donc suivre pour l'État un devoir de protection qui comprend une prévention contre les risques pour la santé »²⁰⁸. Le renversement, ici, paraît plus clair : le juge tire d'abord le droit à la santé de l'ordre des valeurs, puis fait du texte constitutionnel un fait qui manifeste seulement ce principe préexistant.

Cette impression est renforcée lorsque l'on suit la chaîne des justifications. La décision utilisée comme référence par le juge constitutionnel renvoie, à travers celle sur laquelle elle-même s'appuie (et qui, la première, associait droit à la santé et à la vie à l'ordre de valeurs)²⁰⁹, en effet à celle qui a pour la première fois reconnu à la protection de la vie humaine une place particulière dans l'ordre constitutionnel allemand. Dans celle-ci, la deuxième portant sur l'avortement, le juge ne

²⁰⁷ 1 BvR 2011/07 (8 juin 2010) : « Das hohe Gewicht, das Gesundheit und Leben in der Wertordnung des Grundgesetzes zukommt, zeigt sich daran, dass sich für beide Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG Schutzpflichten des Staates ergeben können ».

²⁰⁸ BVerfGE 121, 317, 356 (« Dies gilt zunächst für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, dem in der Wertordnung des Grundgesetzes ein hohes Gewicht zukommt. Aus Art. 2 Abs. 2 GG kann daher eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen umfasst »). La *Wertordnung* apparaît également isolée, dans la même décision, comme allant de soi et sans qu'il soit nécessaire de la rattacher à des dispositions de la Loi fondamentale (353).

²⁰⁹ BVerfGE 110, 141, 153 : « Au regard de la grande importance conférée par la *Wertordnung* du *Grundgesetz* à la protection de la vie et de la santé humaines [...] » (« Im Hinblick auf das hohe Gewicht, das dem Schutz des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit in der Wertordnung des Grundgesetzes zukommt. [...] »).

rattachait pas cette exigence à une disposition précise du texte de la Loi fondamentale, mais affirmait de manière catégorique que c'était là « un devoir de protection élémentaire de l'État »²¹⁰, un devoir donc inhérent à l'existence même d'un État (ou du moins, pouvons-nous supposer, d'un état démocratique et libéral). En partant de cette première décision, le chemin paraît aisé à retracer : le juge s'est d'abord fondé sur ce devoir inhérent à un État démocratique, puis a rattaché ensuite le droit ainsi dégagé à la *Wertordnung*. Cela ne présente pas de difficulté, puisqu'il s'agit exactement du même raisonnement, en fait. Par conséquent, la mention du texte constitutionnel doit bien être comprise comme une référence à une manifestation, certes bienvenue, mais accessoire, de ce droit – lequel n'a pas besoin d'elle pour exister, ni par conséquent pour être affirmé par le juge.

Rien d'étonnant dès lors, à ce que Helmut Goerlich, dans son étude sur la *Wertordnung* comme figure d'argumentation du Bundesverfassungsgericht, ait pu relever des cas dans lesquels la formule du système de valeurs remplace simplement toute référence à une source textuelle²¹¹ : le chemin que nous venons de voir accompli à propos de la santé nous semble parfaitement l'expliquer. On remarque à cet égard que la question n'est pas tant, dans ce genre de situation, d'inventer à toute force une norme de référence qui manquerait pour trancher le litige de la manière la plus juste : en effet, H. Goerlich montre que le même résultat pouvait être obtenu directement à partir des dispositions de la Loi fondamentale. On doit donc plutôt y voir la trace de la précompréhension qu'a le juge de la constitution comme ensemble orienté de valeurs antérieur au texte lui-même.

Le concept de « ordre fondamental libéral et démocratique » (*freiheitliche demokratische Grundordnung*, fdGO) a pu s'inscrire, au moins dans les premières années de son utilisation (dans les dernières décisions du Bundesverfassungsgericht, cette notion a surtout une fonction assez proche de celle que peut avoir en France l'ordre public : elle institue une limite pour l'exercice des droits fondamentaux plutôt qu'elle n'explique leur existence et leur sens) dans cette même perspective. De la même façon que la *Wertordnung*, elle offre dans ce cas un cadre fondamental à la Constitution : la seule différence est sans doute que l'accent y est mis sur la forme de l'organisation politique plus que sur les droits fondamentaux eux-mêmes – étant entendu cependant que cette forme de l'organisation politique est inséparable desdits droits fondamentaux dont elle doit rendre possible l'exercice et la conciliation.

²¹⁰ BVerfGE 88, 203, 257.

²¹¹ Il donne comme exemple BVerfGE 25, 167, 185 (GOERLICH (Helmut), *Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1973, 214 p., p. 94).

À cette position particulière dans le droit constitutionnel correspond une supériorité par rapport à l'ensemble de l'ordre juridique. À partir du moment où la constitution est conçue comme l'expression d'un système de valeurs à accomplir (au risque de perdre en chemin toute dimension politique), il n'est pas de raison, en effet, de la cantonner au droit constitutionnel. On trouve déjà cette réflexion dans le *Lüth-Urteil*, dans la formule déjà citée qui lie *Menschenwürde* et *Wertordnung*. Le problème qui se posait au juge était celui de l'effectivité des droits fondamentaux : ceux-ci sont traditionnellement conçus pour protéger l'individu contre l'État, mais ne permettaient pas de rendre compte des atteintes portées par une autre personne – alors même que, notamment, le développement des médias rendaient celles-ci possibles, fréquentes même. C'avait été le cas lorsque le requérant s'était vu interdire, à la demande des sociétés produisant et distribuant les films de Veit Harlan, par le juge ordinaire de poursuivre les appels qu'il avait lancés à boycotter ceux-ci, reprochant à leur réalisateur de s'être irrémédiablement compromis avec le régime nazi en réalisant le *Juif Süß*. Cette volonté des deux sociétés en question portait atteinte, selon lui, à la liberté d'expression que lui garantissait la Loi fondamentale.

Plutôt que de traiter entièrement la question, fort débattue alors, de l'effet horizontal des droits fondamentaux (*Drittwirkung*)²¹², le juge constitutionnel a utilisé l'ordre de valeurs pour régler le cas. À partir du moment, en effet, où les sociétés n'avaient pu entraver la liberté d'expression qu'au moyen d'une procédure judiciaire, ce n'était plus tant la *Drittwirkung* que la conciliation entre divers champs du droit qui était en jeu. Comme cette conciliation à son tour, ne pouvait cependant pas être réglée par une simple application de la hiérarchie des normes (le texte constitutionnel attribuant à la loi de déterminer les limites de cette liberté²¹³), le juge a dû chercher un moyen terme, qu'il a trouvé dans l'ordre de valeurs objectif de la Loi fondamentale. Parce qu'il a constaté que l'application du droit – d'un droit dont on ne pouvait pas dire qu'il était inconstitutionnel puisque c'est la Loi fondamentale elle-même qui prévoyait ces restrictions – pouvait heurter les droits fondamentaux d'un individu pour protéger les droits (eux pas nécessairement fondamentaux, sans quoi la question eût simplement été celle de la pondération) d'un autre, le juge a élaboré l'instrument permettant tout à la fois d'appliquer le droit (civil en l'occurrence) existant et de protéger tout de même l'exercice du droit fondamental en cause : l'idée qu'il existerait pour chaque État (comme

²¹² Ce dont il s'abstient en toute conscience, précisément parce qu'aucune des positions, trop brutalement antithétiques, défendues en doctrine, ne lui semble pouvoir être soutenue (BVerfGE 7, 198, 203-204). C'est ce que lui reprochent certains auteurs, tel H. Goerlich, pour qui le recours à la *Wertordnung* ici est une simple façon de tourner la difficulté (*Wertordnung und Grundgesetz*, p. 51-60, et en particulier p. 57).

²¹³ Bien entendu, on a affaire ici à une prétendue lacune, découverte par le juge en fonction de présupposés axiologiques : il a considéré que ce pouvoir de restriction était potentiellement trop étendu, et a donc cherché à le limiter à son tour (ce qu'il fait aux pages 207-212).

émanation d'un peuple, ce qui rapproche cette position de celle de Savigny, et ne l'éloigne pas de Schmitt) un ensemble de valeurs qui forment sa véritable constitution. Dans cette perspective, le cœur du raisonnement vaut d'être mentionné :

le contenu normatif des droits fondamentaux, en tant qu'ils sont des normes objectives, se déploie dans le droit privé par l'intermédiaire des dispositions réglementant immédiatement ce domaine du droit. Tout comme le nouveau droit doit être pris en harmonie avec le système de valeur des droits fondamentaux, de même le droit ancien et déjà existant est orienté selon ce système de valeurs et d'après son contenu ; de celui-ci découle pour lui une teneur spécifiquement constitutionnelle qui détermine ensuite son interprétation²¹⁴.

L'argumentation semble fluide : puisque le droit adopté après la proclamation d'une nouvelle constitution voit sa conformité à celle-ci vérifiée (au moyen du contrôle de constitutionnalité), il va de soi que cette exigence de conformité s'applique également au droit antérieur maintenu en vigueur. Pour ce faire, le juge doit l'interpréter à la lumière du nouvel ordre juridique. On pourrait y voir, en somme, une forme de réserve d'interprétation générale, mais il y a bien plus. Le juge en effet ne se contente pas de requérir la conformité des normes inférieures à la norme supérieure, mais exige une harmonie entre elles. Il y a là la différence entre une compréhension négative (les normes ne doivent pas se contredire) et une compréhension positive (les normes doivent mettre en œuvre la pensée qui serait celle de la norme suprême) du caractère systématique d'un ordre juridique. Cette dernière, au contraire de la première, suppose à celui-ci une orientation axiologique ; elle repose donc sur une conception tout à fait particulière (et tout à fait contestable) du droit comme commandement visant à établir un modèle de société. C'est sur ce même présupposé que repose l'idée de *Wertordnung*, et c'est lui qui lui donne cette place si particulière par rapport, non seulement au texte constitutionnel, mais à l'ensemble des normes qui constituent un ordre juridique, qui toutes sont censées vouloir réaliser le modèle envisagé, dit-on, par le texte fondamental. On voit d'ailleurs que certaines critiques de l'idée même d'une *Drittwirkung* sont fondées sur la conception objective, c'est-à-dire totalitaire, des droits fondamentaux qu'elle présuppose. Totalitaire au sens où le texte constitutionnel est en effet compris comme la manifestation d'une idéologie devant être mise en œuvre²¹⁵.

La puissance du concept de *Wertordnung* est telle qu'il bouscule même des concepts comme

²¹⁴ BVerfGE 7, 198, 205 (« Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt »).

²¹⁵ Ainsi chez KARPEN (Ulrich), *Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes : vom liberalen Rechtsstaat zum demokratischen Sozialismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, 110 p., p. 96 sq.

celui de « bonnes mœurs ». Ces concepts ont ceci de particulier qu'ils sont assez flous pour permettre au juge d'ajuster le droit sur les représentations censées partagées par la société dans son ensemble. Mais puisque les droits fondamentaux sont des « gabarits axiologiques »²¹⁶ qui s'étendent à l'ensemble de l'ordre juridique (au sens où ils dessinent un cadre qui délimite ce qui dans l'ordre juridique est ou non conforme à eux, et donc véritablement du droit ou pas), le contenu de ces concepts, qui permettent normalement d'intégrer au droit de simples normes sociales de comportement, ne peut lui aussi être déterminé « qu'en partant [...] de la globalité des représentations axiologiques que le peuple a atteintes à un moment donné de son développement spirituel et culturel, et qu'il a fixées dans sa constitution »²¹⁷. Cette dernière précision, convenons-en, est une manière habile de justifier la soumission des « clauses générales » telles que les bonnes mœurs à l'ordre de valeurs de la constitution, mais ne saurait convaincre entièrement : ne serait-ce que, comme le fait remarquer le juge lui-même, parce que ces clauses générales s'apprécient à chaque fois au moment où le juge décide, alors que l'ordre de valeurs est censé fixé dans la Constitution. Quoi qu'il en soit de cette question, le plus intéressant est de constater que ces concepts généraux, au lieu, comme à leur habitude²¹⁸, d'opposer aux normes juridiques celles tirées d'autres systèmes, « sont qualifiées à bon droit de "têtes de pont" des droits fondamentaux dans le droit civil »²¹⁹. Ce détournement est rendu possible par ce caractère profondément double des droits fondamentaux compris comme un ordre de valeurs : ils sont certes ce qu'on lit dans le texte, mais d'abord ce qui existait en dehors du texte et qui a seulement été manifesté par lui. Depuis l'arrêt *Lüth*, cette position n'a pas été démentie, et la même formule revient régulièrement²²⁰.

Au contraire, et l'on voit là ce qui sépare les deux institutions, le Conseil constitutionnel (certes moins exposé à devoir s'occuper d'effet horizontal dans la mesure où il ne contrôle pas les décisions des tribunaux) a récemment refusé d'étirer le champ d'application des droits fondamentaux aux rapports entre personnes privées. Ainsi, le contrôle de la proportionnalité des peines ne peut pas être exercé sur des suspensions de droit de vote prononcées par le bureau de

²¹⁶ *Ibid.*, 206 (« Wertmaßstäbe »).

²¹⁷ *Ibid.* (« ... muß in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat »).

²¹⁸ On reviendra sur ce point dans la deuxième partie de la thèse.

²¹⁹ *Ibid.* (« Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden »).

²²⁰ Pour un autre exemple célèbre de boycott, voir la décision *Blinkfüer*, qui s'appuie sur *Lüth* (BVerfGE 25, 256, 263). Pour un exemple récent, voir 1 BvR 2248/01, du 22 mars 2004 : « Un ordre de valeurs objectif s'incarne dans les dispositions concernant les droits fondamentaux de la Loi fondamentale ; cet ordre de valeurs vaut pour une décision fondamentale constitutionnelle pour tous les domaines du droit, et il lui revient avant tout aussi dans l'interprétation des clauses générales du droit civil une importance considérable » (...« verkörpert sich in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und der vor allem auch bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln maßgebliche Bedeutung zukommt », § 34).

l'Assemblée générale d'une société, précisément parce que c'est cette institution, et non une autorité publique, qui les prononce, et parce que leurs « effets sont limités aux rapports entre les actionnaires et la société »²²¹.

La conséquence de cette extension de l'ordre de valeurs de la Loi fondamentale à l'ensemble du système juridique allemand est, on s'en doute, un pouvoir accru du Bundesverfassungsgericht sur le juge ordinaire – mais ce point ne nous occupe pas pour l'instant, relevant des relations institutionnelles qui feront l'objet de notre deuxième partie. De la même façon, d'ailleurs, qu'on y verra comment la place centrale de la *Wertordnung* constatée ici se traduit, dans les relations entre le tribunal constitutionnel et le législateur, par l'établissement d'un noyau dur auquel ne peut toucher ce dernier.

Ce qu'on retiendra donc, provisoirement, surtout, c'est la position antéconstitutionnelle attribuée à la *Wertordnung* par le juge. C'est elle en effet qui explique la fonction qui revient à ce concept dans l'articulation des droits fondamentaux entre eux que nous allons étudier maintenant.

b. Fonction de la *Wertordnung*

La fonction première de cette construction est, on l'a vu, de manifester l'unité de la Loi fondamentale, une unité fondée sur les droits fondamentaux et orientée par elle. Elle permet ainsi à la fois d'unifier ce qui semble tout de même dissemblable : les deux parties du texte, celle consacrée aux droits fondamentaux et celle consacrée aux mécanismes institutionnels. Cette unification se fait au profit des droits fondamentaux, puisque l'idée d'un ordre de valeurs est fondé sur la dignité humaine, conçue comme la source des autres droits de l'homme par la Loi fondamentale (au moins dans l'interprétation déjà citée qu'en fait le Bundesverfassungsgericht). Dès l'élaboration du texte, ce point semblait d'ailleurs être accepté par l'ensemble des rédacteurs, et Carlo Schmid ne trouvait pas de contradicteur en annonçant que « les droits fondamentaux doivent régir la Loi fondamentale »²²².

Pourtant, même de ce point de vue, les critiques subies par cette forme d'argumentation ont été vives : Goerlich la considère ainsi comme un « arcane de l'interprétation constitutionnelle »²²³ qui, par exemple, au lieu d'éclairer la relation entre les deux parties de la constitution comme elle prétend le faire, la voile²²⁴. De manière générale, cet ordre, qui par nature, en tant qu'il est un

²²¹ Décision 2013-369 DC du 28 février 2013, *Société Madag*, cons. 7.

²²² Cité in STERN (Klaus), « Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte », HbdStR, IX, p. 61 (« Die Grundrechte müssen das Grundgesetz regieren »).

²²³ GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, p. 140.

²²⁴ *Ibid.*, p. 123.

système, devrait présenter les modes de relation (notamment hiérarchiques) qu'ont entre eux et avec le reste du texte les droits fondamentaux, est plutôt une manière d'obscurcir le raisonnement du juge et d'empêcher par là une véritable discussion doctrinale²²⁵.

Il appuie cette position sur une constatation : dès les premières décisions qui mentionnent la *Wertordnung* du *Grundgesetz*, le juge emploie cette formule d'une manière purement rhétorique : si l'on étudie strictement le raisonnement, elle n'apporte rien²²⁶ ; bien plus, comme on l'a déjà dit, elle peut prendre la place de dispositions constitutionnelles qui permettraient d'aboutir à la même solution. Dans ce cas, le juge n'a même pas l'excuse d'avoir voulu faire parler la justice contre le droit. Par-delà cette question, en soi pas très neuve, ni en droit allemand, ni même pour la théorie du droit (on retrouve seulement cet argument bien connu selon lequel ce genre de grands principes dont le contenu n'est jamais précisé servent en fait au juge à masquer son raisonnement – ou plutôt les lacunes de celui-ci), on peut de fait constater, en étudiant la jurisprudence récente du Bundesverfassungsgericht sur la question, que le recours à la *Wertordnung*, loin de soutenir l'articulation entre les droits fondamentaux, est utilisée à des fins tout différentes.

Dans les quinze dernières années, il est bien une décision qui évoque la *Wertordnung* dans un contexte d'articulation des droits fondamentaux entre eux. Dans une espèce où un juge consulaire avait été relevé de ses fonctions lorsqu'avait été révélée son appartenance à un groupe de musique propageant des thèses néo-nazies, le juge constitutionnel a rappelé que le conflit entre les normes constitutionnelles (en l'occurrence, la liberté artistique et la fidélité à la constitution des juges consulaires) devait « être résolu à la mesure de l'ordre de valeurs de la Loi fondamentale et en prenant en compte l'unité de ce système de valeurs fondamental », ce qui implique pour le tribunal concerné de « trouver un équilibre proportionnel des intérêts contradictoires mais protégés de la même façon en droit constitutionnel, avec pour but de leur donner à chacun le plus grand accomplissement »²²⁷. Ce raisonnement est une jurisprudence constante en droit constitutionnel allemand : il reprend en effet une affirmation qu'on trouve déjà dans la célèbre décision *Mephisto*²²⁸, à laquelle fait d'ailleurs référence le juge. Cela ne le rend pas plus clair : il n'est aucune formule ici qui permette de prévoir la façon dont la pondération entre les principes constitutionnels invoqués

²²⁵ C'est la thèse générale de son ouvrage, énoncée par exemple p. 26-27.

²²⁶ Voir ainsi son analyse du *SRP-Urteil* (BVerfGE, 2, 1), p. 32-36.

²²⁷ 2 BvR 337/08 (8 juin 2010), § 37 (« Es oblag insofern in erster Linie dem Landesarbeitsgericht, die kollidierenden Güter von Verfassungsrang, also die Kunstfreiheit und den Grundsatz der Verfassungstreue der ehrenamtlichen Richterschaft, gegeneinander abzuwägen und den Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems zu lösen, also einen verhältnismäßigen Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziele ihrer Optimierung zu finden »).

²²⁸ BVerfGE 30, 173, 193.

sera menée, le Bundesverfassungsgericht se contentant de s'en remettre à l'appréciation du juge du fond. Tout juste le principe de *Optimierung* des droits fondamentaux est-il rappelé pour guider celui-ci. La pertinence de la solution adoptée ne nous semble, d'ailleurs, pas devoir être remise en cause : à partir du moment où les principes s'opposent dans une situation concrète, une conciliation pertinente ne peut être réalisée que d'après celle-ci – ce qui relève du juge du fond, sous le contrôle du juge constitutionnel. Précisément, il nous semble cependant qu'apparaît ici la faiblesse de l'argument reposant sur l'ordre de valeurs : ou bien ce dernier est pris comme un ordre réellement (pré)existant et s'appliquant uniformément, auquel cas il ne permet précisément pas de réaliser une pondération juste entre les principes dans chaque espèce ; C'est notamment l'argument développé par Robert Alexy, lequel construit justement sa théorie des droits fondamentaux sur l'idée que la pondération doit être faite à chaque fois, et de façon explicite, entre les droits fondamentaux, pour permettre de comprendre et de critiquer le raisonnement du juge²²⁹. Ou bien l'accent est mis sur la pondération entre les principes et leur *Optimierung*, auquel cas le recours à la notion de *Wertordnung* est tout à fait superflu : la simple confrontation entre les deux principes suffit à déterminer le point où ils seront tous deux réalisés au mieux.

Encore est-il bien question ici de la mise en œuvre de droits fondamentaux. Dans une autre série de cas, le concept est utilisé pour restreindre la portée de ces droits, non parce qu'ils entreraient en conflit avec d'autres, mais simplement parce que, pris dans un sens trop littéral, ils conduiraient à une solution qui doit paraître au juge inacceptable. C'est le problème posé par les droits pour lesquels il n'est pas prévu dans le texte de dérogation (au contraire par exemple du secret des communications ou de la liberté d'aller et venir, auxquels il peut être porté atteinte notamment pour parer des menaces particulièrement graves²³⁰), mais qui à l'usage doivent en permettre si on ne veut pas leur attribuer une portée démesurée dans le *Grundgesetz*. Il en va ainsi, d'abord, du droit reconnu aux parents d'éduquer librement leurs enfants (art. 6 GG) ; si l'État peut se substituer à eux dans les cas où ils se révèlent incapables de satisfaire à cette tâche (cette condition étant entendue par le juge très strictement²³¹), il n'est pas, pour le reste, de limitation générale à ce droit. Or la loi sur les tribunaux pour mineurs reconnaissait la possibilité au juge d'exclure de la procédure le représentant légal d'un mineur, en ne donnant pour condition à cela que des motifs assez flous. Un père exclu de l'audience où son fils devait répondre d'actes de violences avait contesté ce texte devant le Bundesverfassungsgericht, y voyant une atteinte à ce droit. Si le juge lui a donné raison

²²⁹ ALEXY (Robert), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp Taschenbuch, 1994, 548 p., p. 134-157.

²³⁰ Art. 10, al. 2 et 11, al. 2 GG. Voir aussi l'article général sur l'abus de différents droits (art. 18 GG).

²³¹ Voir notamment BVerfGE 24, 119, 144-145.

sur le fond (à cause du flou de ce texte), il a cependant affirmé en même temps qu'existaient d'autres limitations au droit des parents d'éduquer leurs enfants que celle prévue par la Loi fondamentale. Il reprend pour cela un considérant de principe énoncé en 1970 à propos des objecteurs de conscience :

aussi bien les droits fondamentaux des tiers qui rentreraient en conflit avec eux que d'autres valeurs du droit dotées d'un rang constitutionnel peuvent exceptionnellement, en prenant en considération l'unité de la constitution ainsi que l'ensemble de l'ordre de valeurs protégé par elle, limiter dans des contextes particuliers même des droits fondamentaux non susceptibles d'être restreints²³²

Dans ce cas, on voit donc que le recours à la *Wertordnung* autorise une limitation ajoutée au texte de la Loi fondamentale. Ce ne sont pas les droits fondamentaux de tiers qui sont en jeu (auquel cas, d'ailleurs, on aurait simplement affaire en fait à une pondération), mais ces « valeurs du droits » que nous pouvons sans doute rapprocher, pour les comprendre, des formules dont use le Conseil constitutionnel pour apporter des restrictions aux droits de l'homme, l'ordre public par exemple. La *Wertordnung* revêt alors un rôle de justification : en contemplant la société que voulait créer le constituant, on doit voir qu'il ne pouvait pas vraiment vouloir tel droit fondamental absolument intangible. Ce qui apparaît donc très nettement ici, c'est une fonction de restriction des droits fondamentaux attribuée à ce concept. Par le biais de la *Wertordnung*, le juge en vient à « interpréter de "simples valeurs de droit" comme des positions protégées à un rang constitutionnel, en l'occurrence [pour la question des objecteurs de conscience] la discipline et la capacité fonctionnelle d'une armée »²³³.

Récemment, cette solution a été étendue, sinon formellement, du moins sur le fond, à la protection des demandeurs d'asile. Par principe, en effet, ceux-ci jouissent d'un droit de séjour en Allemagne et ne peuvent pas être expulsés dans leur pays d'origine (à moins que ce pays, en fait, ne fasse partie de ceux dont on ne peut pas raisonnablement penser qu'ils enfreignent perpétuellement les droits de l'homme²³⁴).

Pourtant, confronté à une personne bénéficiant de l'asile en Allemagne et demandant sur ce

²³² BVerfGE 28, 243, 261 (« Sowohl kollidierende Grundrechte Dritter als auch andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise im Stande, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen ») ; pour la décision que nous évoquons relative au droit d'éduquer ses enfants : 2 BvR 716/01 (16 janvier 2003), § 64.

²³³ GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, p. 99 (« Ähnlich den Gründen des Abhör-Urteils erhält der Begriff der Wertordnung dadurch zunehmend eine grundrechtslimitierende Funktion, daß die Formel von der Güterabwägung dazu dient, „einfache Rechtswerte“ als verfassungskräftig geschützte Positionen zu interpretieren, nämlich hier Disziplin und Funktionsfähigkeit einer Armee »).

²³⁴ Art. 16a GG.

fondement l'abandon de la procédure d'expulsion entamée contre elle après qu'elle a été condamnée pour trafic d'héroïne, le Bundesverfassungsgericht rejette la requête. Il accepte en effet l'argumentation du Bundesverwaltungsgericht (le Tribunal administratif fédéral), selon qui cette expulsion était compatible avec la Loi fondamentale en ce que « le droit d'asile, lui aussi, trouve des limites dans la considération qui doit être accordée à l'unité de la constitution et à l'ordre de valeur général que celle-ci protège »²³⁵. On voit que la formule est exactement reprise de la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht, ce qui n'est pas pour rien, sans doute, dans la décision que rend celui-ci. Cet exemple est d'autant plus intéressant que le droit d'asile connaît déjà des limites : outre celles que nous avons déjà signalées, il fait partie de ces droits qui peuvent être ignorés s'ils sont utilisés pour combattre l'ordre fondamental démocratique et libéral. Ce fondement ne pouvant pas être utilisé, ou pas sans de trop coûteuses (et pourtant pas unimaginables) acrobaties rhétoriques, le juge a accepté le recours au très vague concept de la *Wertordnung* pour inventer un cas supplémentaire de restriction des protections offertes aux bénéficiaires du droit d'asile.

Encore pourrait-on argumenter en expliquant qu'il existe bien des principes constitutionnels non écrits tels que l'ordre public ou la discipline de l'armée, et que les cas que nous avons présentés relèvent d'une forme, certes une peu particulière peut-être, d'articulation entre les principes constitutionnels.

Ils ne forment pourtant pas l'ensemble des références à la *Wertordnung* dans la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht. Les autres utilisations de ce concept ne contribuent pas non plus à justifier ce prétendu rôle d'articulation entre les droits fondamentaux qui pourraient, éventuellement, légitimer son invention. Les exemples qui suivent montrent plutôt qu'il s'agit bien de faire de la Loi fondamentale un ensemble cohérent et axiologiquement orienté, et de fonder ainsi des interprétations qui ne peuvent pas l'être autrement.

On le voit particulièrement dans les décisions qui ont mis le juge aux prises avec le droit des deux régimes moralement contestée dont les décisions de justice avaient pu produire encore des effets dans la République Fédérale d'Allemagne (ou qui, plus précisément, étaient suffisamment récentes pour que les victimes ou leurs proches pussent encore demander réparation) : le régime nazi d'une part, la République Démocratique Allemande de l'autre.

²³⁵ 2 BvR 1459/99 (7 mars 2001), § 9 (« Das Bundesverwaltungsgericht hat die Möglichkeit der Abschiebung Asylberechtigter in den Verfolgerstaat für mit dem Grundgesetz vereinbar gehalten, weil auch das Asylgrundrecht Begrenzungen aus der gebotenen Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung finde »).

Lorsque des personnes condamnées par les tribunaux de ces régimes demandent leur réhabilitation, le juge se trouve, on le sait, confronté à une difficulté : il doit à la fois préserver la sécurité juridique et veiller à ce que les injustices les plus grossières soient réparées (pour être tout à fait précis, il ne le fait pas de son propre chef, mais sur le fondement de lois de réhabilitation votées par le législateur). Pour ce faire, il utilise depuis 1999 la *Wertordnung*, qui lui permet de distinguer le droit du « non-droit » (*Unrecht*), c'est-à-dire de ce qui se présentait comme le droit dans le régime concerné, mais va si puissamment à l'encontre du standard incorporé dans la *Wertordnung* qu'il ne peut pas être considéré comme tel. Si, en effet, la DDR était un État souverain, elle était comme tel libre de s'organiser comme bon lui semblait, y compris en appliquant une politique économique socialiste, par exemple. Par conséquent, refuser, sans plus de distinction, de considérer toutes les décisions de ses tribunaux comme du droit serait aller trop loin puisque cela, en plus de n'avoir pas de justification du point de vue du droit international, porterait préjudice à toutes les personnes qui avaient respecté ces règles, lesquelles n'étaient pas nécessairement blâmables simplement pour avoir été édictées par Pankow (ainsi, par exemple, du droit à l'avortement).

Le Bundesverfassungsgericht a donc établi la *Wertordnung* comme une pierre de touche : si le *Unrecht* ne doit pas être pris en compte par les tribunaux, c'est parce qu'il « ne peut pas exister sous le règne de la *Wertordnung* de la Loi fondamentale »²³⁶. Le recours à ce concept dans ce genre de cas est d'autant plus intéressant que la première décision par laquelle le juge s'était confronté à la question (décision rendue à propos des gardes-frontières ayant tiré sur ceux qui tentaient de passer de l'est à l'ouest) ne l'utilisait pas expressément. Seulement tenu de vérifier la conformité à la Loi fondamentale de condamnations prononcées par les juridictions ordinaires contre ces gardes-frontières, il accepte d'un bloc le raisonnement avancé par le Bundesgerichtshof (la Cour de justice fédérale, cour suprême de l'ordre judiciaire) pour les justifier. Or celui-ci s'appuyait principalement sur deux fondements. Sur la formule de Radbruch d'abord, bien connue dans la doctrine allemande, et déjà utilisée par le Bundesverfassungsgericht²³⁷, fameuse surtout parce qu'elle marque, au sortir de la Seconde guerre mondiale, la conversion éclatante d'un pur positiviste à une forme de jusnaturalisme : G. Radbruch affirme en effet que l'on doit normalement toujours donner le pas au droit positif sur ce qui paraît juste, « à moins que le droit positif n'entre en contradiction avec la justice d'une manière si intolérable que le droit, comme « droit injuste », doit céder à la justice »²³⁸.

²³⁶ 2 BvR 1533/94 (7 décembre 1999), § 99 (« Solches Unrecht kann unter der Wertordnung des Grundgesetzes keinen Bestand haben »).

²³⁷ BVerfGE 3, 225, 232-233.

²³⁸ RADBRUCH (Gustav), *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, Koehler, 1950 (4^e éd.), 391 p., p. 347 (« Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat »).

Ensuite (parce que cette formule à soi seule est trop vague pour qu'un tribunal l'applique directement) sur la protection des droits de l'homme par des normes de droit international. L'atteinte à « la justice la plus élémentaire » est en effet « si lourde qu'elle enfreint des convictions de droit, portant sur la dignité et la valeur de l'homme, partagées par tous les peuples »²³⁹, affirme le juge judiciaire allemand. Le juge constitutionnel reprend cette argumentation et énonce dans un considérant de principe que la non-rétroactivité de la loi pénale ne s'explique que parce que cette loi est censée adoptée par un législateur démocratique et tenu de respecter les droits fondamentaux. Dès lors, si l'on a affaire à un État ayant amené à commettre des actes relevant du *Unrecht* « et ainsi méprisé d'une manière particulièrement grave les droits de l'homme généralement reconnus au sein de la communauté internationale », ce principe ne trouve pas à s'appliquer – et, dans le cas d'espèce, les gardes-frontières ne peuvent pas se réclamer de la loi qu'ils appliquaient²⁴⁰.

Trois ans après cette décision, la *Wertordnung* a été ajoutée à ce raisonnement, ce qui permet d'éviter le recours (toujours fragile) aux droits internationalement reconnus, ou tout au moins de le compléter.

Dans ce cas, le concept a une fonction de distinction : il sert à distinguer ce qui peut être considéré comme du droit de ce qui ne peut pas l'être, et donne ainsi le moyen de reconnaître l'existence de fait de la République Démocratique Allemande comme État souverain pendant cinquante ans sans pour autant laisser intacts tous ses actes juridiques. Cette mesure a ainsi permis de ne pas accueillir la demande d'une personne dont la brasserie avait été saisie en DDR en punition de divers délits économiques : si ces délits n'existaient pas en BRD, ou n'auraient sans doute pas été punis de la même façon, ils relèvent encore du droit reconnu à tout État souverain d'organiser la société comme il l'entend – à condition de ne pas toucher à ce noyau dur qu'est l'ordre de valeurs²⁴¹. Là encore, d'ailleurs, on voit que cet ordre de valeurs gagne une forme d'extranéité par rapport à la Loi fondamentale, puisque, si l'on suit le raisonnement jusqu'au bout, il permettrait aussi de distinguer même dans celle-ci ce qui est du droit et ce qui n'en est pas. Cette solution a également été appliquée à la période nazie²⁴² (ce qui ne doit pas étonner : la décision sur les gardes-frontières se fondait elle-même sur les premières décisions d'après-guerre portant sur le droit national-

²³⁹ BVerfGE 95, 96, 135 (« Der Verstoß wirke so schwer, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletze »).

²⁴⁰ *Ibid.*, 133 (« Diese besondere Vertrauensgrundlage entfällt, wenn der andere Staat für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts zwar Straftatbestände normiert, aber die Strafbarkeit gleichwohl durch Rechtfertigungsgründe für Teilbereiche ausgeschlossen hatte, indem er über die geschriebenen Normen hinaus zu solchem Unrecht aufforderte, es begünstigte und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachtete »).

²⁴¹ 2 BvR 910/96 (2 mars 2000), § 27.

²⁴² 2 BvR 486/05 (8 mars 2006), § 83 (à propos de la réhabilitation d'adolescents fusillés de manière sommaire comme pillards).

socialiste). Enfin, dans un contexte un peu différent puisqu'il ne s'agissait pas d'examiner la validité de normes édictées sous l'un de ces régimes, la *Wertordnung* remplit également cette fonction de distinction en justifiant la non-prise en compte, pour l'avancement de fonctionnaires, des années passées au Ministère pour la Sécurité d'État de la République Démocratique Allemande. Là encore, elle apparaît après coup (non pas dans la première décision où cette question est abordée, en 1997²⁴³, mais en 2001²⁴⁴), offrant un fondement conceptuel à un raisonnement qui en manquait un peu. Ce développement, parallèle à ce que nous venons d'observer à propos du système juridique, montre que le juge allemand semble avoir trouvé une utilité plus large au concept de *Wertordnung* que la seule, et un peu illusoire, fonction d'articulation entre les droits fondamentaux.

Enfin, un dernier mode d'apparition de la *Wertordnung* relève lui aussi plutôt de l'élaboration d'un ensemble orienté que de la simple articulation des droits fondamentaux entre eux. Elle est en effet utilisée par le juge constitutionnel pour raffiner le contrôle exercé sur les incursions du législateur dans le domaine protégé des Églises. Nous avons déjà rappelé que le texte de 1949 a intégré certaines dispositions de la Constitution de Weimar, et tout particulièrement celle qui protège le droit à l'autodétermination (*Selbstbestimmungsrecht*) des communautés religieuses. Chacune « règle et administre ses affaires de manière autonome à l'intérieur des limites tracées par le droit applicable à tous »²⁴⁵. L'interprétation de cet énoncé est cependant extrêmement difficile : une lecture littérale le rendrait pour ainsi dire sans portée, si toute loi, pourvu qu'elle ne soit pas explicitement dirigée contre une seule communauté, pouvait s'immiscer dans ses affaires intérieures. À l'inverse, certains ont prétendu, en s'appuyant sur cet alinéa, qu'il fallait donner aux Églises une position égale à celle de l'État²⁴⁶. Après quelques hésitations, le Bundesverfassungsgericht a dégagé en 1980 une solution propre à laquelle il se tient depuis²⁴⁷. Afin de préserver tout de même le *Selbstbestimmungsrecht*, il exerce un contrôle en deux temps.

Il constate d'abord l'existence d'un « noyau intangible du droit d'autodétermination ecclésial » (« *unantastbarer Kern des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts* ») : il semble qu'on doive comprendre sous ce syntagme la première interprétation qui avait été donnée de la disposition

²⁴³ BVerfGE 96, 189, 198 ; le concept apparaît bien un peu plus loin dans la décision, mais pas tout à fait de la même manière : il constitue l'un des éléments de fait qui justifient le licenciement d'un recteur d'Université dont on apprend qu'il a travaillé pour la Stasi. Dans la décision de 2001, le concept occupe une place plus centrale : il établit une distinction de nature entre deux types de régime.

²⁴⁴ 2 BvL 7/98 (4 avril 2001), § 63.

²⁴⁵ « Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes » (art. 137 al. 3 WRV).

²⁴⁶ Pour un résumé des diverses positions tenues à ce sujet, par la doctrine comme par le Bundesverfassungsgericht, voir MAUNZ (Theodor), DÜRING (Günter), HERZOLG (Roman), *Grundgesetz*, München, Beck, 1958-, art. 140, n° 44-49.

²⁴⁷ BVerfGE 53, 366, 399 sq.

par le Bundesverfassungsgericht, selon laquelle échappaient entièrement à l'État les procédures strictement internes aux Églises²⁴⁸ (ce qui, en soi, paraît déjà une déformation assez sensible du texte, qui ne prévoit pas cette distinction entre affaires purement internes et affaires concernant l'ensemble de l'ordre juridique).

En l'espèce, cependant, ce critère ne s'appliquait pas, car le litige portait sur des obligations imposées par la loi aux établissements hospitaliers appartenant aux Églises (ou en relevant indirectement). Le juge a donc ajouté un autre niveau à son contrôle : même dans les cas où il ne touche pas à ce noyau dur de l'autodétermination en s'occupant de domaines dans lesquels aussi bien l'État que l'Église prennent en charge des missions d'intérêt public, « le législateur est tenu de respecter le sens et l'esprit de l'ordre de valeur fondamental »²⁴⁹. Cela lui a permis de protéger les établissements requérants contre les velléités d'organisation générale (comprenant donc les établissements appartenant aux Églises) du système de santé que manifestait le législateur. Le recours au *Wertordnung* permet en effet de mettre en place un contrôle de proportionnalité entre ce droit particulier aux Églises (la réserve législative²⁵⁰ de l'art. 137 WRV, pour le Bundesverfassungsgericht, ne doit pas être comprise comme n'importe quelle autre, celle par exemple de l'art. 5 GG à propos de la liberté d'expression : cela, précisément parce que les Églises ont, par essence faut-il croire, une position particulière face à l'État²⁵¹) et le bien commun que cherche à mettre en œuvre l'État²⁵².

L'opinion dissidente de J. Rottmann est tout à fait intéressante à cet égard. Acceptant que l'art. 137 WRV doit être interprété comme garantissant un domaine inaccessible au législateur constitué par ce qui est proprement religieux, il considère que « c'est ce domaine – et seulement ce domaine – matériel [...] que l'État [...] doit laisser intact, même lorsqu'il s'agit de régler des activités communes à l'État et aux Églises ». Du moment où, en revanche, les dispositions édictées par le législateur sont neutres du point de vue religieux, elles s'imposent, d'après la *Wertordnung*, justement, également aux institutions religieuses, comme à tout autre sujet de droit²⁵³.

²⁴⁸ BVerfGE 18, 385, 386 ; cf. MAUNZ/DÜRING, GG, art. 140, n° 46.

²⁴⁹ BVerfGE 53, 366, 400 (« Der Gesetzgeber ist vielmehr auch dann, wenn er auf den Gebieten gemeinsamer Wahrnehmung von "öffentlichen Aufgaben" durch Staat und Kirche mit seinen Reformvorstellungen den unantastbaren Kern des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts nicht berührt, gehalten, Sinn und Geist der grundsätzlichen Wertordnung zu beachten »).

²⁵⁰ Nous nous permettons de traduire ainsi le *Gesetzvorbehalt* allemand. À notre connaissance, il n'existe pas de terme français pour désigner ces dispositions qui, au moment même d'énoncer des droits fondamentaux, permet à la loi d'organiser, et donc de restreindre, leur exercice (cf. par exemple les art. 4 et 11 DDHC ou, plus typique peut-être, l'al. 7 P1946).

²⁵¹ *Ibid.*, 404.

²⁵² *Ibid.*, 401.

²⁵³ BVerfGE 53, 366, 412 (« Diesen materiellen Bereich der "Besonderheit als Kirche" - und nur diesen - muß der Staat unter dem Gesichtspunkt des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV auch bei Regelungen gemeinsamer Angelegenheiten von Staat und Religionsgesellschaften unangetastet lassen »).

Pour conclure ce rapide aperçu donné sur l'emploi de l'argument fondé sur l'ordre de valeurs par le juge constitutionnel allemand, on peut donc distinguer deux grandes manières d'utiliser le concept. Dans la première, il sert à étalonner entre eux des droits fondamentaux, ou, le cas semble être plus fréquent, des droits fondamentaux et d'autres biens juridiques protégés par la Loi fondamentale – et plus que par elle, par le juge. Dans ce cas, en fait, il semble que la *Wertordnung* soit tout autant la source de ce bien juridique, qui n'apparaît pas toujours tel quel dans le texte, que le critère permettant de le faire prévaloir, ou pas, sur le droit fondamental en question. C'est le cas dans les décisions Lüth et KPD, ainsi que pour les exemples tirés du droit des parents ou du droit d'asile. La *Wertordnung* a fonction de limitation des droits fondamentaux, puisqu'elle justifie qu'on les écarte, alors même que la Loi fondamentale ne prévoit pas de réserve législative.

Le concept apparaît par ailleurs dans des contextes où il sert à distinguer le droit du non-droit. Il offre alors la possibilité d'une réception plus fine des normes de régimes juridiques disparus, mais dont la République allemande se trouve l'héritière. Ces cas montrent que l'important dans ce concept n'est pas tant l'articulation des droits fondamentaux entre eux (d'une part parce que sa contribution au raisonnement est généralement plus rhétorique qu'autre chose, d'autre part parce qu'il apparaît également en dehors de ces cas) que la construction de tout un ordre juridique axiologiquement orienté ; plus qu'un simple texte constitutionnel fait d'interdits et de protections, le juge allemand, lorsqu'il emploie la *Wertordnung*, met en œuvre tout un projet de société. C'est cela qui explique les limitations apportés à des droits fondamentaux normalement absolus, ainsi que ce cas un peu particulier (qui ne rentrait pas tout à fait dans la première catégorie dans la mesure où ce n'est pas le droit fondamental, mais la réserve législative qui se trouvait restreinte) des institutions religieuses.

La figure du système de valeurs, si elle apparaît toujours assez régulièrement dans les décisions du tribunal constitutionnel, n'en reste pas moins contestée en doctrine. Ces critiques se situent à des plans très différents, mais ont en commun une objection principale : ce concept empêcherait un véritable raisonnement, *a fortiori* un raisonnement juridique.

D'abord, c'est l'objection qui vient en premier à l'esprit, mais que H. Goerlich a présenté de manière particulièrement fouillée, parce qu'il est utilisé précisément pour cacher d'éventuelles faiblesses dans l'argumentation du juge, ou pour empêcher un débat doctrinal. En ce sens, il est une forme d'argument-massue qui, plus brutalement encore que s'il terminait seulement la discussion,

l'empêche même de naître. Nous avons vu que le juge français n'a pas développé de schéma semblable ; il est cependant intéressant de relever que le concept qui paraît le plus proche, celui de dignité humaine (plus proche en ce que, absent comme la *Wertordnung* du texte, il emporte comme elle une vision générale du monde avec lui) est généralement utilisé (alors que ce n'est pas le seul sens possible, puisqu'il peut aussi être utilisé dans un discours particulièrement progressiste du point de vue social) pour faire échec à certains droits fondamentaux²⁵⁴.

Le deuxième angle sous lequel peut être critiquée l'utilisation de la *Wertordnung* concerne de plus près la technique juridique. Puisque l'essence d'un ordre tiré (tiré du moins si l'on en croit celui qui s'y réfère) d'un texte est d'être immuable, le fait de déterminer un ordre des valeurs (si tant est que cet ordre ait une véritable consistance matérielle, et l'on vient de voir que la chose n'est pas évidente), dans lequel certains droits sont présentés comme des principes objectifs s'imposant face aux autres, conduit à lier peut-être trop fortement le juge, s'il a la maladresse de déclarer tels des droits dont il n'a pas prévu une utilisation dirigée contre la Loi fondamentale. U. Di Fabio, qui avance cet argument, donne l'exemple du droit de manifestation, très libéralement protégé par le Bundesverfassungsgericht et utilisé par les organisateurs de marches néo-nazies. Plus largement, il fait remarquer que « le recours à un système de valeurs des droits fondamentaux empêche justement une interprétation systématique, est même au plus profond de lui-même catégorique et comme tel nécessairement asystématique »²⁵⁵. En effet, la cohérence, au sens fort, semble empêcher toute appréciation mesurée des rapports qu'entretiennent les droits fondamentaux entre eux, en faisant de certains des valeurs absolues. Nous avons vu, à ce propos, que la prétendue articulation entre droits fondamentaux se révèle en fait être une façon de faire entièrement triompher certains principes sur d'autres.

Le dernier niveau de la critique portée à l'argumentation fondée sur la *Wertordnung* concerne l'appréhension même du droit. Postuler l'existence d'un ordre de valeurs qui orienterait l'ensemble de la société, sans même s'attarder à la légère saveur de jusnaturalisme que ne peut manquer d'avoir un tel concept, conduit en effet rapidement à franchir la limite traditionnellement tracée entre le droit et l'action politique. Ce serait considérer la constitution, non comme un cadre dans lequel (et en fonction duquel) les individus et les institutions agissent, mais comme un projet à réaliser. Or une telle « constitution conçue comme complète fixerait la politique sur l'accomplissement de la

²⁵⁴ Pour cette constatation, voir GIRARD, HENNETTE-VAUCHEZ, *Dignité de la personne humaine*, p. 250-251. L'exemple typique, et non constitutionnel, étant bien sûr l'arrêt *Morsang-sur-Orge*, ressuscité lorsqu'il en a besoin par le Conseil d'État (ainsi CE réf. *Association Solidarité des Français*, 5 janvier 2007, n° 300311 ; *Sté Les productions de la Plume*, 9 janvier 2014, n° 374508).

²⁵⁵ DI FABIO (Udo), « Grundrechte als Werteordnung », JZ, 2004/1, p. 1-8, p. 2 (« Könnte es sein, dass die Berufung auf das Wertesystem der Grundrechte gerade die systematische Auslegung behindert, in ihrem Kern sogar kategorial und somit zwangsläufig unsystematisch ist ? »).

constitution, et la dissoudrait ainsi dans l'administration »²⁵⁶. Il nous semble que peut aussi, à cet égard, être citée la position de Robert Alexy. Sa théorie de la pondération des droits fondamentaux, pondération qui doit toujours être renouvelée selon les circonstances de l'espèce, et qui est une exigence qui s'impose au juge pour permettre de suivre et de contrôler son raisonnement, cette théorie s'oppose à l'idée d'un ordre fixe de valeurs : pour la raison, déjà indiquée, que cet ordre fixe empêche en fait tout raisonnement et toute dispute doctrinale, mais aussi parce qu'il cache ce fait que la pondération s'exerce à un « méta-niveau » : elle est seulement la mise en pratique de l'idée selon laquelle une restriction à un droit fondamental doit être justifiée par la protection, dans la même mesure, d'un autre. Et cela suppose que l'on ne reconnaisse pas certains principes par nature supérieurs aux autres : le constituant, pour Alexy, et cela nous intéresse en ce qu'il y a là le refus de concevoir le droit comme un ordre orienté et orientant, peut seulement énoncer des principes sans déterminer leur contenu, car ces principes ne doivent être considérés que du point de vue de la structure²⁵⁷.

La *Wertordnung* ne se réduit donc pas, en définitive, à l'un de ces concepts, tels les bonnes mœurs ou le bon père de famille, qui masquent ou autorisent une prise de position axiologique. Elle engage en effet une conception jusnaturaliste du droit, d'un jusnaturalisme modernisé, certes, mais dont l'essentiel demeure : ce n'est pas tant le texte de la constitution qui est interprété que l'idéal que, prétend le juge, celui-ci veut atteindre. Un texte, pourtant, ne veut rien : c'est le travail du juge que de présupposer un auteur qui donnerait un sens au texte, à partir duquel celui-ci devrait être lu, même contre les apparences. On voit donc, déjà ici, l'ambivalence dont est porteuse l'imitation en droit. De prime abord, son caractère intellectuel, raisonneur, semble rendre raison du travail juridique : que fait toujours la doctrine, sinon rechercher, dans le fouillis des textes et des décisions, une idée directrice qui lui permettra d'ordonner un peu le chaos, et ce faisant de proposer des prédictions plus ou moins fiables, aux justiciables, ou d'imposer des contraintes argumentatives, plus ou moins irréfragables, au juge ?

Ici, cependant, les enjeux sont différents dans la mesure où le juge, de lui-même, se saisit d'un concept qui peut plutôt le délivrer de ces contraintes argumentatives – tout en lui faisant courir le risque de devenir un instrument parfois trop rigide où il s'enfermera lui-même. Cela révèle les dangers qu'il y a à appliquer le schéma mimétique au droit. C'est un danger proche de celui que fait courir l'utilisation d'arguments-massues comme, en France, la dignité humaine : à force de prétendre

²⁵⁶ GRIMM (Dieter), « Verfassung », in *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt (M.), Suhrkamp, 1994, 451 p., p. 11-30, p. 17.

²⁵⁷ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 134-157, not. 154-157 pour ces dernières affirmations.

protéger un ordre de valeurs, on en vient à immoler un peu légèrement les libertés individuelles. La constitution n'est plus conçue comme ce qui permet à l'individu de se développer librement et hors des atteintes de la collectivité, mais comme un modèle auquel il doit se conformer.

Le cadre général que nous venons de présenter – l'imitation qui s'effectue à l'échelle de la constitution tout entière concerne principalement l'Allemagne. Les conditions y sont en effet plus propices à l'apparition de cette pratique : l'histoire ainsi que les circonstances de rédaction de la Loi fondamentale font que l'argument de la démocratie comme ordre non-neutre y est assez aisément reçu, et la grande liberté stylistique dont jouit le juge allemand lui permet, notamment par son dialogue avec la doctrine²⁵⁸, de donner une base plus solide à ce concept. Cependant, l'élément déterminant doit sans doute être l'assise, plus stable que celle du Conseil constitutionnel, dont il dispose – et le dernier mot qui lui revient en matière d'interprétation constitutionnelle face aux juges ordinaires (cette dernière question sera étudiée dans la deuxième partie de notre travail). Signe en est que si, spontanément, les deux cours constituent le texte constitutionnel comme un discours, seul le Bundesverfassungsgericht en tire véritablement les conséquences – au moins à petite échelle.

Car l'imitation est également utilisée par les deux cours lorsqu'il ne s'agit pas de prétendre découvrir et mettre en œuvre le sens global de l'œuvre constitutionnelle, mais de dégager seulement des sous-modèles, à propos de questions particulières.

²⁵⁸ Ainsi, dans la décision *Lüth*, le juge s'appuie pour utiliser le concept de *Wertordnung* objective sur le commentaire du Grundgesetz par Klein et von Mangoldt (BVerfGE 7, 198, 205) ; la référence est d'autant plus utile que von Mangoldt avait fait partie du Conseil parlementaire à qui l'on doit le Grundgesetz.

Chapitre 2 L'imitation à grande échelle

Les applications à des domaines restreints du droit constitutionnel de l'idée d'ordre de valeur ou de cohérence de la constitution sont rendues possibles à partir du moment où le cadre est établi pour l'ensemble du texte – à petite échelle, donc. Après avoir étudié, comme nous venons de le faire, la construction de cadre général et ses application directes (les décisions où la , par exemple, se suffit à elle-même), il nous faut désormais rentrer un peu plus dans les détails et observer les nombreux cas dans lesquels l'interprétation des énoncés constitutionnel ou la hiérarchisation entre les droits fondamentaux s'effectuent à partir de principes soi-disant immanents à la constitution. La plupart du temps, ceux-ci peuvent être, ultimement, rattachés à la valeur qui commande l'ensemble du texte (la dignité humaine en Allemagne, où le trajet est toujours très rapidement parcouru), mais ils peuvent aussi avoir une forme d'autonomie et se fonder seulement sur la volonté attribuée à l'auteur.

Le lecteur remarquera, dans cette dernière formulation, que nous évitons à dessein de parler de « volonté du constituant ». Si nous faisons ainsi, en effet, nous nous replongerions, bon gré mal gré, dans les débats portant sur les techniques traditionnelles d'interprétation, ou plutôt sur leur fonction traditionnelle, qui est précisément de retrouver la prétendue volonté du constituant ; notre propos, au contraire, est de montrer que le juge, lorsqu'il met en œuvre le texte constitutionnel, en fait un discours qu'il attribue à un auteur – lequel est construit du même coup, et justifie aussi bien le fait de donner un sens plutôt qu'un autre à tel ou tel concept énoncé dans le texte, que celui d'écarter telle ou telle disposition en se fondant sur un principe non expressément formulé, mais que

voulait (soi-disant) mettre en œuvre, à travers toute la constitution, cet auteur.

Les techniques d'interprétation, dans le droit moderne, c'est-à-dire un droit qui se conçoit lui-même comme une chaîne de commandement depuis le détenteur du pouvoir (que celui-ci soit un homme, une assemblée ou l'ensemble de la société) jusqu'aux sujets de droit, sont comprises exactement à l'inverse : comme le moyen de retrouver la volonté première, celle qui a précédé l'écrit, et au regard de laquelle, en conséquence, l'écrit n'est qu'un indice qui doit permettre de la retrouver.

On retrouve déjà cette position chez Savigny, tout au moins dans la réception majoritaire qu'il connaît aujourd'hui et qui en fait, par opposition à la position du Bundesverfassungsgericht déjà évoquée, un tenant de l'interprétation subjective²⁵⁹, c'est-à-dire fondée sur l'intention du législateur. Le cadre général qu'il trace invite en effet à suivre cette voie :

Toute loi est destinée à déterminer la nature d'un rapport de droit, donc à exprimer une pensée (qu'elle soit simple ou composite) par laquelle l'existence de ce rapport de droit soit protégée contre l'erreur et l'arbitraire. Pour atteindre ce but, ceux qui ont affaire au rapport de droit doivent saisir cette pensée de façon pure et entière. Ils y parviennent en se plaçant en pensée au point de vue du législateur et en répétant artificiellement en eux son action, en faisant donc, dans leur esprit, à nouveau apparaître la loi. C'est là le travail de l'interprétation, que nous pouvons donc définir comme la reconstruction de la pensée immanente à la loi²⁶⁰

S. Meder, récemment, a voulu montrer que les choses sont un peu plus complexes que cela, est que Savigny applique en fait au droit les théories herméneutiques développées à la même époque par Schleiermacher (ce qui le conduit à insister plutôt sur l'aspect pratique et créateur du travail juridictionnel)²⁶¹. Cette démonstration, convaincante par ailleurs, n'ôte rien au fait qui nous semble central chez cet auteur : la loi est considérée comme l'expression d'une pensée. Il est justement intéressant que cette pensée ne désigne pas nécessairement la volonté qu'avait l'individu (rappelons que Savigny étudie surtout le droit romain de l'époque impériale dans les pages où il évoque l'interprétation) ou l'ensemble d'individus qui ont écrit le texte de loi, mais une pensée qui doit plutôt être objectivée : en prenant en compte aussi bien l'ensemble du système juridique que l'état de la société, le juriste peut découvrir la pensée « immanente à la loi »²⁶², serait-ce contre la

²⁵⁹ On se reportera au relevé de MEDER (Stephan), *Mißverstehen und Verstehen, Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 269 p., p. 126.

²⁶⁰ « Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken (sey er einfach oder zusammengesetzt) auszusprechen, wodurch das Daseyn jenes Rechtsverhältnisses gegen Irrthum und Willkühr gesichert werde. Soll dieser Zweck erreicht werden, so müssen Die, welche mit dem Rechtsverhältniß in Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollständig auffassen. Dieses geschieht, indem sie sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen. Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens. », *System...*, p. 212-213.

²⁶¹ MEDER, *Mißverstehen und Verstehen, passim*.

²⁶² Voir ainsi l'opinion d'Olivier Jouanjan : « Il est extrêmement hasardeux d'y voir [dans la théorie de Savigny] la

lettre apparente du texte, qui la trahirait malencontreusement, ou contre ce qu'on sait de l'intention réelle du législateur, qui se serait alors trompé. Contrairement à ce que l'on peut parfois lire (qu'il y aurait une certaine ironie à ce que Savigny n'évoque pas dans sa théorie de l'interprétation le *Volksgeist* qui tient une place si importante dans sa théorie du droit en général²⁶³), la pensée historique de Savigny se manifeste donc ici aussi. Une chose demeure : il s'agit par l'interprétation de retrouver une pensée, un commandement censé régler des cas. L'extension de la loi à d'autres cas que ceux prévus par le texte est refusée par Savigny, à moins justement de pouvoir prouver avec certitude que ce n'est pas là une interprétation extensive (*ausdehnende Auslegung*), mais une correction justifiée par la véritable pensée de la loi²⁶⁴.

Utiliser les techniques d'interprétation pour comprendre le sens d'un texte revient donc à présupposer l'existence d'une volonté que son auteur a, dans le schéma habituel de la communication, confié à l'écrit pour pouvoir la faire connaître malgré son absence physique. Cependant, comme nous l'avons déjà montré, le droit ne se laisse pas réduire à une opération de communication normale, mais relève plutôt de la construction d'un discours (au sens de Foucault). L'auteur, nous l'avons dit, est constitué par l'interprète, et toute théorie postulant une cohérence axiologique d'un texte juridique, en particulier des constitutions, présuppose en même temps un auteur – sans pour autant qu'on puisse confondre celui-ci avec le rédacteur de ce texte.

En réalité, c'est précisément cette invention du constituant qui permet d'unifier et de donner un sens aux techniques d'interprétation. Celles-ci, on le sait, ne se suffisent pas à elles-mêmes, mais ont besoin de directives secondaires pour être appliquées efficacement, et surtout pour ne pas entrer en conflit les unes avec les autres (ou plutôt, pour que l'interprète puisse résoudre ces conflits)²⁶⁵. Présupposer un sens au texte (sens garanti par un auteur) offre tout à la fois l'outil de régulation de ces conflits (on prend en compte le but visé par lui) et la raison pour laquelle on emploie ces techniques (comme un outil heuristique permettant de découvrir ce but). Cela d'ailleurs ne va pas sans une forme de tautologie dans le raisonnement : les techniques d'interprétation sont utilisées

simple expression d'une conception subjective de l'interprétation en droit, bornée à la recherche de l'*original intent* du sujet créateur de la disposition juridique. D'abord parce que cette « loi » n'a pas nécessairement d'auteur, le mot loi ne devant pas être entendu au sens moderne du mot ; ensuite parce que la pensée dont il s'agit, même si elle est éventuellement portée par des agents individuels, s'inscrit dans l'ensemble plus vaste de la conscience collective » (JOUANJAN (Olivier), « Sur une réception française de Savigny », *Droits*, 2007, 46, p. 159-181, p. 174-175).

²⁶³ SCHRÖDER (Jan), *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung. Das Umgehungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1985, 144 p., p. 57-58.

²⁶⁴ Voir notamment dans le *System*, p. 222 : l'interprétation peut servir à corriger les lois mal formées lorsque cette malformation est due à une pensée incorrectement transposée par écrit.

²⁶⁵ Wróblewski (Jerzy), « L'interprétation en droit, théorie et idéologie », *APD*, 17, 1972, p. 52-69, not. p. 59-63.

pour retrouver une volonté qu'on doit présupposer pour pouvoir les utiliser ; hors de ce cercle, il y a surtout l'intérêt que trouve le juge du point de vue de la justification de sa décision.

En ce sens, notre travail propose une inversion par rapport à la perspective habituelle développée en matière d'interprétation. Au lieu d'effectuer le travail quasi archéologique consistant à rechercher les traces d'un auteur supposé réel, nous nous demandons comment le juge utilise cet auteur, construit par lui, comme un outil lui permettant en particulier d'articuler des théories scientifiques au texte constitutionnel, afin de leur donner force normative. Ainsi, l'interprétation de dispositions isolées qui va nous occuper maintenant ne peut être comprise si l'on se contente des techniques traditionnelles d'interprétation. Il est nécessaire d'en revenir à cette construction d'un constituant rationnel (et comment ne le serait-il pas, lui qui, tout comme la constitution est censée cohérente, n'est que pure raison²⁶⁶ ?) pour la saisir. En gardant ce fait à l'esprit, on peut étudier de la même manière (et sans accuser le juge d'être inconstant, en ayant recours tantôt à l'intention du constituant, tantôt à l'interprétation littérale, tantôt même à des principes implicites) l'interprétation mimétique faite de dispositions ponctuelles du texte constitutionnel, se fondant tantôt sur un hypotexte entièrement caché dans ce texte (section 1), tantôt sur un hypotexte qui affleure sous la forme d'expressions particulières (section 2).

Section 1 les hypotextes implicites

Par « hypotextes implicites », nous désignons tous les objets susceptibles d'imitation (c'est-à-dire aussi bien un principe ponctuel que toute une théorie politique) que le juge convoque, sans les trouver dans le texte, pour les placer, là encore expressément ou non, au fondement de son propre raisonnement. Le point commun de ces objets est d'attribuer à l'auteur une intention qui ne s'est pas manifestée explicitement dans le document constitutionnel. Ce critère de classement est moins évident qu'il n'y paraît : à partir du moment où, pour le juge comme pour une grande part de la doctrine, le texte constitutionnel inclut par essence un certain nombre de principes, même s'ils ne sont pas nommés, il n'y aurait rien d'implicite. Nous qualifions donc d'implicites les hypotextes qui

²⁶⁶ À ce propos, on remarquera que l'exigence de cohérence s'applique également au constituant, et permet ainsi de concilier des normes qui paraîtraient sans cela contradictoires, notamment après une réforme constitutionnelle. Lorsque le Conseil affirme « qu'il lui appartient toutefois d'assurer la conciliation entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger » (entre autres dans la décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs* (note R. Ghevontian, RFDC, 56, 2003, p. 812-816), cons. 13), il peut supposer cette intention au constituant précisément parce qu'il le considère d'abord comme un être de raison.

ne sont pas proclamés en tant que tel dans le texte, mais sont tus ou évoqués indirectement seulement.

Leur caractère implicite les rend assez proches du phénomène que nous avons observé à petite échelle, la construction d'un principe directeur immanent. Ils s'en différencient cependant en ce qu'ils ne concernent que des pans plus restreints du droit constitutionnel. Nous avons constaté que les manifestations du principe directeur général, telle la *Wertordnung* en Allemagne, ne sont pas omniprésentes : cela reviendrait sans doute, en laissant supposer que les espèces les plus différentes peuvent être tranchées au vu d'un seul et même principe, à trop simplifier la matière constitutionnelle, et donnerait des arguments à ceux qui accusent les juges de décider selon leur bon vouloir derrière le paravent de mots grandiloquents et creux. Au contraire, des hypotextes propres à certains domaines, ou en tout cas plus limités eux-mêmes dans leur étendues, et qui peuvent par ailleurs être rattachés, parfois, au prétendu principe directeur de la constitution, paraissent plus maniables, car mieux appropriés à l'espèce dans laquelle on les applique.

La question demeure du fondement de ces hypotextes. Si en effet nous tenons à notre hypothèse de départ, selon laquelle les procédés mimétiques ont une valeur de justification, il paraît contradictoire d'affirmer que le juge se repose sur des hypotextes implicites – ceux précisément qui ne peuvent pas lui offrir le point d'appui externe nécessaire pour convaincre l'auditoire qu'il n'a pas décidé de manière entièrement subjective. Il faut donc trouver un moyen de rendre ces hypotextes implicites acceptables ; puisqu'aucun argument formel ne s'offre de ce point de vue, il faut trouver des raisons matérielles : le contenu du principe doit paraître pour ainsi dire auto-suffisant, ou plus exactement se rattacher d'une manière ou d'une autre au texte constitutionnel (quitte à permettre ensuite d'aller exactement à l'encontre de celui-ci). Il nous semble que peut jouer, ici, le constituant : non pas tel qu'il apparaît dans les travaux préparatoires, tel qu'il est explicitement convoqué par le juge (avec souvent une portée purement rhétorique, notamment en France), mais, dans le cadre de l'étude discursive que nous faisons de la jurisprudence, comme l'auteur que construit le juge, mais qu'il construit d'une manière suffisamment réaliste pour être accepté par l'auditoire.

Il est deux manières d'arriver à cette fin. La plus abrupte est de s'appuyer sur l'intention du constituant. On a pourtant déjà dit à quel point ce genre d'arguments est fragile (à plusieurs niveaux, aussi bien, de manière purement génétique, sur la façon de dégager cette prétendue volonté que, de manière normative, sur la valeur normative qu'on peut lui accorder). En France, d'ailleurs, la majorité des références explicites à l'intention du constituant sont sans véritable contenu, le juge se contentant de répéter simplement le texte constitutionnel sans rien y ajouter, ou seulement de son

cru²⁶⁷ ; tout au plus (hors le cas déjà étudié de la loi de nationalisations) peut-on parfois y voir l'expression d'une tentative de donner à une institution dont le contenu est déjà déterminé une sorte d'onction normative (nous y reviendrons). Quant au juge allemand, nous avons déjà signalé qu'il n'utilise, officiellement, l'interprétation historique que de manière subsidiaire. Que cela soit vrai ou pas (M. Sachs a déjà montré que ce n'était pas le cas en 1984, et il ne semble pas que les choses aient changé depuis²⁶⁸), il s'agit dans ce cas d'un recours très habituel aux techniques d'interprétation, qui n'avance à rien sur le plan théorique. Le fait que les deux cours admettent, de la même manière, qu'une révision constitutionnelle récente autorise à rechercher dans les travaux préparatoires cette intention pour la mettre en œuvre²⁶⁹ (ou, ce qui complique encore la chose, pour prétendre le faire²⁷⁰) n'est pas plus intéressant : quoique cela paraisse tomber sous le sens, les problèmes restent, au moins au plan théorique (qui est le constituant ?), les mêmes.

Pour pouvoir profiter de cette sorte de légitimation spontanée qu'offrent les rédacteurs du texte constitutionnel, il est donc plus utile de ne pas tant s'appuyer entièrement sur elle que de parvenir à lui donner un cachet objectif, afin de pouvoir se défendre, du point de vue théorique, d'interpréter la Constitution d'après leur seule volonté. En somme, rechercher la même quadrature du cercle que le juge allemand lorsqu'il prétend arriver à une interprétation objective du texte. Puisque l'intention mécaniste du constituant de 1958 est assez connue, on verra qu'il est aisée au Conseil constitutionnel de mettre en œuvre ce genre d'interprétation mimétique en ce qui regarde l'ordre institutionnel de la Ve République.

La deuxième manière de faire, plus fine encore, consiste à passer par ce qui peut être considéré comme des postulats inconscients du constituant : des constructions de science politique

²⁶⁷ On en voit un exemple particulièrement frappant dans la décision 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 4 : quand le Conseil écrit que « le constituant a ainsi habilité la loi organique à prévoir... », on pourrait penser que l'adverbe « ainsi » suppose qu'il est tiré conclusion d'une démonstration ; celle-ci, cependant, consiste simplement en une citation de la norme de référence (l'article 34 de la Constitution), puis à la développer sans se référer, par exemple, aux travaux préparatoires ou à quelque moyen que ce soit de découvrir quelque volonté que ce soit. Voir encore, si l'on veut, la décision 2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, cons. 9.

²⁶⁸ SACHS, « Entstehungsgeschichte des Grundgesetz als Mittel der Verfassungsauslegung ».

²⁶⁹ Pour l'Allemagne, voir par exemple dans ZIPPELIUS (Reinhold), WÜRTEMBERGER (Thomas), *Deutsches Staatsrecht*, München, C.H. Beck, 2008 (32. Auflage), 658 p., p. 64-65. Un exemple récent dans BVerfGE 106, 62 : le Bundesverfassungsgericht cherche dans sa décision à donner le plus d'effet possible à une récente révision constitutionnelle (voir STARCK (Christian), *Praxis der Verfassungsauslegung II*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, 288 p., p. 153), notamment en modifiant sa propre jurisprudence : « on peut voir dans la révision constitutionnelle une claire adresse du législateur constitutionnel au Bundesverfassungsgericht l'engageant à changer sa jurisprudence habituelle, considérée comme imparfaite » (« In der Grundgesetzänderung kann eine klare Anweisung des verfassungsändernden Gesetzgebers an das Bundesverfassungsgericht gesehen werden, seine bisherige, als korrekturbedürftig bewertete Rechtsprechung zu ändern », BVerfGE 106, 62, 136-137).

Pour la France, on peut citer les décisions relatives à la parité, où apparaissent, juste après la révision elle-même, les travaux préparatoires : décisions 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* (note N. Jacquinet, *Dalloz*, 2001 p. 183), cons. 7, et 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs* (cons. 12 à 19).

²⁷⁰ Voir, *infra*, les développements de P. Mouzet sur « l'esprit » de la Constitution de 1958.

ou juridique si bien ancrées qu'il ne paraît nécessaire, ni de justifier leur emploi, ni de s'attarder sur le sens retenu (alors que si ces constructions scientifiques ont souvent une caractéristique, c'est d'être débattues). Là encore, le constituant, implicitement au moins, sert de cheville entre ce principe, dont le juge dégage des conséquences concrètes pour l'interprétation, et le texte constitutionnel lui-même, qui ne le mentionne pas.

Dans la suite de cette section, on montrera donc d'abord comment le juge peut utiliser ce qui pourrait être la volonté du constituant (entendu alors comme le rédacteur de la Constitution) (§ 1), puis la façon dont il se repose sur qu'auraient été les postulats inconscients de ce constituant (§ 2).

§ 1 La reconstruction de la volonté du constituant

Pour donner un sens au texte constitutionnel, le juge peut se fonder sur les théories que, selon lui (et selon les informations historiques qu'il peut avoir), voulait mettre en œuvre le rédacteur de ce texte. Ce faisant, il construit encore son auteur d'après ces théories. Lorsque sont en jeu des questions relevant de la compréhension traditionnelle du droit constitutionnel (droit des institutions, et non droit des libertés fondamentales), le Conseil constitutionnel manie cet outil avec une aise certaine. Il peut en effet compter sur la très large adhésion, dans le champ juridique, à l'idée selon laquelle la Constitution de 1958 est avant tout une constitution mécaniste, où l'ordre dans la manière de gouverner est recherché, « non par l'énonciation de prescriptions juridiques, mais par l'agencement et la répartition des compétences entre les organes de l'État »²⁷¹.

Ce caractère d'évidence est nécessaire car l'argument de la volonté du constituant, on l'a dit, n'est pas assez décisif à lui seul. Nous nous appuyons donc précisément sur des décisions où il n'est, en règle générale, pas fait expressément référence au constituant (tout au plus, parfois, à une prétendue volonté de la constitution), mais où la solution rendue s'explique le mieux, nous semble-t-il, par l'application d'un ordre institutionnel qui se trouve plus ou moins être celui qu'on attribue en général aux rédacteurs de la Constitution de 1958²⁷². Nous verrons donc que, précisément, le

²⁷¹ MEUNIER (Jacques), *Le pouvoir du Conseil constitutionnel : essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ (« La pensée juridique moderne »), Bruxelles, Bruylant, 1994, 373 p.

²⁷² À cet égard, Marie-Anne Cohendet a montré comment la distinction entre régime et système politiques permet de discerner l'instrumentalisation du travail de classification entre les différents régimes politiques (qui sont en réalité nécessairement des constructions de la doctrine) pour justifier des violations de la Constitution ; une approche plus honnête consisterait à simplement chercher la manière dont le régime, associé à d'autres facteurs politiques et sociologiques, peut influencer sur le système, afin de proposer le régime qui convient le mieux à la réalisation de l'objectif visé (COHENDET (Marie-Anne), « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », in DE BÉCHILLON (Denys), BRUNET (Pierre), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), MILLARD (Eric), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, 1028 p., p. 299-314). C'est le même type de raisonnement mimétique que met en œuvre le Conseil constitutionnel dans les développements qui suivent.

Conseil constitutionnel semble plutôt rejeter le recours à un « esprit » de la Constitution qui pourrait s'imposer à la lettre de celle-ci (a), mais que sa pratique revient précisément à mettre en œuvre, sans s'en vanter, un tel esprit (b). Chassé par la porte, en somme, il revient par la fenêtre.

a. Méfiance du Conseil constitutionnel à l'égard d'un « esprit de la Constitution » de 1958

Le *topos* est largement accepté : en 1946 comme en 1958, le constituant voulait conserver un régime parlementaire tout en empêchant que celui-ci dérivât dans le régime d'assemblée qui avait dominé la Troisième République. Celui de 1946 n'y parvint pas, celui de 1958, si. À partir de cette constatation, à partir aussi du discours bien connu tenu par M. Debré devant le Conseil d'État le 27 août 1958, on peut avancer que l'équilibre des pouvoirs institué par la Constitution de 1958, et en fait toutes les dispositions concernant l'exercice du pouvoir, tendent à ce même but : mettre en place un régime parlementaire stable. Reste à savoir si on peut affirmer, au-delà, que le texte manifeste un esprit qui lui serait propre, et reconnu par le Conseil. C'est ce que font certains auteurs en se fondant, toujours, sur une lecture prétendument objective (1). Au vu de la jurisprudence du Conseil, pourtant, on préférera observer une certaine prudence (2).

1) L'hypothèse d'un esprit objectif de la Constitution

P. Mouzet affirme ainsi que « l'esprit de la Constitution », tel qu'il est notamment invoqué par le Conseil constitutionnel dans la fameuse décision du 6 novembre 1962 sur la loi référendaire modifiant le mode d'élection du président de la République, ne peut pas être confondu avec l'intention du constituant, mais est quelque chose d'objectif²⁷³. Il le définit comme « *une source de normes dégagées logiquement par une méthode jurisprudentielle identifiable* » – non pas la méthode historique, donc, mais la méthode systématique. Cet esprit doit être découvert en partant du texte pour découvrir le sens objectif de celui-ci à partir des « principes qui se dégagent de la combinaison de l'ensemble des dispositions constitutionnelles », ce en quoi l'auteur se fonde aussi bien sur la doctrine française la mieux établie que sur les travaux de R. Dworkin²⁷⁴. Cela lui permet ensuite d'expliquer certaines décisions du Conseil (où le recours à l'« esprit » n'est d'ailleurs pas explicite) qui ont pu, selon lui, neutraliser les intentions du constituant. D'autant plus que l'esprit en question n'est pas seulement celui du texte (auquel cas on risquerait fort, tout de même, de retomber

²⁷³ MOUZET (Pierre), « Les manifestations contentieuses de "l'esprit de la Constitution" de 1958 », RDP, 2004/5, p. 1243-1290, p. 1246-1248.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 1250-1251 ; la citation est de R. Capitant (*Ecrits constitutionnels*, Paris, CNRS, 1982, 435 p., p. 375)

d'une manière ou d'une autre sur son rédacteur), mais le système politique, c'est-à-dire l'interprétation conventionnelle globale du système constitutionnel au sens strict (celui qui se dégage du seul texte)²⁷⁵.

Cette voie nous semble hasardeuse. D'abord par son présupposé théorique : qu'un texte, en soi et sans qu'il soit besoin de le ramener à un auteur, ait un sens immanent. Ensuite par les résultats obtenus : en voulant à toute force opposer esprit de la Constitution et intention du constituant – alors, même, en fait, qu'un esprit de la Constitution suppose quelqu'un qui le lui ait insufflé –, P. Mouzet attaque la question sous un angle qui nous semble mal choisi, et qui biaise donc ses conclusions. S'il mentionne ainsi les (rares) utilisations par le Conseil constitutionnel de l'esprit de la Constitution, il ne prend pas garde aux cas où ce fondement a été rejeté alors qu'il était invoqué par les requérants. Ceux-là se révèlent pourtant instructifs car ils supposent, ou bien que le Conseil rejette tout type de recours à l'esprit de la Constitution, ou bien, ce qui est plus probable, qu'il n'accepte qu'une lecture particulière de celle-ci, celle qui tend à mettre en œuvre un régime parlementaire dans lequel les assemblées sont assez strictement soumises à la discipline imposée par l'exécutif.

Nous allons le montrer tout à l'heure, mais il nous reste à nous défendre, par avance, contre une objection aisée. Nous ne voulons pas, et c'est ce en quoi nous nous distinguons de la démarche qui occupe P. Mouzet, déterminer ce qu'est ou n'est pas, en vérité, l'esprit de la Constitution de 1958, et si on peut le trouver objectivement dans le texte ou s'il dépend seulement des rédacteurs du texte. On retomberait ce faisant dans une discussion sur la pertinence des techniques d'interprétation qui n'est pas notre propos ici. Il nous importe en revanche de montrer que le Conseil constitutionnel, dans les matières de mécanique institutionnelle, met évidemment en œuvre un idéal politique qu'il suppose être celui de la Constitution de 1958 – et qui, par ailleurs, coïncide plus avec les positions de M. Debré ou du général de Gaulle qu'avec la lettre du texte ou les conclusions qu'on pourrait en tirer si l'on se livrait – fût-elle seulement possible – à une lecture immanente de celui-ci. Nous faisons donc le chemin à rebours.

2) *Les recours explicites par le Conseil constitutionnel à l'esprit de la Constitution*

Le Conseil constitutionnel, on le sait, s'est fondé en 1962 sur l'esprit de la Constitution pour refuser de contrôler la loi référendaire. De celui-ci résultait en effet qu'il n'était qu'un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics », ce qui l'empêche de contrôler une loi édictée

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 1287.

directement par le souverain²⁷⁶. La critique de cette solution est aisée, en particulier en ce qui concerne le recours à l'esprit de la Constitution : on peut y voir aussi bien une fragilité théorique (le fait que le peuple exprime directement, et non comme organe constitué ou comme « pouvoir public » lui aussi, s'il correspond à des théories à la C. Schmitt²⁷⁷, est en réalité extrêmement contestable : on soutiendra plutôt que le constituant se retire dès la constitution adoptée²⁷⁸) qu'une contradiction avec des décisions contemporaines (si l'esprit en fait un régulateur des pouvoirs publics, sur quel fondement le Conseil a-t-il refusé de répondre à la demande d'avis présentée par le président de l'Assemblée nationale ? Quelle valeur avait les textes desquelles il refuse de s'écarter, si c'est l'esprit qui vaut en réalité ?²⁷⁹). Surtout, elle paraît devoir demeurer un hapax dans la jurisprudence du Conseil : moins hypocrite, ou plus sobre, il n'a en effet, dans les trois autres cas où il a eu à décider de questions semblables (à propos du référendum de Maastricht en 1992, à propos de la révision constitutionnelle de 2003, à propos de la Nouvelle-Calédonie en 2014), plus fait référence de manière explicite à l'esprit de la Constitution, mais tout au plus à son intention (une intention qui précisément repose sur une théorie politique, celle qui explique le mode d'équilibre des pouvoirs choisi)²⁸⁰.

Il est plus instructif en revanche de s'intéresser aux décisions dans lesquelles le Conseil a rejeté l'argumentation de parlementaires fondée sur l'esprit de la Constitution. Puisque le concept avait été une fois accepté, ceux-ci en effet ont cherché à l'utiliser, particulièrement lors du grand développement des saisines causé par l'alternance politique dans les années 1980. A ainsi été contestée en 1985 la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie : celle-ci avait été adoptée au terme d'une procédure inhabituelle, le président de la République ayant demandé, en vertu de

²⁷⁶ Décision 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, cons. 20.

²⁷⁷ Toute la théorie constitutionnelle de Schmitt repose sur cette confusion entre le peuple physique et le peuple comme organe constitué dans le cadre d'une constitution ; pour un exemple particulièrement frappant (et révélateur en même temps de la fascination pour la masse qui est à la source de cette confusion), voir ses développements sur l'acclamation par la foule (*Verfassungslehre*, p. 381-385).

²⁷⁸ CAYLA (Olivier), « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », *Les Études philosophiques*, 1999, 3, p. 291-310, p. 307 ; du même, « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », in DE BÉCHILLON (Denys), BRUNET (Pierre), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), MILLARD (Eric), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, 1028 p., p. 249-266.

²⁷⁹ Décision 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, *Demande d'avis présentée par le président de l'Assemblée nationale*, cons. 1-2. Si le Conseil était vraiment un organe régulateur, son rôle serait précisément de pouvoir régler tout ce qui relève des rapports entre les pouvoirs publics, à la manière de la compétence très large reconnue au Bundesverfassungsgericht dans la procédure de *Organenstreit*.

²⁸⁰ « au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement » (décision 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, cons. 2, nous soulignons). On peut aussi se référer à la décision 2003-469 DC du 26 mars 2003, *révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République* (note L. Favoreu, RFDA, 2003/4, p. 792-795 ; T. Meindl, RDP, 2003/3, p. 741-765 ; J.-P. Camby, RDP, 2003-3, p. 671-688), ainsi qu'à la décision 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie* (note T. Acar, Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 22 mai 2014), cons. 7-8.

l'article 10 C, une nouvelle délibération au Parlement afin de prendre en compte la censure partielle exercée par le Conseil constitutionnel sur le premier texte. Cette manière de faire, selon les requérants, était un détournement du texte constitutionnel. En effet,

dans l'esprit de la Constitution, il est clair qu'il s'agit, pour le Président de la République, non pas d'intervenir dans la procédure parlementaire, mais seulement d'inviter le Parlement, par un acte solennel, à reconsidérer une loi sur laquelle le Président de la République a une opinion défavorable.²⁸¹

Le Conseil cependant refuse de prendre en compte cet argument et s'en tient à la lettre du texte, selon laquelle « l'exercice de la prérogative conférée au Président de la République par le deuxième alinéa de l'article 10 précité n'est soumis à aucune condition autre que celles résultant de ce texte »²⁸². Les requérants se fondent sur l'idée que chaque disposition particulière du texte se rapporte à la façon dont, dans l'imagination des rédacteurs, l'ensemble du système institutionnel pourrait fonctionner ; au contraire, le Conseil se contente d'appliquer la disposition en cause, sans chercher à l'inscrire dans un contexte plus large. Historiquement, on ne peut que lui donner tort : la disposition semble plutôt être un héritage du veto suspensif fréquent dans les monarchies parlementaires le schéma apparaît nettement en 1958 ; par ailleurs, on pense bien que ces mêmes constituants, ne prévoyant pas le rôle que serait amené à jouer le Conseil constitutionnel, n'avaient pas envisagé une telle utilisation de l'article 10 C. Théoriquement en revanche, il n'est rien qu'on puisse reprocher au juge, puisque précisément le droit ne devient un discours normatif qu'au moment où il est construit comme tel, ce qui le coupe radicalement de son origine réelle. On remarque, en tout cas, que l'esprit de la Constitution tel que décrit par P. Mouzet (c'est-à-dire comme la cohérence logique qui découle d'un ensemble de principes voulus par le texte) semble ici plutôt rejeté par le Conseil, puisque toute systématisation est refusée.

La IXe législature, parce qu'elle n'a offert qu'une majorité relative à la gauche contraignant, ironie de l'histoire, Michel Rocard à user de l'article 49 al. 3 C plus souvent qu'à son tour, a offert à l'opposition l'occasion d'argumenter de manière semblable. Lorsque Lionel Jospin, suppléant M. Rocard, a ainsi engagé la responsabilité du gouvernement sur plusieurs textes, les députés d'opposition ont saisi le Conseil en affirmant qu'une telle mesure était contraire à l'esprit de la Constitution, qui entendait réserver ce pouvoir au premier ministre. L'argumentation, d'ailleurs, n'est pas très solide : son fond téléologique (laisser ce pouvoir à tous les membres du gouvernement donnerait trop d'occasion d'engager à tort et à travers la responsabilité du Gouvernement) ne tient plus dès lors que c'est un seul ministre, assurant l'intérim du chef du gouvernement, qui a mis en œuvre la procédure. De plus, on pourrait rétorquer que l'esprit ici évoqué n'est pas tant celui de la

²⁸¹ Décision 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 9.

²⁸² *Ibid.*, cons. 14.

Constitution que celui du constituant. Mais encore une fois, c'est la réponse du Conseil qui est intéressante : identique dans les trois cas, et reprise de la décision 85-197 que nous venons d'évoquer, elle repose sur l'idée que l'on ne peut pas ajouter au texte des conditions supplémentaires tirées d'un prétendu esprit de la Constitution²⁸³.

Enfin, la manifestation la plus récente de cette argumentation révèle non seulement ce que le Conseil refuse de considérer comme l'esprit de la Constitution, mais aussi, apparemment, ce qu'il entend lui-même par là. En 2006, en effet, en soumettant au Conseil une loi de simplification du droit qui faisait un usage extrêmement prolix des ordonnances prévues à l'article 38 C, les requérants affirmaient que cette pratique méconnaissait l'esprit de l'article (puisqu'elle faisait, pour ainsi dire, des ordonnances le mode normal de législation). Là encore, le Conseil refuse de se placer sur ce plan : il se contente de confronter les ordonnances en question aux exigences édictées par l'article 38 et en déduit la conformité de la loi d'habilitation²⁸⁴. Mais à cette occasion, et c'est ce qui rend cette décision particulièrement intéressante, il ne mentionne pas uniquement les critères tirés directement de l'article (la nécessité d'indiquer avec suffisamment de précision les mesures qui pourront être prises, par exemple), mais également l'urgence, qui est selon le juge « au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution »²⁸⁵. On pourra chercher si longtemps que l'on voudra, on ne trouvera nulle part référence à cette condition dans le texte constitutionnel. La seule source possible est donc, justement, l'esprit de l'article 38 : les ordonnances ne sont pas le mode normal de législation et doivent par conséquent demeurer exceptionnelles. Sans quoi, on ne comprend pas pourquoi le Gouvernement doit se justifier, ce que ne dit à aucun moment la Constitution.

Il y a donc bien un esprit de la Constitution ; simplement, pas celui qu'imaginaient les requérants. Et cet esprit, on va le voir maintenant, doit sans doute plutôt être rapproché de l'idée politique qu'avaient en vue les constituants de 1958 : celui d'un régime parlementaire dans lequel les chambres possèdent certes le pouvoir législatif, mais sous le contrôle étroit de l'exécutif, afin de garantir la bonne marche du système.

b. L'instauration d'un régime politique dominé par l'exécutif

En effet, plusieurs décisions laissent penser que ce qui guide le Conseil constitutionnel dans les questions concernant les rapports entre les institutions établies par la Constitution de 1958 n'est

²⁸³ Décision 86-264, -268 et -269 DC (9 janvier 1990, 29 décembre 1989, 22 janvier 1990), resp. cons. 1-3, 4-6, 2-4.

²⁸⁴ Décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit* (note L.Janicot, PA, 2005/249, p. 4-8), cons. 2-8.

²⁸⁵ *Ibid.*, cons. 5.

pas tant un simple pragmatisme que la volonté d'être fidèle à une certaine conception générale qu'avaient du fonctionnement de ces institutions M. Debré et le général de Gaulle. Cela se traduit par trois grandes tendances : assumer un régime fonctionnant grâce au fait majoritaire²⁸⁶, ce qui tend à relativiser l'importance du vote lui-même (1), assurer la primauté de l'exécutif sur le législatif (2) et affirmer la place particulière qui revient au président (3).

1) *L'importance du fait majoritaire*

La constitution d'une majorité stable à chaque nouvelle législature, généralement du même bord que le président de la République, est, on le sait, l'une des caractéristiques principales de la Ve République. Puisque le rapport de force politique est réglé une fois pour toutes (à quelques exceptions près : on peut songer notamment à des questions qui se révèlent d'une certaines façons transpartisanes, telles l'ouverture du mariage au personne de même sexe, rejetée aussi à l'intérieur de la majorité par certains élus, par exemple), le vote lui-même perd de son importance. On peut bien cacher des parlementaires derrière un rideau et donner ainsi de manière éphémère la majorité à l'opposition, mais ce type de procédé ne fait que retarder le véritable vote, sans apporter beaucoup plus au fonctionnement parlementaire²⁸⁷.

De ce fait, alors que le texte de 1958 affirme de manière incontestable, semble-t-il, une conception rigoureuse du vote personnel (une seule délégation par député, et dans des cas de force majeure), le Conseil constitutionnel ne fait pas montre, en cette matière, d'un trop grand rigorisme. Si, au tout début de la Ve République, il a encore pu censurer la loi organique qui permettaient des délégations de vote hors des cas de force majeure²⁸⁸, il a depuis gardé la certaine souplesse dont il a fait la preuve en 1987 : même lorsque le nombre de suffrages exprimés est si supérieur au nombre de députés présents en séance qu'il est matériellement impossible que chacun de ceux-ci n'ait reçu qu'une délégation, donc même lorsque l'article 27 de la Constitution est grossièrement méconnu, le

²⁸⁶ On date traditionnellement l'apparition du fait majoritaire de l'élection du président de la République au suffrage universel direct (en 1962 ou 1965, selon que l'on prend en compte la réforme ou sa première application). Comme le remarquent les auteurs eux-mêmes, cependant, cette évolution ne se produit que parce que les institutions mises en place en 1958 y invitent. C'est en ce sens qu'on peut considérer que le fait majoritaire est l'un des éléments qui caractérisent la Constitution de 1958. Voir à ce sujet, entre mille autres, GICQUEL (Jean), GICQUEL (Jean-Eric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2013 (27^e édition), 834 p., p. 497-498, 552-554 ; COLLIARD (Jean-Claude), « Le système des partis ou la constitution politique de la Ve République », RDP, 1998, p. 1611.

²⁸⁷ Comme le signalait Guy Carcassonne, « le Parlement est fait pour parler » : la discussion parlementaire enrichit nécessairement la loi, et on ne peut pas se satisfaire d'un Parlement « réduit au simple rôle de machine à voter » (CARCASSONNE (Guy), « À propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 41, 1987, p. 163-170 (citations p. 168-169).

²⁸⁸ Décision 61-16 DC du 22 décembre 1961, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1066 du 7 novembre 1958 autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote*, cons. 3-5 : l'exercice de mandats locaux n'est, aux yeux du Conseil, pas une situation exceptionnelle.

vote n'est susceptible d'être annulé que si la sincérité du scrutin a été ainsi remise en cause (parce qu'on aurait voté contre l'intention des absents, emportant ainsi une majorité menacée)²⁸⁹ ; dans ce cas, « autant dire que l'article 27 n'existe pas »²⁹⁰. Plus précisément, autant dire qu'il n'existe plus dans la mesure où le vote, dans un système dominé par le fait majoritaire, n'est plus l'attribution la plus importante du Parlement²⁹¹.

À partir du moment où le résultat final est acquis, en effet, le Conseil se soucie peu de la sincérité du scrutin. On en a eu un exemple récemment lorsqu'il a refusé d'appliquer sa jurisprudence dans un cas où elle semblait pourtant tout à fait appropriée : on avait fait voter des sénateurs, physiquement absents de la chambre, contre l'amendement qu'ils avaient présenté (ce qui laisse penser que tel n'aurait pas été leur véritable choix) ; or la décision avait été emportée à une très faible majorité, que cette irrégularité ne laissait donc pas tout à fait intacte. Pourtant, le Conseil n'a pas considéré que l'on pouvait remettre en cause la sincérité du scrutin, même acquis à une voix d'avance (et dix-sept autres incertaines)²⁹².

Dans ce cas, outre le peu d'importance accordé au vote dans le système de la Ve République, il nous semble qu'intervient le peu de cas fait du Sénat. Dans une autre décision au moins, en effet, on peut voir que, conformément à l'esprit d'une Constitution reposant sur le fait majoritaire qui s'exprime pleinement à l'Assemblée nationale, les petites irrégularités qui touchent cette chambre ne suffisent pas à justifier la censure.

La loi de finances pour 2013, ainsi, a été adoptée grâce en partie à une ruse de procédure qui a permis à la majorité de s'épargner un deuxième débat au Sénat, dont elle savait qu'il risquait d'être long, sans grand profit pour elle. Le groupe majoritaire au Sénat a utilisé la question préalable contre son propre texte, afin de donner plus rapidement le dernier mot à l'Assemblée nationale. Selon les sénateurs qui ont saisi ensuite le Conseil, cette façon de faire avait « entravé le bon déroulement du débat démocratique, le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels et le droit d'amendement »²⁹³. L'idée même d'un détournement de procédure suppose un esprit du texte détourné (si le texte n'est pas la manifestation d'un sens qui lui préexiste, on ne peut pas même

²⁸⁹ Décision 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social* (note P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 42, 1987, p. 193-194), cons. 2-5.

²⁹⁰ P. Avril et J. Gicquel, *ibid.*, p. 194.

²⁹¹ Sur la question du vote personnel, on se reportera encore à ROUVILLOIS (Frédéric), « Heurts et malheurs d'un principe: Le vote personnel des députés », RDP 1998/3, p. 781-785.

²⁹² Décision 2010-624 DC du 20 janvier 2011, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, cons. 3-11. Les détails sur le vote au Sénat se trouvent dans la saisine par soixante sénateurs (et sont aussi évoqués dans le commentaire aux Cahiers).

²⁹³ Décision 2012-662 du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 2.

concevoir de détournement) ; le Conseil, là encore, n'a pas retenu cette argumentation, se fondant sans doute (la décision est si laconique qu'on ne peut qu'émettre des hypothèses) sur une autre conception : l'esprit de la Constitution résiderait dans l'établissement d'un bon équilibre entre « débat démocratique » et efficacité du régime (ou, dans les termes plus mesurés du Conseil, « bon fonctionnement des pouvoirs publics »), laquelle justifie parfois certains coups de canifs²⁹⁴. Ici, l'escamotage du débat au Sénat peut être accepté dans la mesure où, de toutes manières, dans le système de la Ve République, celui-ci demeure une chambre inférieure à l'Assemblée, qui conserve le dernier mot dans la plupart des matières (comme c'était le cas en l'espèce). L'économie globale de la Constitution ayant fonctionné, il ne vaut pas la peine de censurer l'ensemble de la loi (et surtout d'une loi de finances) pour un problème de procédure.

En dernier lieu pour ce qui concerne le Sénat, on peut se demander si la manière un peu particulière dont la loi instaurant une journée de commémoration pour la guerre d'Algérie a été adoptée, sans pour autant être censurée par le Conseil constitutionnel, ne révèle pas de la même manière, *a contrario* au moins, la position seconde qu'occupe cette chambre dans le régime tel qu'il est envisagé par le Conseil. Le texte a été adopté par le Sénat sans modification après transmission par l'Assemblée nationale, mais dix ans après cette transmission : celle-ci avait voté le texte en 2002, le Sénat l'a repris en 2012. Les parlementaires ayant saisi le Conseil se sont appuyés sur l'atteinte portée à la procédure législative : puisque l'Assemblée de 2012 (post-élections) n'a plus rien de commun, ou si peu, avec celle de 2002 (pré-élections), le Sénat a en réalité décidé seul de la loi, sans que l'Assemblée puisse avoir la parole. Comme le Conseil rejette le grief, on pourrait d'abord penser qu'il accepte de laisser une certaine indépendance au Sénat, à l'encontre précisément de ce que nous avançons jusqu'à présent. Cependant, le raisonnement du juge invite plutôt à conclure en sens inverse. La décision se contente certes de constater que les articles invoqués par les requérants n'ont pas été enfreints (puisque rien n'interdit un tel délai dans la navette parlementaire)²⁹⁵. On en conclurait donc seulement que le Conseil refuse de prendre en compte quelque esprit de la Constitution que ce soit qui conditionnerait la compréhension du texte. En revanche, dans le commentaire paru aux Cahiers, l'institution justifie sa décision en démontrant que si l'exécutif le souhaitait, il pourrait empêcher le Sénat de décider seul dans ce type de cas. Ainsi, c'est parce que l'on peut prouver que le Sénat reste sous le contrôle de l'exécutif que la procédure est jugée conforme.

²⁹⁴ *Ibid.*, cons. 4-6.

²⁹⁵ Décision 2012-657 DC du 29 novembre 2012, *Loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc* (note P. Bachschmidt, *Constitutions*, 2013/1, p. 49-50), cons. 1-2.

Ces cas ont montré la souplesse dont peut faire preuve le Conseil lorsqu'il s'agit des procédures législatives. En cela, il tire la conséquence de ce qu'il doit identifier comme le sens des institutions mises en place en 1958 : fait majoritaire et place légèrement en retrait du Sénat. Ces caractéristiques sont complétées, au point de vue du rapport entre les pouvoirs, par la primauté accordée à l'exécutif, à la fois émanation et guide de la majorité parlementaire.

2) *La primauté de l'exécutif*

Plusieurs décisions du Conseil qui ont trait aux rapports entre les pouvoirs ne se justifient que si on lui suppose l'idée que le législatif doit être soumis à l'exécutif plutôt que le contraire, pourvu qu'on ait entendu par cette hiérarchisation remédier dans les cas d'espèce aux travers des III^e et IV^e Républiques.

Cela s'est manifesté dès les premiers temps, notamment lorsque le juge constitutionnel a contrôlé pour la première fois le règlement de l'Assemblée nationale et censuré à cette occasion les articles qui prévoyaient la possibilité pour celle-ci de prendre des résolutions. Une telle pratique, en effet, pourrait être utilisée pour mettre en cause, hors des procédures prévues, la responsabilité du gouvernement ; et en matière législative, « outre qu'elle ferait double emploi avec celle des propositions de loi, [elle] se heurterait à la lettre de la Constitution, et notamment de ses articles 40 et 41 dont la rédaction ne vise que les propositions de loi »²⁹⁶. Pourtant, il est évident que ce n'est pas « à la lettre de la Constitution » que s'opposeraient ces propositions de résolutions, puisque le texte de 1958 ne les évoque pas et ne peut donc pas les interdire. Outre une tendance à interpréter de manière restrictive le texte constitutionnel sur laquelle nous avons encore à revenir²⁹⁷, c'est sans doute une idée du fonctionnement normal des institutions, tel que l'a voulu le constituant, qui doit expliquer cette solution : le juge craint en effet que des résolutions ne permettent à l'Assemblée de s'exprimer hors des cadres tracés par la Constitution et donc des instruments de contrôle dont dispose le gouvernement, ce qui pourrait conduire à une situation proche de celle que vient de connaître la IV^e République, dont la mécanique institutionnelle complexe a été rendue vaine par le maintien de coutumes parlementaires antérieures (apparition d'une pseudo-question de confiance, retour de l'investiture du cabinet par l'Assemblée...).

D'une manière semblable, plusieurs décisions ont censuré tout énoncé pouvant donner

²⁹⁶ Décision 59-2 DC des 17, 18 et 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale* (note L. Hamon, *Dalloz*, 1959, p. 502-507), articles 81-1 et -4, 82, 86-3 et -4, 92-6, 98-6, 134-5.

²⁹⁷ On peut déjà signaler qu'elle constitue l'une des caractéristiques essentielles du contrôle exercé par le juge constitutionnel. Elle est ainsi relevée dans HAMON (Léo), *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir, le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, 300 p., p. 150-153.

l'impression que le Gouvernement devait, d'une manière ou d'une autre, se soumettre à l'autorité du Parlement. En 1964, par exemple, sont considérés contraires à la Constitution les articles permettant aux députés de choisir les ministres devant leur répondre lors des questions au Gouvernement (plus exactement, de refuser d'entendre un ministre qui ne serait pas le ministre techniquement concerné). Pour le juge, la Constitution, en évoquant les « réponses du Gouvernement » (art. 48), laisse le premier ministre (chef dudit Gouvernement) libre de désigner le ministre concerné²⁹⁸. Surtout, le Parlement ne peut pas forcer le Gouvernement à agir : il lui est ainsi à plusieurs reprises interdit d'adopter une disposition contraignant celui-ci à déposer un projet de loi dans un certain délai²⁹⁹. Là encore, l'argumentation repose sur une lecture restrictive : rien n'autorise le Parlement à procéder ainsi ; bien plus, une telle pratique entrerait en contradiction avec le droit d'initiative reconnu au Gouvernement par la Constitution. On voit bien pourtant que, en soi, ces injonctions n'ont rien à voir avec le droit d'initiative ; ce à quoi elles contreviennent, en revanche, c'est à l'idée que le Gouvernement doit être tout à fait indépendant du Parlement. C'est enfin cette même idée, sans doute, qui rend impossible de regarder comme conforme à la Constitution une partie du règlement de l'Assemblée nationale qui imposait au ministre concerné un délai pour répondre à une pétition. Si le Conseil n'exclut pas la pétition elle-même, il n'accepte pas qu'elle puisse être l'occasion de quelque contrainte que ce soit à l'encontre du Gouvernement³⁰⁰.

Un dernier exemple nous semble enfin particulièrement remarquable, et digne pour cette raison d'être développé un peu plus avant. Il s'agit de l'interprétation particulière et contestée³⁰¹ faite par le Conseil constitutionnel de l'art. 40 C, exigeant que l'irrecevabilité ait été évoquée lors des débats parlementaires pour accepter d'inclure cet article dans les normes de référence de son contrôle. Le texte constitutionnel ne paraît pas apporter une telle limite à cette procédure, mais le Conseil s'en rapporte aux travaux préparatoires :

Considérant que, des travaux préparatoires de la Constitution, et notamment du fait que l'article 40 de cette dernière n'a pas repris les dispositions de l'article 35 de l'avant-projet de Constitution soumis au Comité consultatif constitutionnel le 29 juillet 1958, aux termes desquelles le Conseil constitutionnel aurait été appelé à

²⁹⁸ Décision 63-25 DC du 21 janvier 1964, *Règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 3.

²⁹⁹ Décision 66-7 FNR du 21 décembre 1966, *indemnisation des dommages subis par les Français rapatriés d'outre-mer* ; voir également les décisions 76-73 DC du 28 décembre 1976, *Loi de finances pour 1977*, cons. 8, et 78-102 DC du 17 janvier 1979, *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VII^e Plan*, cons. 1 ; pour les utilisations les plus récentes : décisions 2000-428 du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, cons. 13, et 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, cons. 40, 41, 55, 60 et 61.

³⁰⁰ Décision 69-37 DC du 20 novembre 1969, *Règlement de l'Assemblée nationale* (note C. Evrin, RDP, 1971, p. 172), cons. 7.

³⁰¹ Voir par exemple dans CARCASSONNE, *Constitution*, p. 207-208.

intervenir avant l'achèvement de la procédure législative en cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, il résulte qu'un contrôle de la recevabilité de ces initiatives doit être mis en œuvre au cours des débats parlementaires et effectué alors par des instances propres à l'Assemblée nationale et au Sénat³⁰² ;

On reconnaîtra que le lien logique fait dans cet extrait reste très ténu. Il s'agit en effet d'inférer, au moyen du raisonnement *a contrario*, que le constituant, puisqu'il a abandonné l'idée de faire intervenir le Conseil pendant la procédure parlementaire, entendait confier uniquement ce contrôle aux Assemblées. D'où un deuxième *a contrario* : si lesdites Assemblées ont organisé un tel contrôle, c'est que l'article de la Constitution ne peut pas être invoqué en dehors de ce contrôle³⁰³. Par un singulier retournement, la Constitution se soumet donc aux règlements des chambres. Contrairement à ce qu'affirme Léo Hamon, il ne semble pas que, ce faisant, le Conseil ait eu le souci d'affirmer le contrôle parlementaire. Il faut plutôt y voir, à notre sens, une tentative de rattraper la réforme de 1974 sur la saisine du Conseil : celui-ci se trouve désormais pris dans un conflit entre deux camps politiques, et non simplement entre deux organes institutionnels. Des articles comme l'article 40, cependant, ont été pensés dans le cadre originel de la Constitution comme un moyen pour l'exécutif de contrôler les chambres. Si on considère en effet que les parlementaires font courir de trop grands risques au budget de l'État, on attribue au Gouvernement un moyen pour les tenir en bride. Mais avec le déplacement du contrôle constitutionnel sur le terrain politique, la procédure pourrait être employée uniquement pour faire censurer un texte sans que le souci de rigueur budgétaire soit le vrai motif des requérants (on peut fort bien imaginer qu'un député de la majorité introduise un amendement instaurant une charge, sans que le Gouvernement, convaincu du bien-fondé de cet amendement, n'oppose l'irrecevabilité ; laisser la procédure aller à son terme afin de saisir le Conseil permet alors une obstruction plus efficace aux parlementaires minoritaires³⁰⁴). Dans ce cas, l'élément décisif nous semble donc bien être la volonté de préserver l'esprit de la Constitution, un esprit compris comme l'équilibre des pouvoirs établi, plutôt au profit de l'exécutif, en 1958 : il n'est donc pas question qu'un instrument réservé au Gouvernement soit mis inconsidérément à la disposition de l'opposition, au risque de faire capoter l'ensemble de la procédure législative.

³⁰² Décision 77-82 DC du 20 juillet 1977, *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes* (note P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 3, 1977, p. 177-178 ; L. Philip, RDP, 1979, p. 481 sq.), cons. 2.

³⁰³ *Ibid.*, cons. 3.

³⁰⁴ C'est plutôt cette interprétation qui est privilégiée dans la chronique constitutionnelle de la RDP (1979, p. 481 sq.), qui trouve ainsi la solution proposée par le Conseil très justifiée : « Cette solution paraît logique. On imagine très bien les abus qui pourraient se produire si le Conseil n'avait pas posé ce principe. Comme le souligne M. Lebreton, il répond à un souci incontestable de discipline constitutionnelle : empêcher que des manœuvres de dernière heure, portant sur un aspect finalement mineur de la procédure, ne menacent le travail législatif » (p. 481-482).

3) *La place particulière reconnue au président de la République*

Enfin, le dernier élément du régime mis en place en 1958, tel du moins que le comprend le Conseil constitutionnel dans la droite ligne des deux auteurs les plus fameux de ce texte, est le président de la République. Certes, au vu de son rôle restreint dans la procédure législative, le Conseil n'a pas eu beaucoup d'occasions de développer ce point (les hommes qui se sont succédé dans cette fonction s'en sont d'ailleurs chargés pour lui³⁰⁵). Deux décisions, cependant, nous invitent à observer la conception assez présidentialiste qu'il se fait de la Ve République.

La première occurrence, nous le reconnaissons, est pour le moins indirecte. Il s'agit de la décision sur la loi organique qui, en 2001, a retardé la tenue des élections législatives à venir afin qu'elles aient lieu après l'élection présidentielle. Le but était de prendre en compte la récente révision constitutionnelle ayant réduit le mandat présidentiel à cinq ans, et le législateur se fondait sur la place première du président de la République dans les institutions pour justifier la nécessité de tenir d'abord l'élection présidentielle, puis les élections législatives. Dans sa décision, le Conseil ne se prononce pas explicitement sur la position théorique qui sous-tend cette inversion du calendrier, et vérifie seulement que la prolongation de la législature n'est pas déraisonnable³⁰⁶. Dans la mesure cependant où il se réfère aux travaux préparatoires de la loi, qui eux mentionnaient cette raison, et où il ne la juge pas contraire à la Constitution, on peut supposer qu'il partage la même position³⁰⁷. Ici, cependant, nous nous en tiendrons à une certaine prudence, tant le raisonnement est implicite et la décision isolée.

La deuxième en revanche, quoique sur un point moins fondamental, nous paraît plus clairement relever d'une théorie constitutionnelle donnant une place particulière au président de la République. Le Conseil censure en effet l'une des dispositions de la loi organique relative aux lois de finances pour la raison que,

en instituant une formalité préalable à la publication des lois, ces dispositions sont contraires au principe, résultant notamment de l'article 10 de la Constitution, selon lequel la promulgation de la loi par le Président de la République vaut ordre à toutes les autorités et à tous les services compétents de la publier sans délai³⁰⁸.

³⁰⁵ Sans même rappeler l'exemple bien connu de l'interprétation donnée par F. Mitterrand à l'art. 38 C en 1986 lorsqu'il refusa de signer les ordonnances que lui présentait J. Chirac, on peut renvoyer à la manière dont les différents présidents ont conçu leur rôle d'arbitre – d'une manière bien plus présidentialiste que ce qu'on pourrait retirer du texte de la Constitution (à ce propos, voir COHENDET (Marie-Anne), « L'arbitrage du président de la République », *APD*, 52, 2009, p. 15-55, not. p. 32-46).

³⁰⁶ Décision 2001-444 DC du 9 mai 2001, *Loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale* (note L. Favoreu, *RFDC*, 48, 2001, p. 722-724), cons. 3-5.

³⁰⁷ C'est d'ailleurs l'opinion de Louis Favoreu, selon qui le Conseil constitutionnel a bien fait sienne la conception de la Constitution de 1958 exprimée par le législateur (note citée).

³⁰⁸ Décision 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances* (commentaire aux *Grandes décisions*, n° 23), cons. 63-66.

C'est sans doute une question de détail (qui n'est d'ailleurs pas commentée aux *Grandes décisions*) ; il n'empêche que son présupposé nous intéresse. Dans l'article 10, en effet, il n'est rien qui permette de prévoir le principe énoncé par le Conseil. Là encore, donc, il nous faut nous tourner vers un esprit de la Constitution qui fait de la promulgation par le président la seule source de validité de la loi, sans autre condition possible. Ce qui semble à son tour se reposer sur la place particulière qu'occupe le président dans la Ve République.

Quoique le Conseil ne le reconnaisse pas explicitement, sa jurisprudence paraît être fondée sur une conception particulière de la manière dont doit fonctionner la partie institutionnelle de la Constitution, conception appuyée sur les visées que poursuivaient les rédacteurs du texte en 1958. Ces visées constituent l'hypotexte que reconstitue et imite le juge dans les décisions touchant à ce genre de questions ; elles ne se confondent ni avec un « esprit de la Constitution » tiré d'une étude systématique, ni, à l'opposé, avec l'intention précise énoncée dans un cas particulier par le constituant.

On ne manquera pas de voir la proximité entre cette manière de faire et l'utilisation du concept de *Menschenwürde* par le Bundesverfassungsgericht. Le rayonnement donné à la construction abstraite placée comme hypotexte n'est pas la même, car les textes constitutionnels sont très différents (la Loi fondamentale, bâtie d'un seul coup pour comprendre à la fois la protection des droits fondamentaux et l'organisation des institutions, permet d'hypostasier un seul concept ; le bloc constitutionnel utilisé par le Conseil, plus hétéroclite, ne permet de trouver une telle homogénéité qu'en sa partie institutionnelle, donc dans les dispositions de 1958), mais le procédé demeure très semblable. Dans les deux cas est découvert un principe censé donner le sens du document constitutionnel.

Autant ce fait est assumé par le juge allemand, autant son homologue français reste discret. On pourrait donc nous reprocher de surinterpréter quelques décisions. Sans aller jusqu'à mettre cette jurisprudence sur le compte du hasard, ce qui serait bien peu satisfaisant du point de vue scientifique, on pourrait arguer que le Conseil fait preuve en fait d'un grand pragmatisme. Chercher à systématiser les décisions qu'il prend en matière institutionnelle reviendrait à leur donner plus d'importance qu'elles n'en ont vraiment. C'est peut-être, d'ailleurs, en effet ce pragmatisme qui est leur vraie raison, peut-être le motif qui a guidé, lors de la délibération, les membres du Conseil (surtout lorsqu'on songe au nombre de ceux qui sont habitués à réagir en politiques). Mais les

textes, ici aussi, échappent à leurs rédacteurs : ce qui nous intéresse n'est pas tant de retrouver le vrai raisonnement des juges (celui qu'ils ont historiquement tenu) que ce qui rend la décision acceptable dans le champ du discours juridique ; puisque le juge construit un auteur par ses décisions, nous devons, de la même manière, considérer le juge comme une entité construite et qu'on ne connaît que par ses discours. Or le bon sens n'est pas un critère aisément admis (c'est même l'une des attaques les plus aisées et les plus fréquentes contre la justice en général) – et pourrait d'autant moins être avoué, dans le cas du Conseil constitutionnel, comme le fondement d'une décision, car c'est ce même Conseil qui paraît souvent le rejeter pour sauvegarder les exigences de la rigueur juridique³⁰⁹. En revanche, le raisonnement mimétique que nous proposons, s'il ne repose pas non plus très rigoureusement sur un raisonnement juridique classique, a pour lui de reprendre des éléments acceptés sans discussion par la doctrine³¹⁰.

§ 2 Des constructions scientifiques comme postulats indiscutés du constituant ?

Le passage par des théories issues des sciences politiques ou juridiques repose, de semblable manière, sur la force de l'évidence. À elles seules, celles-ci ne peuvent pas prétendre avoir rang de norme : la distinction entre description et prescription l'empêche. Il faudrait que, comme c'est le cas dans l'article 16 DDHC, elles soient explicitement consacrées comme normes. Encore cela ne règle-t-il pas tout à fait le problème. Le propre des théories scientifiques est en effet d'être contestées : en donnant force de loi à quelque chose dont le contenu est, en réalité, extrêmement incertain, le constituant semble donner au juge une grande liberté plutôt que restreindre sa liberté d'action.

Nous ne traiterons ici que de la première question, celle du recours par le juge à des principes tirés de théories politiques et juridiques pour trancher les questions qui lui sont posées. Le

³⁰⁹ On pense à deux extrêmes chronologiques. Dans la décision 59-2 DC déjà largement citée, le juge, au lieu de s'en remettre au bon sens des députés, voire de s'en assurer par une réserve d'interprétation, censure l'article 60-3 du règlement AN qui n'était pas assez précis dans la manière dont il envisageait la clôture des sessions extraordinaires ; alors qu'il paraissait évident que les députés ne prétendaient pas donner au premier ministre le droit de s'affranchir, à leur détriment, des dispositions constitutionnelles. La correction, purement formelle et adoptée sans débat, faite au texte après la décision du Conseil renforce cette lecture. Tout récemment, on sait que le Conseil a censuré au nom de la séparation des pouvoirs la baisse de son traitement annoncée par le chef de l'État lui-même mais confié, par bonne intention autant que par mauvaise intuition, à une loi (Décision 2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 II*, cons. 79-83). Certes, le principe est d'importance ; en l'espèce cependant, outre que cette baisse ne faisait pas de difficulté puisqu'elle était voulue par l'intéressé, le Conseil, pas même invité à se prononcer sur la question par les requérants, pouvait avec délicatesse ignorer la chose – quitte à revenir dessus plus tard au moyen de la jurisprudence Nouvelle-Calédonie (comme il le fait précisément ici en censurant également une loi de 2002). Encore nous contentons-nous du bon sens : Olivier Beaud a cependant prouvé brillamment que même le raisonnement sur la séparation des pouvoirs ne tient pas. Cette partie de la décision, pour lui, fait preuve d'une « profonde absurdité » (BEAUD (Olivier) « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle (A propos de la décision du 9 août 2012) », *Juspoliticum*, 9, 2013).

³¹⁰ Cela n'est bien sûr pas une garantie contre toute critique, comme le montre la position, évoquée *supra*, que défendait G. Carcassonne contre l'interprétation par le Conseil constitutionnel de l'article 40 C.

moyen de les employer dans le syllogisme juridique est de supposer qu'ils faisaient à tel point parti du schéma de pensée du constituant que le système bâti par lui (avec en tête, donc, un sens déterminé) ne prend son sens que si on les y intègre. Par exemple, nous anticipons sur l'un des développements à venir, que le fait de construire un État fédéral ne va pas sans certaines caractéristiques inhérentes au concept d'État fédéral, telle le respect de la foi donnée aux autres membres de la fédération (la *Bundestreue*).

Puisque le rédacteur du texte se reposait nécessairement sur ces principes, le juge peut donc se trouver fondé à les utiliser lui aussi. Le constituant lui sert de charnière entre le descriptif et le prescriptif : en construisant cette figure censée avoir aussi réfléchi d'après ces théories, en soi seulement descriptives, il peut donner à celles-ci une force normative. Cela encore est indissociable de la construction d'un constituant, et plus largement d'un système juridique, rationnel : pour que ce système dans son ensemble soit justifié, il doit reposer sur certains principes ; ceux-ci, en retour, deviennent des normes à part entière puisqu'ils sont censés avoir été présupposés par le constituant. Sans eux, la disposition constitutionnelle qu'on observe n'aurait pas de sens. Ils constituent en quelque sorte la partie immergée, mais tout aussi nécessaire et réellement existante, de l'iceberg. Répétons ici aussi que ce n'est pas tant la vérité historique de cette reconstruction qui nous intéresse que l'usage qui en est fait dans le discours des cours. Il arrive dans certains cas que le juge s'appuie explicitement sur les présupposés du rédacteur. Le Bundesverfassungsgericht, ainsi, peut rappeler que « le fait qu'un enfant ne puisse être issu que d'un couple parental conduit à conclure que le constituant a voulu confier à un couple parental seulement le droit parental sur un enfant »³¹¹, ou se reposer sur les représentations qu'avait ce même constituant du rôle des partis dans le système institutionnel³¹². Ces références explicites n'ont, pour notre propos, qu'un intérêt restreint. Elles ne font rien d'autre, finalement, que de recourir encore à l'un des types traditionnels d'interprétation contre les autres, sans pouvoir plus se justifier en l'absence d'une règle secondaire qui le permettrait (laquelle règle secondaire, elle-même, comme on l'a déjà dit, n'aurait qu'une utilité illusoire dans le processus de justification, puisqu'elle devrait elle-même être interprétée, entamant une régression à l'infini³¹³). Le juge se repose en effet sur la volonté du constituant, d'une manière un peu moins brutale seulement puisqu'il ne prétend pas tant appliquer sans ménagement sa volonté que

³¹¹ BVerfGE 108, 82, 101 (« Dabei lässt schon der Umstand, dass ein Kind nur von einem Elternpaar abstammen kann, darauf schließen, dass der Verfassungsgeber auch nur einem Elternpaar das Elternrecht für ein Kind hat zuweisen wollen »).

³¹² « La représentation qu'avait le constituant de partis libres, indépendant de l'État *a trouvée une expression suffisamment claire dans la lettre de l'article 21 GG* » (« Die Vorstellung des Verfassungsgebers von freien, vom Staat unabhängigen Parteien ist im Wortlaut des Art. 21 GG [...] hinreichend bestimmt zum Ausdruck gekommen, BVerfGE 20, 56, 111 ; nous soulignons).

³¹³ Voir à nouveau, à ce propos, S. Fish et sa critique de la construction proposée par Hart pour expliquer le fonctionnement du droit, reposant sur la distinction entre règles primaires et règles secondaires (FISH (Stanley), « Force », in *Doing what comes naturally*, Durham, Londres, Duke University Press, 1989, 613 p., p. 503-524).

d'interpréter le texte d'après le schéma mental contemporain de sa naissance. On aura reconnu là la nouvelle version de l'*originalism* proposée par A. Scalia, et l'objet de critiques justifiées³¹⁴.

Dans ces cas-là, le parcours interprétatif est exposé, mais ne paraît pas pouvoir convaincre, autrement que par l'aura d'évidence, pour le moins fragile cependant, qu'apporte toujours la référence au constituant. C'est pourquoi il nous semble plus intéressant de nous occuper des décisions où le recours, plus ou moins explicite, à des théories si connues et acceptées de tous qu'on ne songera pas à les contester (ou seulement sur le contenu donné, pas sur le fait même d'y recourir). Nous reviendrons en revanche, dans la deuxième partie de ce travail, sur la fonction donnée explicitement à ces présupposés du constituant par le juge allemand³¹⁵.

Nous allons donc présenter des exemples tirés des jurisprudences allemande (a) et française (b). On verra que, de ce point de vue, les manières de faire diffèrent peu. Certes, le juge allemand peut bien expliquer plus longuement en quoi consiste exactement le principe qu'il utilise, mais il ne peut pas plus expliquer pourquoi tel principe issu de considérations théoriques reçoit une force normative. Dans les deux pays, le juge recourt comme à une évidence à ces théories politiques ou juridiques.

a. Sur quelques représentations politiques du Bundesverfassungsgericht

Dans deux domaines au moins, relevant tous deux de questions institutionnelles et non de la protection des droits et libertés fondamentaux, on peut observer comme le juge constitutionnel allemand remonte jusqu'à des concepts de philosophie politique qui lui offrent de nouveaux critères pour trancher les cas qui lui sont soumis. Il en va ainsi de diverses conséquences tirées de la forme fédérale de la République allemande (1), ainsi que de l'interprétation des diverses voies de recours prévues par la Loi fondamentale pour régler les conflits naissant entre les organes constitutionnels (2).

³¹⁴ Antonin Scalia fait ainsi référence aux « hommes intelligents et informés de l'époque » : « I [consult the writings of some men who happened to be delegates to the Constitutional Convention] not because they were Framers and therefore their intent is authoritative and must be the law; but rather because their writings, like those of other intelligent and informed people of the time, display how the text of the Constitution was originally understood » (SCALIA (Antonin), « Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws », in *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, 159 p., p. 3 ; citation à la page 38) ; pour des présentations et des critiques de cette thèse, on se reportera notamment à AMAR (Vikram David), « Morse, school speech, and originalism », *UC Davis Law Review*, 42, 2009, 3, p. 637-660, notamment p. 645 et KAY (Richard S.), « Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation », *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2009, 2, p. 703-726.

³¹⁵ cf. BVerfGE 2, 380, 403.

1) La forme d'un État : conséquences de la structure fédérale allemande

Au chapitre précédent, nous avons déjà eu l'occasion de citer un jugement du Bundesverfassungsgericht dans lequel le point réellement décisif, contrairement d'ailleurs à ce que le juge affirmait (puisque cet argument n'apparaissait qu'en deuxième, si ce n'est en troisième lieu), était une analyse du fonctionnement de la fédération. Devant interpréter concrètement la mention de l'accord avec les *Länder* (« *im Einvernehmen mit den Ländern* », disait le texte) nécessaire à un ministre fédéral pour décider dans une matière particulière, il avait en effet considérée qu'elle impliquait l'accord de chaque *Land*, donnant donc un droit de veto à chacun d'entre eux. Le texte à lui seul ne permet pourtant pas d'affirmer que « les *Länder* » ne signifie pas « la majorité des *Länder* » : à partir du moment où ces *Länder* sont regroupés en un État fédéral, rien n'empêche que l'ensemble qu'ils forment s'exprime selon quelque procédure que ce soit, y compris le vote à la majorité simple. Ce n'est pas autre chose lorsqu'un Parlement vote une loi : « l'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté » ne signifie pas que chaque député et chaque sénateur a voté pour la loi.

Le travail le plus important du juge a donc en fait été de s'en rapporter à des analyses fondées sur une théorie de la fédération, ou du moins de la fédération telle que le constituant de 1949 aurait voulu l'établir : pour commencer, il remonte donc, par delà la question de l'espèce, à la question plus générale de la fédération en remarquant que « la participation des *Länder* à la répartition des ressources fédérales est une expression du principe fédéraliste qui donne, à côté d'autres principes, son empreinte à la Constitution de la République fédérale d'Allemagne »³¹⁶. De cette constatation, il peut déduire la règle déterminante pour régler le cas qui lui est présenté, règle qui découle, selon lui, de l'essence même d'un système fédéral :

En tant que membres de la fédération, les *Länder* possèdent le même statut, tant qu'il n'en est pas disposé autrement par des clauses constitutionnelles ; ils sont les uns à l'égard des autres des individus égaux en droit ; la règle majoritaire, qui est chez elle dans le domaine où prévaut le principe démocratique, ne vaut pas entre eux : c'est l'unanimité qui est le principe fondamental.³¹⁷

C'est sans nul doute ici une opinion scientifique qui sert de fondement à la décision : qu'une fédération se caractérise par la règle de base selon laquelle ses membres sont encore assez autonomes pour que s'applique par défaut la règle de l'unanimité. Ce serait là une vérité si éternelle et indépendante de celui qui s'y réfère que le constituant, au moment où il établissait une fédération,

³¹⁶ BVerfGE 1, 299, 314-315 (« Die Mitwirkung der Länder bei der Verteilung der Bundesmittel ist Ausdruck des föderalistischen Prinzips, das - neben anderen Grundsätzen - der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland das Gepräge gibt »).

³¹⁷ BVerfGE 1, 299, 315 (« Als Glieder des Bundes besitzen die Länder, soweit positive verfassungsrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen, den gleichen Status; sie stehen einzeln und gleichberechtigt nebeneinander; unter ihnen gilt nicht die im Geltungsbereich des demokratischen Prinzips beheimatete Regel, daß die Mehrheit entscheidet, sondern der Grundsatz der Einstimmigkeit »).

ne pouvait avoir autre chose en vue. Le propre d'une telle opinion est cependant de pouvoir être contestée : pour certains auteurs, par exemple, la règle de droit commun pour les fédérations est plutôt celle de la majorité – la distinction, même, se faisant pas pas tant entre majorité et unanimité qu'entre majorité simple et majorité qualifiée³¹⁸. Qu'importe donc qu'on puisse montrer que le modèle choisi par le Bundesverfassungsgericht n'est pas le modèle fédéral historiquement connu : il est difficile de prétendre que les dispositions écrites dans la Loi fondamentale permettent de dégager le principe fédéral qui guide le juge allemand, ainsi que le fait S. Koriath³¹⁹. Dès la première utilisation de l'expression « bundesstaatliches Prinzip »³²⁰, en effet, les articles cités en particulier pour la fonder (28 et 30 GG) se voient conférer une portée beaucoup plus large que ce qu'on pourrait attendre, puisqu'ils se contentent d'opérer une répartition des droits et devoirs entre *Bund* et *Länder*. Tirer de là l'idée d'un principe fédéral permettant ensuite de résoudre les conflits, c'est nécessairement en passer par un modèle abstrait.

De semblable manière, certaines interprétations du *Grundgesetz* n'ont été acceptées par le Bundesverfassungsgericht que parce qu'elles demeuraient compatibles avec la répartition des compétences entre État fédéral et États fédérés qui découle de l'idée fédérale elle-même. La constitution de la fondation « *Preußischer Kulturbesitz* » est intéressante à cet égard. Pour créer cet organisme et lui attribuer tous les biens culturels provenant du *Land* de Prusse désormais disparu, le *Bund* s'est fondé sur l'article 135 al. 4 GG, qui autorise une exception à la règle selon laquelle les biens des *Länder* disparus reviennent à l'institution dont l'activité justifie qu'ils lui reviennent (parce qu'elle prend en charge la mission à l'accomplissement de laquelle servaient ces biens) ou au *Land* sur le territoire duquel ils se trouvent désormais (art. 135 al. 1-3 GG). Trois *Länder* avaient donc soumis la loi au Bundesverfassungsgericht, arguant qu'accepter cette interprétation de l'article 135 reviendrait à offrir au gouvernement fédéral une sorte de cheval de Troie grâce auquel il pourrait, sans contrôle pour ainsi dire, étendre ses compétences au détriment des États fédérés. C'est là le grief principal aux yeux du tribunal, qui ne considère la loi comme conforme au *Grundgesetz* que parce qu'il peut prouver que cette crainte n'est pas fondée : le champ possiblement couvert par l'article se réduit en fait aux biens relevant du *Preußischer Kulturbesitz*, ce qui implique que l'État fédéral ne pourra plus s'en servir à l'avenir³²¹. Ici aussi, donc, on voit apparaître en creux, au fond du contrôle

³¹⁸ BEAUD (Olivier), *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p., p. 176-180.

³¹⁹ KORIATH (Stefan), « Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundesstaat », in VAN OUYEN (Robert Chr.), MÖLLERS (Martin H. W.), dir., *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Wissenschaften, 2006, 543 p., p. 391-405 (not. p. 396).

³²⁰ BVerfGE 1, 14.

³²¹ BVerfGE 10, 20, 47.

opéré par le juge, l'idée qu'il est nécessaire de maintenir l'équilibre entre les éléments d'une fédération qui caractérisent cette forme d'organisation politique – ce qui suppose encore de pouvoir déterminer scientifiquement les caractéristiques de celle-ci.

Le Bundesverfassungsgericht, enfin, a dégagé du fait que l'Allemagne est un État fédéral le principe constitutionnel implicite de la fidélité à la fédération (*Bundestreue*). Au fondement de celui-ci, inventé dès les premières décisions et confirmé jusqu'à aujourd'hui par une jurisprudence constante, on doit encore voir un concept de la fédération en tant que forme politique que le juge cherche à mettre en œuvre.

Ce devoir de fidélité ne se trouve en effet pas explicitement dans la Loi fondamentale ; le juge remonte donc à un concept de la fédération qui comporterait, en soi, celui-ci :

Au principe fédéral correspond plutôt l'obligation juridique de rang constitutionnel pour les membres de la fédération de se montrer fidèles aussi bien les uns envers les autres, qu'envers l'ensemble, et pour le gouvernement fédéral, de maintenir cette fidélité envers les membres de la fédération, et pour tous de s'entendre entre eux. Le principe de rang constitutionnel du fédéralisme, qui vaut dans un État fédéral, contient ainsi l'obligation juridique pour le gouvernement fédéral comme pour ses membres de « se comporter de manière favorable au fait fédéral »³²²

Ce raisonnement est fondé sur un article de R. Smend (qui concernait, d'ailleurs, l'empire des Hohenzollern, puisque paru en 1916³²³) : on voit ici à l'œuvre le passage du scientifique au juridique qui est au fond du processus d'imitation. Dans une formule plus concise, et plus affirmée, toujours tirée de l'article de Smend, il est ensuite devenu explicitement un « principe constitutionnel non écrit » ; à cette occasion, le juge rappelle qu'il tire de ce modèle théorique des devoirs concrets à l'égard tant du gouvernement fédéral que des États fédérés³²⁴. C'est dans ces devoirs qu'apparaît l'intérêt du concept : il joue en effet, pour les relations fédérales, le rôle que peuvent jouer les standards comme le « bon père de famille » : il donne au juge une aune qui lui permet de régler au cas par cas les situations qu'on lui soumet, en limitant la portée du texte constitutionnel (les parties

³²² BVerfGE 1, 299, 315 (« Dem bundesstaatlichen Prinzip entspricht vielmehr die verfassungsrechtliche Pflicht, daß die Glieder des Bundes sowohl einander als auch dem größeren Ganzen und der Bund den Gliedern die Treue halten und sich verständigen. Der im Bundesstaat geltende verfassungsrechtliche Grundsatz des Föderalismus enthält deshalb die Rechtspflicht des Bundes und aller seiner Glieder zu "bundesfreundlichem Verhalten" »)

³²³ SMEND (Rudolf), « Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat », in *Festgabe für Otto Mayer*, 1916, p. 247 sq., not. p. 261.

³²⁴ BVerfGE 12, 205, 254 : « Dans l'État fédéral allemand, l'ensemble des rapports constitutionnels entre l'État dans son entier et ses membres, ainsi que des membres entre eux, est dominé par le principe constitutionnel non écrit de l'obligation réciproque qu'ont le *Bund* et les *Länder* à se comporter de manière favorable au fait fédéral [...]. Le Bundesverfassungsgericht en a tiré une série d'obligations juridiques concrètes » (« Im deutschen Bundesstaat wird das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern sowie das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen den Gliedern durch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz von der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten beherrscht [...]. Das Bundesverfassungsgericht hat daraus eine Reihe konkreter Rechtspflichten entwickelt »).

de la fédération peuvent employer les pouvoirs dans la mesure où, ce faisant, ils prennent en considération les autres parties³²⁵), ou simplement comme garantie censée objective apportée à une interprétation du *Grundgesetz* qui risquerait sans cela de rompre l'équilibre fédéral³²⁶. Ce qui est particulièrement remarquable dans l'utilisation du concept, c'est qu'il en vient même à être utilisé à la place de dispositions constitutionnelles qui trouveraient pourtant dans le cas en question, leur application normale³²⁷. La doctrine s'est élevée contre cette manière de faire en y voyant la méconnaissance du principe selon lequel les constructions prétorienne ne doivent être employées qu'à défaut d'une disposition écrite³²⁸. C'est, à notre sens, un indice supplémentaire de la force propre au procédé mimétique.

Ces trois cas ont en commun leur structure : à partir d'une essence supposée de la fédération, le juge allemand déduit des principes qui lui servent à résoudre les cas qu'on lui présente. Il y a là un avatar du travail mimétique en ce que cette essence supposée, ce concept de fédération, joue le rôle que joue, dans l'imitation littéraire, la construction d'un genre littéraire à partir d'une œuvre réelle. Ici, s'il n'est pas d'œuvre dont on parle (sinon, peut-être, à partir des autres fédérations qu'a connues l'Allemagne), c'est le même procédé de construction d'un concept théorique qui justifie ensuite les solutions adoptées.

2) *Les litiges institutionnels*

Les questions relevant de l'organisation des pouvoirs et de leur équilibre donnent également lieu, de manière semblable à ce que nous avons pu étudier de façon plus approfondie dans le cas français, à un raisonnement mimétique. Aussi bien la forme juridique que peuvent prendre ces litiges que les décisions de fond montrent en effet que le juge passe, pour prendre sa décision, par le

³²⁵ Cf. la formule nette dans BVerfGE 81, 310, 337, à propos de l'exercice par le gouvernement fédéral d'un droit de regard sur l'exécution des lois fédérales par les *Länder* : « Ce devoir exige qu'aussi bien le gouvernement fédéral que les *Länder* fassent preuve, en exerçant leurs compétences, de la considération requise et qu'on peut légitimement attendre d'eux à l'égard de l'intérêt général de la fédération et des intérêts des *Länder* » (« Diese Pflicht verlangt, daß sowohl der Bund als auch die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder nehmen »). Pour un exemple récent, voir BVerfGE 106, 1, 27.

³²⁶ Ce qui est le cas dans la première décision où apparaît le concept, celle que nous avons déjà évoquée et qui porte sur la question de savoir si le ministre compétent doit recueillir l'accord de tous les *Länder* pour la répartition d'aides à la construction (BVerfGE 1, 299) : la *Bundestreue* apporte la garantie qu'aucun *Land* ne sera tenté d'utiliser la règle de l'unanimité pour exercer une forme de chantage (1, 299, 315-316).

³²⁷ Ainsi dans BVerfGE 86, 148, 263 sq. : le Bundesverfassungsgericht utilise le « principe d'État fédéral » (*Bundesstaatsprinzip*), qui est au fondement de la *Bundestreue*, pour accepter des transferts financiers qui vont bien au delà de ce que permet l'art. 107 al. 2 GG (cf. SELMER (Peter), « Bund-Länder-Streit », in *FS BVerfG*, I, p. 563-585, not. p. 571-572).

³²⁸ STERN, BK.

modèle abstrait que lui fournit une théorie politique.

Ainsi, les procédures réservées à la mécanique institutionnelle (le conflit entre les organes constitutionnels – *Organstreit* – et les litiges entre *Bund* et *Länder* – *Föderalstreit*) sont interprétées semble-t-il non pas tant au regard des textes eux-mêmes (lesquels, d'ailleurs, énoncent seulement des règles sans nommer ces divers types de contentieux, systématisés ensuite par le Bundesverfassungsgericht et la doctrine) que d'après les concepts qu'en a le juge. Cela le conduit par exemple à réduire aux normes de procédures le champ des normes qui peuvent invoquées à l'appui d'une de ces requêtes : les droits et libertés fondamentaux ainsi que des principes comme l'État de droit sont *a priori* exclus.

La chose devient particulièrement intéressante lorsque l'on observe qu'à ce rétrécissement du champ des normes de référence correspond, d'un autre côté, une forme d'élargissement : dans le cas des litiges entre *Bund* et *Länder*, par exemple, s'ajoutent aux normes de référence le principe d'État fédéral ainsi que la *Bundestreue*. Cela laisse soupçonner que, derrière l'énoncé constitutionnel, le juge contemple une idée plus générale, l'organisation des relations entre les membres de la fédération (nous comprenons dans cet expression, par commodité, également le gouvernement fédéral), dont l'énoncé en question ne serait qu'une manifestation. On peut lire dans le même sens une autre restriction apportée au recours à cette voie de recours : il ne faut pas simplement que le comportement d'un organe porte atteinte à une règle, il faut que le plaignant se trouve dans un rapport juridique constitutionnel concret (« *konkretes verfassungsrechtliches Verhältnis* ») avec cet organe, et que l'infraction au droit ou au principe ait eu par conséquent un effet direct sur lui³²⁹. Cela s'explique encore par l'image que le juge place au fondement de la disposition ; cela lui est d'autant plus aisé que les litiges entre membres d'une fédération constituent, dans l'aire allemande au moins, le fondement historique de la justice constitutionnelle³³⁰. Le juge substitue donc à ce qu'il pourrait tirer du seul texte un schéma qui lui paraît évident, et que sans doute le constituant ne pouvait pas ne pas avoir, lui aussi, en vue.

Il en va d'une manière semblable pour le *Organstreit*. Alors que la lettre du texte constitutionnel est pour le moins indéterminée (elle peut tout aussi bien désigner une compétence

³²⁹ BVerfGE 21, 312, 326 (non application du principe de *Bundestreue* par manque d'un rapport de droit entre les parties : le *Bund* ne pouvant pas s'appuyer sur un droit concret, on ne pouvait pas exiger de lui le respect de la *Bundestreue* dans l'exercice de ce droit).

³³⁰ Cf. notamment JOUANJAN (Olivier), « Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933) », et BEAUD (Olivier), « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in GREWE (Constance), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 188 p., resp. p. 13-48 et p. 49-72.

générale d'interprétation de la Loi fondamentale par le Bundesverfassungsgericht que le pouvoir de trancher une querelle précise entre deux organes³³¹), le tribunal a eu tôt fait d'opter pour la seule lecture contentieuse³³². Cela peut s'expliquer notamment parce que, là encore, le juge peut découvrir un concept déjà existant dans l'arsenal du constitutionnaliste : ici, le *Organstreit*, lui aussi un élément central dans la notion même de justice constitutionnelle depuis les débuts de celle-ci (Schlaich et Koriöth considèrent ainsi qu'il fait partie de son « noyau dur théorique »³³³), ce à quoi fait expressément référence le Bundesverfassungsgericht pour justifier sa lecture de l'article 93 al.1-1³³⁴. C'est en ce sens que K. Stern peut parler de la lecture téléologique³³⁵ qui mène à cette conclusion, car il s'agissait pour le juge de retrouver l'institution de droit à laquelle pensait le constituant en rédigeant la Loi fondamentale.

Une jurisprudence fameuse rendue dans des *Organstreite* relève enfin du même paradigme. Au vu de l'usage exagéré fait du droit de dissolution sous la République de Weimar (aucune législature n'avait été jusqu'à son terme normal), le *Grundgesetz* a considérablement restreint les moyens de dissolution, non seulement en interdisant au Bundestag de se dissoudre lui-même, mais aussi en restreignant le droit de dissolution du *Bundespräsident* aux cas où il n'est pas possible de trouver une majorité : soit que, juste après une élection, aucune coalition ne se forme (art. 64 al. 3 GG), soit que le chancelier échoue lors d'une question de confiance au cours de la législature (art. 68 al. 1 GG). Le but du constituant était en effet de d'abord chercher une nouvelle majorité, et de ne permettre la dissolution que si cette majorité est réellement impossible à trouver ; en somme, la dissolution est seulement une réponse à une crise politique.

Or, à deux reprises (Helmut Kohl en 1983, Gerhard Schröder en 2005), le chancelier, disposant indiscutablement d'une majorité stable et lui faisant confiance, a posé une question de confiance dans le but de se la voir refuser et de pouvoir ainsi dissoudre le Bundestag avant terme. Dans les deux cas, les élections anticipées étaient censées affermir le pouvoir du chancelier, choisissant un moment qu'il espérait opportun (ou moins intempestif en tout cas que le terme normal). Le Bundesverfassungsgericht a été saisi par des députés qui voyaient là un détournement de procédure et une question de confiance factice. Recevant leur argumentation, il a ajouté aux exigences formelles de l'art. 68 al. 1 GG une exigence matérielle ; cet article requerrait en effet un

³³¹ STERN (Klaus), BK, art. 93 Rn. 77-85.

³³² BVerfGE 2, 143, 151-157.

³³³ Ils parlent de son « ideelle Tatbestand » : KORIÖTH (Stefan), SCHLAICH (Klaus), *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2007 (7^e éd.) 344 p., p. 48-49.

³³⁴ BVerfGE 2, 143, 150-152.

³³⁵ STERN, BK, art. 93 Rn. 77-85.

« élément constitutif implicite » (*ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal*) : « que le chancelier ne soit pas assuré d'être soutenu de manière permanente par la majorité du Bundestag »³³⁶. Faute de cela, la question de confiance serait effectivement factice, et la procédure de dissolution anticonstitutionnelle – aucune des deux espèces, quoique cette condition ne fût pas véritablement remplie, ne donna lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité des procédures.

L'invention de cette exigence supplémentaire repose encore sur le passage par un degré d'abstraction supérieur, par lequel le juge dégage le système qu'avait en tête le constituant, et ajoute au texte ce qui est nécessaire pour le mettre complètement en œuvre ; on retrouve là une façon de faire fort semblable à celle que nous avons observée dans la jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel.

Le juge allemand présuppose donc souvent que les dispositions regardant l'organisation des institutions ne sont pas neutres elles non plus, mais découlent d'une vue d'ensemble que lui doit recréer par sa décision. Cette vue d'ensemble serait celle que devait avoir le législateur. Ce devoir n'est pas un pur hypothétique : il s'agit plutôt, à la manière de ce que nous avons déjà rappelé des théories de Savigny, de découvrir cette pensée que, objectivement, le législateur ne pouvait pas ne pas avoir³³⁷. Ce qui présuppose, bien sûr, une certaine philosophie de l'histoire que l'on n'est pas obligé de partager.

Si le plus frappant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel se rapporte, au contraire, à une intention explicite du constituant, on trouve également des ensembles de décisions qui se distinguent par le recours à des théories dont on peut seulement supposer qu'elles étaient connues et acceptées de ce constituant, sans en faire, comme pour la mécanique générale de la Ve République, un ensemble cohérent de grande ampleur.

³³⁶ BVerfGE, 62, 1, 42 (« Aus dem normativen Zusammenhang erschließt sich danach, daß die Auflösung des Bundestages auch über den Weg des Art. 68 GG stets eine politische Lage der Instabilität zwischen Bundeskanzler und Bundestag voraussetzt und als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal erfordert, daß der Bundeskanzler der stetigen parlamentarischen Unterstützung durch die Mehrheit des Bundestages nicht sicher sein kann ») ; pour l'ensemble du raisonnement reconnaissant que cette exigence ne figure pas dans la lettre du texte, mais doit être tirée des valeurs et principes de la Loi fondamentale, voir p. 36-49.

En 2005 (BVerfGE 114, 121), ce *ungeschriebenes Tatbestand* n'est plus explicitement convoqué ; la doctrine s'accorde pourtant à reconnaître, au vu du contrôle opéré par le juge, que l'exigence vaut toujours (voir, comme exprimant l'opinion la plus souvent acceptée, MENZEL (Jörg), MÜLLER-TERPITZ (Ralf), *Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 947 p., p. 361 ; *contra*, cependant mais sans arguments vraiment convaincants, ni apparemment de grand succès auprès de la doctrine, PODWORNÝ (Sven), *Die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage*, Köln, Carl Heymanns, 2008, 228 p.).

³³⁷ Ainsi, la formulation sur la « représentation » que se faisait le constituant du système des partis rappelle fortement, en ce que le juge prétend pouvoir la concevoir en dehors de sa manifestation concrète dans le texte de la Loi fondamentale, les développements de Savigny concernant les rapports entre la pensée du législateur et la traduction de celle-ci, souvent imparfaite, dans le texte de loi.

b. De quelques principes découverts sans y penser rue Montpensier

Nous avons exposé il y a peu les principes implicites formant un tout cohérent qui guident le juge dans l'interprétation des dispositions institutionnelles de la Constitution française actuelle. Celui-ci peut cependant faire un usage plus ponctuel de ce genre de théories, comme nous avons pu l'observer déjà à propos de la décision de 1962 sur l'élection du président de la République au suffrage universel direct. Nous l'avions, rapidement, montré, l'argumentation ne tient qu'à condition de considérer que la souveraineté ne réside pas dans la constitution elle-même (dans l'État fondé par un abandon réciproque par chacun de ses droits de nature selon le modèle hobbesien), mais dans le peuple réellement existant, qui peut donc s'exprimer légalement en dehors de tout cadre légal – le paradoxe est voulu, il exprime l'aporie fondamentale, à notre avis, de cette position systématisée en particulier par C. Schmitt. Il faut donc derrière cette décision une théorie de la souveraineté (ce que ne pourrait pas résoudre la constitution, d'une part parce que sa propre puissance dépend de la théorie choisie par l'interprète, d'autre part parce que, en l'espèce, celle de 1958 mêle sans trop s'en soucier dans son article 3 les deux pôles généralement opposés que sont la souveraineté nationale et la souveraineté populaire). On peut observer une semblable conduite à propos du principe d'indépendance de la justice (1) et de la hiérarchie des normes (2) : ni l'une ni l'autre ne se trouve explicitement proclamée, mais elles paraissent si inhérente à l'ordre juridique mis en place en 1958 que le juge n'hésite pas à les utiliser comme des éléments de son contrôle de constitutionnalité.

1) L'indépendance de la justice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Le principe d'indépendance de la justice, aujourd'hui, est surtout utilisé dans le cadre plus général du droit au procès équitable, comme un substitut notamment à l'article 6-1 CEDH en droit constitutionnel (puisque le juge constitutionnel ne contrôle pas les lois au regard des conventions internationales). Il trouve dans ce genre de contentieux une applicabilité directe. Dans d'autres cas, plus restreints on en conviendra, son action est indirecte : à deux reprises, il a été utilisé pour préciser le champ couvert par la « création de nouveaux ordres de juridiction » que la Constitution de 1958 confie à la loi (art. 34 C)³³⁸. La première décision est assez courte pour pouvoir être citée en entier (ou peu s'en faut) :

³³⁸ Décisions 64-31 L du 21 décembre 1964, *Nature juridique de l'article 5 (2ème alinéa, première phrase) de l'ordonnance n° 58-1274 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation des juridictions pour enfants*, et 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* (note T. Renoux, RFDC, 55, 2003, p. 348-366).

1. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution "la loi fixe les règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction" ;

2. Considérant que les tribunaux pour enfants [...] constituent un ordre de juridiction, au sens de la disposition précitée ; qu'au nombre des règles ci-dessus visées doivent figurer celles relatives au mode de désignation des personnes appelées à siéger en qualité d'assesseurs au sein desdits tribunaux ainsi que celles qui fixent la durée de leurs fonctions, toutes règles qui sont des garanties de l'indépendance de ces assesseurs ;

La question est de savoir quelles sont les règles qui concernent la création de nouveaux ordres de juridiction. S'il y a, sans aucun doute, la norme qui énonce la création de ce nouvel ordre lui-même (quelque chose comme « sont institués des tribunaux pour enfants » ; pour prendre un exemple réel : « La juridiction de proximité statue en première instance en matière civile et pénale »³³⁹), la simple mention d'une institution est insuffisante pour dire ce qu'elle sera ; d'ailleurs, comme le montre le titre consacré à la juridiction de proximité (dont nous venons de citer le premier article) dans le code de l'organisation judiciaire, l'ordre de juridiction ne se définissant que par ses caractéristiques, il n'est pas à vrai dire d'énoncé qui soit consacré à sa seule création. Il faut donc savoir ce qui, parmi ces caractéristiques, relève de la création elle-même, et comme tel du domaine de la loi. On voit que c'est à cette question, implicite, que répond le Conseil lorsqu'il affirme « qu'au nombre des règles [évoquées par l'art. 34] doivent figurer » celles qu'il énonce ensuite. Elles n'y figurent pas déjà, puisque le texte constitutionnel ne les énumère pas, mais leur contenu oblige l'interprète (tel du moins le raisonnement du Conseil) à considérer que c'est à elles que fait référence ce texte, si vague qu'il soit.

Il pourrait s'agir d'une assertion sans justification, comme lorsque le juge considère, sans expliquer pourquoi, qu'une peine n'enfreint pas le principe de nécessité des peines. Cependant, la dernière incidente du considérant 2 ne semble pas pouvoir avoir d'autre fonction que celle, précisément, de justifier cette affirmation. En soi, le principe d'indépendance des juges n'apparaît pas dans l'article 34 C ; dans la Constitution, elle n'est même pas proclamée en tant que telle, mais évoquée seulement au moment d'en confier la garantie au président de la République (art. 64 C – encore celui-ci ne concerne-t-il que l'autorité judiciaire). Le simple fait qu'une règle constitue une garantie de l'indépendance du juge ne suffit donc pas à la rattacher au domaine de la loi (on pourrait même argumenter en sens inverse, et considérer qu'elle relève d'un décret présidentiel). Il faut ajouter une étape comprise dans le raisonnement du juge, mais pas explicitée : lorsque la Constitution mentionne cette indépendance, elle n'institue pas tant un principe qu'elle ne reconnaît la nécessité qu'il revêt, de lui-même, en démocratie ; à partir du moment où celui-ci est reconnu, il peut déployer, au-delà de ce que prévoit le texte constitutionnel, le sens dont il est porteur en soi.

³³⁹ Art. 231-1 du Code de l'organisation judiciaire.

Or, par essence, l'indépendance serait inséparable de la notion de juridiction. Par conséquent, une disposition tendant à garantir cette indépendance doit nécessairement faire partie du moment constitutif d'une juridiction – et par conséquent relever de l'art. 34 C. Le fait que, dans ses visas, le Conseil constitutionnel se fonde sur l'art. 64 C nous semble conforter cette analyse : au premier abord, il n'a rien à voir avec le problème posé ; son intérêt cependant est de nommer l'indépendance des juridictions et d'en faire ainsi un principe constitutionnel. Tout le reste ne vient plus du texte, mais uniquement des concepts que le juge fait jouer entre eux.

Cette solution a été récemment réutilisée telle quelle à propos de la création des juges de proximité. Les dispositions garantissant leur indépendance relèvent ainsi également du domaine de la loi. Un seul ajout a été fait à la formulation de 1964, il ne s'agit plus seulement de l'indépendance, mais encore de la capacité³⁴⁰. Ne reposant, à notre connaissance, sur aucune disposition constitutionnelle, mais simplement encore sur ce qui est inhérent à la fonction juridictionnelle en démocratie (tout du moins dans la démocratie constitutionnelle européenne contemporaine), il doit encore appuyer notre idée d'une réflexion mimétique du juge. Cela dit, cette mention peut aussi être assez inconsciente, et entièrement déterminée par le problème que posait la juridiction de proximité aux yeux des requérants : confier des fonctions juridictionnelles à des personnes qui ne soient pas magistrats professionnels.

2) *Le recours à la hiérarchie des normes*

La question de la hiérarchie des normes est plus intéressante encore. Comme on l'a vu, l'indépendance de la justice, en ce qu'elle peut être invoquée directement par le justiciable, a un caractère hybride : une partie, la plus importante sans doute, du contentieux qui s'y rattache relève d'une application immédiate, dont le commentaire n'a d'intérêt que pour prévoir le sens des prochaines applications. La hiérarchie des normes, au contraire, est uniquement une théorie. Comme telle, et quoiqu'elle fasse partie du bagage obligé du juriste, elle n'est pas proclamée explicitement dans le texte constitutionnel. Cela ne doit d'ailleurs pas étonner, puisqu'elle est une construction scientifique développée pour rendre compte de la manière dont fonctionne le droit, et qu'elle est en quelque sorte inhérente aux systèmes juridiques dotés d'une constitution matérielle (à quoi bon, sinon, rassembler un certain nombre de normes dans un document particulier en rendant plus difficile leur modification ?).

Lorsque le Conseil constitutionnel s'y réfère, il utilise donc un outil scientifique pour en tirer des conséquences normatives. Cela lui permet de fonder des décisions qui ne pourraient pas

³⁴⁰ 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 12.

l'être autrement au seul regard du texte constitutionnel. Là encore, le procédé imitatif joue : l'interprète suppose que l'édifice constitutionnel ne tient qu'à condition de respecter certains principes si inhérents au droit que le constituant n'a pas pu faire autrement que de les avoir pris en compte. Cela ne va pas, souvent, sans leur donner un sens un peu particulier.

Pendant longtemps, le Conseil a exigé des règlements des assemblées qu'ils respectent non seulement la Constitution elle-même, mais encore les lois organiques et celles des lois ordinaires « nécessaires à la mise en place des institutions »³⁴¹, sans justifier autrement cette extension du champ des normes de référence. En 1992, il a modifié le considérant de principe en apportant cette justification qui manquait : le contrôle élargi est effectué « en raison des exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne »³⁴². Comme il en va habituellement, l'apparence d'évidence que se donne le Conseil en s'exprimant ainsi n'est pas pour aider le commentateur – quand elle ne l'intimide pas tout bonnement. Pourtant, les choses ne sont pas si simples. Si l'on reconstruit la conception que se fait le juge de la hiérarchie des normes d'après cette brève affirmation, on doit conclure qu'elle s'applique à un ordre juridique entièrement intégré, dans lequel apparemment toute norme doit être en conformité avec les normes qui se trouvent à un rang hiérarchique supérieur³⁴³.

Entendre ainsi la hiérarchie des normes, c'est pourtant faire d'un coup plusieurs pas qui ne vont pas de soi. Le concept paraît en effet si évident qu'il est rarement étudié pour lui-même : les ouvrages qui s'intéressent à la « hiérarchie des normes » entendent généralement décrire la façon dont différentes normes sont placées les unes par rapport aux autres. L'intérêt pratique se situe là : en cas de conflit entre deux normes, laquelle doit-elle céder le pas à l'autre ? Pour ce genre d'interrogations, il suffit de considérer la hiérarchie des normes comme la « structure du droit selon laquelle, et sous réserve de critères complémentaires, la valeur d'un acte est fonction de la place de son auteur dans l'organisation des pouvoirs publics »³⁴⁴. La question n'est pas la définition de cette

³⁴¹ Décision 66-28 DC du 8 juillet 1966, *Résolution tendant à modifier les articles 18, 42, 54 et 60 du règlement du Sénat et à compléter celui-ci par l'adjonction d'un article 21 bis*, cons. 2. Ce considérant est ensuite régulièrement repris (ainsi dans les décisions 69-37 DC et 77-86 DC).

³⁴² Décision 92-309 DC du 9 juin 1992, *Résolution modifiant l'article 47 bis du règlement du Sénat* (note L. Philip, RFDC, 1992, p. 752-754), cons. 5. À vrai dire, la hiérarchie des normes apparaît déjà dans une décision du début de la même année, mais sans être intégrée au considérant de principe ; c'est seulement à la fin du raisonnement que le Conseil l'évoque, en signalant que la disposition étudiée n'y contrevient pas (décision 91-301 DC du 15 janvier 1992, *Résolution rendant le règlement du Sénat conforme aux nouvelles dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958, relatif aux commissions d'enquête et de contrôle parlementaires et modifiant certains de ses articles en vue d'accroître l'efficacité des procédures en vigueur au Sénat*, cons. 3-8).

³⁴³ Michel Troper remarque le même type de sophisme que l'on va décrire à propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le raisonnement tenu par le juge Marshall à l'occasion de la décision *Marbury vs. Madison* (TROPER (Michel), *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, 294 p., p. 166-168)

³⁴⁴ DE VILLIERS (Michel), LE DIVELLEC (Armel), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2007 (6^e éd.), 351 p.,

expression, qui est à peine un concept en elle-même (tout au plus un constat³⁴⁵).

Quand on a dit « hiérarchie des normes », donc, on n'a encore rien dit, et l'on voit mal comment on pourrait en tirer des « exigences » qui lui seraient propres. Le problème qui se pose est en effet de savoir de quelle manière cette hiérarchisation fonctionne, et dans quel but. Kelsen est traditionnellement considéré comme l'inventeur de la notion ; outre cependant qu'il n'emploie pas ce terme (qui semble d'ailleurs assez spécifique à la langue française), sa *Stufenbaulehre* n'est pas exactement bâtie dans la même perspective. Celle-ci s'occupe en effet seulement, on le sait, de l'engendrement des normes. Il considère l'ordre juridique comme « une construction graduelle de différentes couches de normes juridiques », et ajoute quant à sa formation : « Son unité est établie par la connexité qui découle du fait que la validité d'une norme qui a été engendrée d'après une autre norme repose sur cette autre norme, dont l'engendrement à son tour est déterminée par une autre »³⁴⁶, jusqu'à arriver à la norme fondamentale. Dès lors, ce qui fait qu'une norme est supérieure à une autre, c'est seulement le fait qu'elle soit son fondement de validité³⁴⁷. Mais cette position, purement descriptive, ne semble pas devoir avoir d'autres conséquences : lorsqu'une norme est remise en cause, ou bien on peut en trouver une autre qui lui sert de fondement, et elle est valide, ou bien on ne le peut pas, et elle ne l'est pas ; c'est tout autre chose que de prétendre que, si elle se trouve en contradiction (ou simplement, pas en une harmonie complète) avec une autre, et que cette autre relève d'un rang supérieur, elle devra nécessairement s'effacer. Rien n'est dit, donc, des rapports de biais qui peuvent exister entre des normes, c'est-à-dire entre deux normes dont aucune n'a besoin de l'autre pour trouver son fondement de validité. C'est précisément notre cas, puisque les règlements des assemblées sont pris immédiatement d'après la Constitution, sans qu'on voit donc pourquoi ils devraient en plus respecter des lois organiques, voire des dispositions législatives ordinaires, prises sur le même fondement. Quant à ces dernières en effet, il est certain que c'est le même organe qui les prend ; et quant aux lois organiques, si la doctrine leur accorde généralement spontanément un rang supérieur à la loi ordinaire sur le fondement de la procédure légèrement plus solennelle qui les entoure³⁴⁸, rien dans la Constitution ne justifie cela (et à ce compte, les lois de

p. 160.

³⁴⁵ Il est à ce propos remarquable que le terme ne constitue pas une entrée dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, mais donne seulement lieu à un renvoi vers les articles « norme », « ordre » et « système ».

³⁴⁶ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 228 (« Die Rechtsordnung ist [...] ein Stufenbau verschiedener Schichten von Rechtsnormen. Ihre Einheit ist durch den Zusammenhang hergestellt, der sich daraus ergibt, daß die Geltung einer Norm, die gemäß einer anderen Norm erzeugt wurde, auf dieser anderen Norm beruht, deren Erzeugung wieder durch andere bestimmt ist »).

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 197 (« Wie erwähnt, ist die Norm, die den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, dieser gegenüber eine höhere Norm »).

³⁴⁸ DE VILLIERS, LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, p. 160.

finances devraient aussi s'imposer face aux lois ordinaires³⁴⁹).

On oserait à peine rappeler que Kelsen identifie deux modalités d'engendrement pour le droit, l'engendrement statique et l'engendrement dynamique, si cette distinction ne nous paraissait pas offrir les moyens de comprendre les raccourcis empruntés par le Conseil constitutionnel dans la jurisprudence que nous étudions. Le concept de hiérarchie des normes qu'utilise le Conseil semble en effet être le résultat d'une confusion entre ces deux modalités, alors que les systèmes modernes de droit reposent en général sur le modèle dynamique. Certes, lorsque les droits fondamentaux sont en cause, ce dernier se trouve mêlé d'éléments matériels qui peuvent faire penser à l'engendrement statique des normes. Pourtant, la condition essentielle n'en est pas remplie : les normes inférieures doivent bien être matériellement conformes aux normes supérieures, mais ce n'est pas pour autant qu'ils sont logiquement déduits de ceux-ci, ce qui est précisément la définition du système statique³⁵⁰. Or seule cette idée de déduction logique pourrait justifier le présupposé d'un système entièrement cohérent, tel sur lequel s'appuie nécessairement le Conseil pour affirmer que les exigences propres à la hiérarchie des normes imposent de contrôler les règlements des assemblées non seulement par rapport à la Constitution (par rapport, donc, à la norme dont ils tirent leur validité), mais aussi par rapport aux lois organiques et à certaines lois ordinaires.

En conséquence, lorsque le Conseil mentionne comme des évidences ces exigences propres à la hiérarchie des normes, il s'appuie en fait sur un concept qu'il développe au même moment en mêlant les dimensions statique et dynamique, concept où paraît prédominer l'élément statique puisque l'idée d'un ordre entièrement cohérent suppose une norme matérielle fondamentale dont on puisse logiquement déduire les autres : le droit est conçu non pas comme un cadre, mais comme une direction. Ce qui peut parfois mettre le juge lui-même en porte-à-faux, s'il a mal prévu les conséquences d'une déclaration de conformité³⁵¹.

En considérant l'une des dernières décisions où ce principe a été employé, on mesure à quel

³⁴⁹ Quoique la question, on en convient, ne puisse normalement pas se poser, puisque la spécificité des lois de finances relèvent précisément de leur matière, ce qui doit empêcher une contradiction avec une autre loi. Si le cas se présentait, cependant, on ne voit pas comment résoudre le problème.

³⁵⁰ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 198-200.

³⁵¹ Ainsi du raisonnement fragile par lequel il refuse d'appliquer au Gouvernement des dispositions des règlements des assemblées, au prétexte que ceux-ci n'ont pas valeur constitutionnelle (décision 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, cons. 4). Cependant, comme le remarquent P. Avril et J. Gicquel dans leur note (*Pouvoirs*, 55, 1990, p. 206), il méconnaît l'édifice qu'il a lui-même bâti et qui fait des règlements les applications directes et donc les interprétations conformes de la constitution (ce qui justifie par ailleurs le contrôle de ces règlements au regard des lois organiques).

point, d'ailleurs, cette cohérence peut se nicher dans le détail : lorsque l'Assemblée nationale a modifié son règlement pour rendre possible la co-présidence paritaire des groupes parlementaires, le Conseil a censuré cette réforme en se fondant d'abord sur les atteintes au principe d'égalité, mais a relevé également l'incompatibilité des nouvelles dispositions avec la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution³⁵². L'argument paraît si léger qu'on ose à peine le répéter : parce que la loi organique parle toujours du président de groupe au singulier, il interdirait de prévoir une co-présidence. Outre la remarque de C. Girard (à ce compte, puisqu'elle l'évoque au masculin, elle interdit également qu'une femme soit élue présidente d'un groupe parlementaire³⁵³), le raisonnement lui-même repose sur un sophisme : puisque le législateur est toujours situé (dans le temps et l'espace), il ne peut parler qu'à partir de sa situation ; puisque l'évidence, pour lui, était qu'il n'y a qu'un président par groupe, il ne pouvait même pas envisager d'apporter une précision ouvrant la possibilité à une co-présidence – simplement parce que ce n'était pas le sujet alors. Le lexique de la linguistique peut nous aider à expliquer cela autrement : dans l'article 1^{er} de cette loi organique, par exemple (les propositions de résolution « peuvent également être déposées au nom d'un groupe par son président »), le rhème, c'est-à-dire l'élément nouveau de la phrase apporté par le locuteur au propos déjà connu, est la capacité reconnue au président de groupe de déposer une proposition de résolution ; mais le fait d'utiliser le terme « président » au singulier relève du thème, c'est-à-dire de l'élément censé déjà connu par les participants au processus de communication. À l'époque où le législateur se prononce, en effet, la situation est telle que, pour la décrire, il n'est pas besoin d'employer autre chose que le singulier. Faire de ce thème, donc d'un simple présupposé, une intention est à coup sûr renverser l'idée même de communication. En ce sens, la solution retenue par le Conseil est tout à fait contestable du point de vue linguistique (sans compter que l'on aurait sans doute pu, sans trop de dégâts, régler la contradiction au moyen des principes *lex specialis* et *lex posterior*), et révèle en fait plutôt cette idéologie d'un ordre strictement cohérent, y compris en dépit du bon sens. Elle permet également d'articuler celle-ci avec le principe d'interprétation restrictive de la constitution que nous avons évoqué en passant à propos de la décision 59-2 DC : le Conseil refuse d'accepter cette modification du règlement car il veut voir dans la norme de référence un énoncé qui guide entièrement les textes réputés inférieurs, sans accepter une marge de liberté acceptable (ici, par exemple, de considérer que, la loi organique ne prenant pas en compte cette question de la co-présidence, sa lettre ne s'y opposait pas).

En 1959, c'est cette méthode qui l'avait conduit à censurer certaines dispositions du

³⁵² Décision 2013-664 DC du 28 février 2013, *Résolution tendant à modifier le Règlement de l'Assemblée nationale afin d'instaurer la faculté, pour les groupes politiques, de se doter d'une coprésidence paritaire*, cons. 6.

³⁵³ GIRARD (Charlotte), « Parité à l'Assemblée nationale : Le Conseil constitutionnel refuse la coprésidence paritaire des groupes politiques » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 mars 2013.

règlement de l'Assemblée nationale : contrairement à ce qu'affirmait le Conseil à l'époque, les articles du règlement qui prévoyaient la possibilité pour l'Assemblée des résolutions ne s'opposaient pas à la lettre de la Constitution, puisque celle-ci n'évoque pas ce point. Elles n'allaient donc pas contre la lettre du texte, mais peut-être en revanche contre son négatif (au sens photographique) de ce texte, c'est-à-dire contre ce qu'on peut établir comme une volonté *a contrario* du constituant. Si celui-ci n'a pas évoqué les résolutions, tel le raisonnement du Conseil, c'est qu'il n'a pas voulu qu'elles puissent faire partie du système juridique de la Ve République³⁵⁴.

Cette interprétation peut être qualifiée de restrictive en ce qu'elle suppose que le constituant, au moment d'écrire la constitution, a entendu contrôler par avance tous les actes des organes qu'il instituait³⁵⁵. Seuls seraient valides ceux qui utilisent les formes prévues par lui. Cette position aussi implique que la constitution n'est pas conçue comme le cadre à l'intérieur duquel des faits deviennent des actes juridiques reconnus comme tels dans le système qu'elle met en place, mais comme un ensemble de directives duquel on ne peut pas s'écarter. Le droit, en général, est alors conçu comme une succession de commandements à remplir. Il se trouve qu'une telle conception renvoie encore au présupposé de l'auteur : pour qu'il y ait ordre, il faut en effet quelqu'un qui ordonne. Il n'est pas possible alors, contrairement à l'idée dans laquelle le droit est une pure répartition, de considérer la norme comme un texte donnant seulement l'aune à partir de laquelle le juge pourra effectuer cette répartition. Il nous semble que, d'une certaine façon, en étendant aux lois organiques ainsi qu'à certaines lois ordinaires le champ des normes auxquelles doivent se conformer les règlements des assemblées, le Conseil fait un usage voisin du même présupposé – fondamentalement, le présupposé d'un ordre juridique comme la réalisation exacte du modèle pensé par le constituant.

³⁵⁴ « En condamnant cette manière de raisonner, le Conseil constitutionnel paraît admettre implicitement que ce que n'est pas permis et organisé dans la Constitution doit être réputé interdit » (HAMON (Léo), note sous 59-2 DC, *Dalloz*, 1959, p. 502-507, p. 506 ; doutant par ailleurs de la viabilité à long terme d'une position si rigoureuse, p. 507). Sur la question de l'interprétation restrictive de ces dispositions, voir encore DE CACQUERAY (Sophie), *Le Conseil constitutionnel et les Règlements des Assemblées*, Paris – Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, 465 p., notamment p. 90 sq., p. 192 sq..

³⁵⁵ On trouve par la suite d'autres exemples de cette interprétation restrictive. En plus des rapports entre les parlementaires et le Gouvernement que nous avons étudiés plus précisément (cf. *supra*), on peut signaler la décision 59-1 FNR : la distinction entre les domaines de la loi et du règlement est entendue de manière très stricte, appuyée certes sur le principe même de la compétence par principe du pouvoir réglementaire. Voir aussi la décision 71-46 DC (20 janvier 1972, *loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires*) : ce que la Constitution attribue au domaine de la loi organique est, *a contrario*, interdit au règlement de l'Assemblée nationale (cas de l'autorité chargée de veiller aux questions d'incompatibilités touchant les parlementaires).

Cette position s'exprime encore dans la jurisprudence, également évoquée plus haut, sur la compétence d'attribution du Conseil (Décision 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, *Demande d'avis présentée par le président de l'Assemblée nationale*, cons. 1-2), ou encore à propos de l'application de l'article 37 C (décision 67-44 L du 27 février 1967, *Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme*, cons. 1-2 : le Conseil exclut du champ de cet article les textes antérieurs au 4 octobre 1958, alors que la Constitution indique seulement que les textes postérieurs à cette date ne peuvent être déclassés que par cette procédure).

Remarquons enfin que cette conception restrictive touche également la hiérarchie des normes elle-même. Le Conseil en donne une lecture très rigoureuse au point de vue formel, mais uniquement formel. Les textes qui prétendent établir une forme de hiérarchie entre des normes de même niveau sont, dans sa jurisprudence, dénués de toute force. Ainsi, lorsqu'une loi prévoit a convocation préalable à toute réforme en matière bioéthique d'états généraux garantissant un débat public, elle ne lie pas pour autant le législateur et ne fonde pas l'inconstitutionnalité d'une loi ayant méconnu cette obligation, puisque les deux normes sont de même rang³⁵⁶. En résumé, alors que la supériorité formelle peut être enrichie d'une supériorité matérielle, une supériorité matérielle reste, à elle seule inefficace.

Tous les hypotextes que nous venons d'étudier avaient en commun, non seulement de ne concerner, contrairement à ce que nous avons vu auparavant, qu'une partie du texte constitutionnel, mais aussi d'être implicites. En cela, la manière dont le juge les utilise reste encore assez proche de ceux qui s'étendent à l'ensemble de la constitution, car il s'agit là aussi de dégager une structure qui dépasse largement le texte constitutionnel, quoiqu'elle ne s'applique ensuite qu'à certains domaines.

Entre les deux juridictions, les points communs semblent, ici, l'emporter sur les différences. Ce n'était pas le cas pour l'imitation à petite échelle ; à grande échelle, en revanche, et pour des hypotextes implicites, les problématiques sont beaucoup plus proches, et l'on observe donc des comportements voisins. Dans les deux pays, le juge a recours à des hypotextes qu'il rattache, plus ou moins explicitement, à la volonté du constituant. Du strict point de vue du syllogisme juridique, une telle pratique ne serait pas sans poser problème, puisqu'elle semble confondre, notamment, prescription et description. Comme nous l'avons déjà signalé à plusieurs reprises, c'est cependant là précisément l'intérêt du procédé imitatif : dégageant l'hypotexte des présupposés prétendus nécessaires du texte ou du constituant, il permet d'intégrer les principes ainsi découverts à l'ensemble de l'ordre normatif. Ne reste plus, ensuite, qu'à les appliquer : les divers cas que nous avons étudiés montrent que ces nouveaux éléments du contrôle de constitutionnalité peuvent aussi bien, simplement, servir à contrôler les textes de rang non constitutionnel que, parfois, à rendre caduques des dispositions du texte constitutionnel.

Ces fonctions se retrouvent dans les hypotextes explicites, c'est-à-dire ceux que le juge découvre dans le texte constitutionnel lui-même et qu'il étend jusqu'à en faire des concepts à part entière. C'est vers eux que nous nous tournons désormais.

³⁵⁶ Décision 2013-674 DC du 1^{er} août 2013, *Loi sur la bioéthique* (note X. Bioy, *Constitutions*, 2013-3, p. 443-453), cons. 2-3.

Section 2 Les hypotextes constitutionnels explicites

Dans les développements qui précèdent, nous avons vu le juge français tenir tête, tant bien que mal, à son homologue allemand : il n'a certes pas la prétention de détenir un sens général de la constitution, ni le principe qui la guide en entier, mais recourt tout de même, sans que cela soit trop expliqué, au procédé mimétique lorsqu'il s'agit de dégager un sens au moins partiel de ses textes de référence.

En revanche, l'étude des hypotextes explicites rend très visible tout ce qui sépare les deux cours du point de vue du jeu avec ces textes. Contrairement au Conseil constitutionnel, le Bundesverfassungsgericht en fait en effet un très large usage. Il y a là en effet une continuité logique avec la position qu'il tient au regard de l'ensemble de la Loi fondamentale : puisqu'elle forme une unité de sens, il revient au juge de la découvrir, non pas seulement à l'échelle du texte entier, mais aussi dans des domaines plus restreints. Le juge allemand dispose pour ce faire, il faut le dire, d'un socle assez solide où s'appuyer. Comme le pouvoir exécutif, il est en effet lié dans sa fonction « à la loi et au droit »³⁵⁷. Il a interprété cette distinction faite par le texte comme une invitation à ne pas se contenter du texte de loi (au sens large qui comprend la constitution), mais de chercher derrière lui le droit comme une idée qui existerait en soi et dont le texte serait la manifestation imparfaite :

Dans certaines circonstances, il peut exister, en face des postulats positifs de la puissance étatique, un surplus de droit [*Recht*], lequel trouve sa source dans l'ordre juridique constitutionnel lorsqu'il est conçu comme un tout pourvu d'un sens, et peut agir comme correctif par rapport à la loi [*Gesetz*] écrite ; c'est la tâche de la jurisprudence de le découvrir et de le réaliser dans des décisions³⁵⁸.

Ainsi armé, il peut en toute bonne conscience rechercher le sens qu'a telle disposition en soi, ou tel ensemble de dispositions. En effet, chacune doit pouvoir, seule, être développée en harmonie avec ce cadre général (§ 1), ou au moins, mise en combinaison avec d'autres, former un sous-ensemble doté d'un sens propre (§ 2).

³⁵⁷ Art. 20, al. 3 GG (« die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden »).

³⁵⁸ BVerfGE 34, 269, 287 (« Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung »).

§ 1 Le développement de dispositions isolées

À partir du moment où une disposition n'est censée se trouver dans le document constitutionnel que parce qu'elle est l'expression du but plus haut que visait le constituant, le juge peut se prétendre autorisé à interpréter le texte non pas tant d'après la première impression qu'il donne que d'après le sens qu'il doit prendre, en soi, dans l'ensemble du système dont il fait partie. Cela lui permet aussi bien de protéger plus complètement cet élément, que de lui imposer des limites qu'il ne trouverait pas toujours dans le texte.

Nous distinguerons donc les manifestations de cette pratique selon la fonction principale qui s'y rattache. D'une part, une fonction de modulation et d'expansion internes, lorsque le juge cherche à donner plus d'ampleur à la disposition qu'il interprète (a). D'autre part, une fonction d'articulation avec d'autres dispositions du texte constitutionnel, tournée donc vers l'extérieur (b). La comparaison avec les concepts ou pratiques françaises qui nous semblent le plus proches fera voir le fossé qui, ici, existe encore entre la France et l'Allemagne (c).

a. Expansion et modulation des concepts

Le Bundesverfassungsgericht donne à de très nombreux droits fondamentaux la qualification de « décision de valeur » (*Wertscheidung*)³⁵⁹ ; il reconnaît parfois, plus particulièrement, des « normes de principe ayant valeur de décision axiologique » (*wertentscheidende Grundsatznormen*)³⁶⁰. Dans ces deux cas, il fait d'un principe protégé par la Loi fondamentale une forme d'unité de sens en soi, qui se rattache à des visées plus profonde (le but général du *Grundgesetz*) et se déploie aussi en d'éventuels sous-principes.

Ce statut particulier permet la redéfinition de leur périmètre d'action de deux manières : leur caractère objectif fait qu'ils s'imposent directement à toutes les autorités (1), le complexe axiologique qu'ils représentent étend leur champ d'application et offre en même temps l'occasion de moduler leurs effets (2).

1) Des décisions « objectives »

L'apparition même du concept de *wertentscheidende Grundsatznorm* s'explique par la

³⁵⁹ Cf. DETJEN (Joachim), *Die Wertordnung des Grundgesetzes*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, 439 p.

³⁶⁰ Vu l'élégance de la traduction française, on nous pardonnera d'utiliser à l'avenir uniquement le terme allemand.

nécessité ressentie par le juge de dépasser la compréhension traditionnelle des droits fondamentaux comme droits de protection contre l'État. À cette fonction négative, le juge s'efforce d'ajouter une fonction positive. Elle lui permet, par exemple, de résoudre la question portant sur la marge d'appréciation laissée au législateur dans l'établissement de l'assiette de l'impôt : un couple marié avait contesté l'impôt auquel il était soumis, la déclaration commune faisant peser sur eux des charges plus lourdes que deux déclarations séparées (que l'administration fiscale ne voulait pas admettre). Il fallait en conséquence savoir si on pouvait se fonder sur la « protection particulière » accordée aux conjoints et à la famille par l'art. 6 al. 1 GG pour contester cette inégalité de traitement.

Une interprétation traditionnelle de ce principe, que ce soit comme droit de protection ou comme institution, ne suffisait pas à cela : dans les deux cas, il interdit seulement de porter atteinte à la famille ou au mariage, ce à quoi (faut-il conclure, même si le tribunal reste muet sur ce point) ne suffit pas une telle inégalité devant l'impôt³⁶¹. Le juge considère donc que le sens de l'art. 6 al. 1 GG « ne s'épuise pas dans ces fonctions », et développe donc une troisième manière de comprendre cette disposition qui

remplit plusieurs fonctions liées entre elles et se mêlant les unes aux autres. La tâche de la jurisprudence est de déployer les différentes fonctions d'une norme constitutionnelle [...].

Une interprétation de l'art. 6, al. 1 GG d'après ce principe montre qu'il ne contient pas seulement une reconnaissance, ni n'agit donc seulement comme la protection d'une institution, mais représente, par delà, une *Grundsatznorm*, c'est-à-dire une décision axiologique (*Wertentscheidung*) contraignante pour tout le domaine du des droits privé et public concernant le mariage et la famille³⁶²

Ce qu'apporte de neuf le concept en question, c'est de permettre, en le considérant non pas seulement comme un droit subjectif attaché à l'individu, mais comme une décision entière de la constitution sur une forme de société, d'en étendre l'application bien au delà de l'interprétation traditionnelle. En l'espèce, le législateur se voyait contraint, dans la mise en œuvre du principe d'égalité, de prendre en compte cette protection particulière accordée au mariage.

On voit ici à l'œuvre ce qui peu de temps après, dans le Lüth-Urteil déjà évoqué, est rattaché à la *Wertordnung* de la Loi fondamentale : un caractère objectif qui permet la *Drittwirkung* du droit constitutionnel (sa prise en compte par toutes les autorités, y compris pour interpréter des normes

³⁶¹ BVerfGE 6, 55, 71-72.

³⁶² BVerfGE 6, 55, 72 (« ... erfüllt Art. 6 Abs. 1 GG mehrere Funktionen, die miteinander verbunden sind und ineinander übergehen. Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung ist es, die verschiedenen Funktionen einer Verfassungsnorm [...] zu erschließen. [...]

Eine Interpretation von Art. 6 Abs. 1 GG nach diesem Prinzip zeigt, daß er nicht nur ein Bekenntnis enthält und als Institutsgarantie wirkt, sondern darüber hinaus zugleich eine Grundsatznorm darstellt, das heißt eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts »).

relevant d'autres champs du droit)³⁶³.

C'est ainsi qu'outre la question de l'imposition³⁶⁴, l'art. 6 al. 1 conçu comme une *wertentscheidende Grundsatznorm* oblige l'administration à prendre particulièrement en compte, lorsqu'elle veut expulser un étranger du territoire allemand, l'intérêt du conjoint allemand de poursuivre la vie conjugale sur le sol natal³⁶⁵.

Ce caractère objectif des *wertentscheidende Grundsatznormen* a également été souligné à propos des deux autres dispositions concernées par le concept. Dans le cas de la liberté de l'enseignement, d'abord : la norme de principe que contient l'art. 5, al. 3 GG ne se conçoit pas uniquement comme une défense de l'État de porter atteinte à la liberté des professeurs d'université, mais aussi comme une obligation positive. Dans la formulation du tribunal, on retrouve la même gradation que dans le cas du mariage :

Cette décision axiologique ne signifie pas seulement le refus de toute immixtion étatique dans le domaine de la science décrit plus haut ; bien plus, elle inclut l'engagement de l'État qui se conçoit comme un État de culture en faveur de l'idée d'une science libre, ainsi que la participation de celui-ci à la réalisation de cette idée, et l'oblige à orienter positivement son comportement d'après cela, c'est-à-dire de prévenir par la protection et l'encouragement que cette garantie de liberté soit vidée de son contenu³⁶⁶.

Le législateur doit donc organiser l'institution universitaire, notamment en ce qui concerne les élections qui y ont lieu et la participation de ses membres à l'administration, de manière à rendre cette liberté possible³⁶⁷.

La même obligation d'action se retrouve à propos de l'art. 2, al. 2 GG (droit à la vie et à l'intégrité corporelle ; protection de la liberté individuelle). Elle a été affirmée à propos de la première décision portant sur l'avortement : l'État est obligé de légiférer en matière pénale pour protéger le droit à la vie³⁶⁸. En tant que *wertentscheidende Grundsatznorm*, cet article a aussi une portée objective qui est le fondement d'une applicabilité étendue aux autres domaines du droit : en ce qui concerne la liberté individuelle, par exemple, l'utilisation de ce concept permet d'étendre la protection de celle-ci par le juge (art. 104 al. 2 GG) aux privations de liberté qui ne relèvent pas du

³⁶³ BVerfGE 7, 198, 205.

³⁶⁴ Voir encore les décisions BVerfGE 6, 386 ; 9, 237 ; 31, 58 par exemple.

³⁶⁵ BVerfGE 51, 386, 396-397.

³⁶⁶ BVerfGE 35, 79, 113 (« Diese Wertentscheidung bedeutet nicht nur die Absage an staatliche Eingriffe in den zuvor gekennzeichneten Eigenbereich der Wissenschaft; sie schließt vielmehr das Entstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten, d. h. schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen »).

³⁶⁷ Voir, en plus de cette décision et des autres prises en la matière (BVerfGE 43, 242 ; 111, 353 ; 127, 87), FEHLING (Michael), BK, art. 5, al. 3, Rn. 23-28.

³⁶⁸ BVerfGE 39, 1, 47.

droit pénal, et qui ne sont pas nécessairement mises en œuvre par l'État (ainsi de l'internement de majeurs sous tutelle)³⁶⁹.

2) *Extensions et modulations*

Cette expansion de la portée envers les autres domaines du droit s'accompagne d'une extension des situations protégées par la norme principielle ainsi dégagée. Le cas de l'application de l'art. 6, al. 1 GG à l'égalité devant l'impôt a montré que le juge dégagait une triple compréhension de la disposition constitutionnelle en cause : comme droit de protection contre l'État, comme institution et comme *wertentscheidende Grundsatznorm*. Ce schéma ternaire réapparaît lorsqu'il s'agit de délimiter le champ couvert par une disposition constitutionnelle.

Il y a là un intérêt particulier pour le juge : en passant du droit-protection à la *wertentscheidende Grundsatznorm*, il peut introduire une dimension axiologique et téléologique dans son raisonnement : non pas seulement protéger la famille contre l'État, mais protéger la famille telle que la concevait le constituant – y compris grâce à l'État et contre elle-même. C'est ainsi que le Bundesverfassungsgericht a jugé conforme à la Loi fondamentale les dispositions du BGB qui permettent à un mineur non orphelin désirant être adopté de demander au juge des tutelles, en cas de refus des parents biologiques, alors même que ceux-ci ont grossièrement négligé leurs devoirs envers cet enfant, d'accorder lui-même l'autorisation. Si l'on se contente de comprendre l'art. 6, al. 1-3 GG comme un droit-protection, il n'est pas possible de justifier cette disposition (l'al. 3 prévoit bien que l'enfant puisse être séparé de ses parents si ceux-ci manquent à leurs devoirs, mais le tribunal constitutionnel considère que l'adoption elle-même n'est pas concernée, puisqu'elle fait normalement suite à une séparation déjà accomplie³⁷⁰). En revanche, le pouvoir donné au juge d'accorder cette autorisation, dans la mesure où il est encadré par un certain nombre de garanties de fond et de forme et où il a pour but de rompre juridiquement un lien entre parents et enfant déjà rompu de fait par la négligence de ceux-là, « concorde avec la décision axiologique générale prononcée par l'art. 6 GG en faveur de la famille »³⁷¹. En effet, l'adoption doit permettre l'apparition d'une véritable vie de famille, ce qui n'était pas le cas dans la famille d'origine.

Dans le cas du séjour des étrangers en Allemagne, la tripartition est plus nette encore en ce qu'elle forme comme des cercles concentriques de protection de la vie familiale. La conséquence est

³⁶⁹ BVerfGE 10, 302, 322-324.

³⁷⁰ BVerfGE 24, 119, 139-142.

³⁷¹ *Ibid.*, 148.

double : la disposition constitutionnelle couvre un champ plus étendu, mais de manière plus mesurée.

La question s'est posée à propos des conjoints de travailleurs étrangers, qui ne pouvaient les rejoindre sur le territoire allemand qu'après trois ans de mariage. Le Bundesverfassungsgericht considère que si l'art. 6, al. 1 et 2 peut être appliqué, il ne donne pas automatiquement le droit au séjour permanent en Allemagne³⁷². Cependant, au-delà de cette application brute, l'interprétation de cette disposition comme *wertentscheidende Grundsatznorm* permet de dégager un devoir plus large de l'État de protéger et soutenir la famille³⁷³. Par conséquent, s'il n'y a pas de droit au séjour, il existe un droit à ce que les autorités, au moment de prendre leur décision, accordent un poids particulièrement important aux liens conjugaux et familiaux existants, sans se contenter de l'application automatique d'un standard³⁷⁴.

La tripartition est plus claire dans une décision un peu postérieure, où apparaît une sorte de considérant de principe régulièrement réutilisé depuis : « Ce n'est ni en tant qu'institution, ni en tant que droit-liberté que l'art. 6, al. 1 GG déploie une protection, en ce qui regarde le droit au séjour, à un étranger adulte adopté, mais comme une *wertentscheidende Grundsatznorm* »³⁷⁵. Le juge montre en effet que les deux premières manières de comprendre l'art. 6, al. 1 GG ne peuvent pas s'appliquer au cas d'un étranger majeur adopté, notamment parce qu'elles protègent la famille comme une communauté de vie et d'éducation : un enfant majeur, censé indépendant de ses parents, n'est pas protégé comme un mineur. Ainsi ne découle pas pour l'adopté majeur de droit au séjour en Allemagne. En revanche, comprise comme une *wertentscheidende Grundsatznorm*, cette disposition a des effets qui dépassent la conception stricte que nous venons d'évoquer : elle doit être prise en compte de manière plus générale par l'administration comme par les juges, en offrant la garantie que la situation concrète, et notamment la force des liens familiaux, sera examinée avec plus d'attention. Il y a donc, parallèlement, une extension du champ couvert par la disposition (elle s'applique à des situations non prises en compte lorsqu'elle est comprise comme une garantie ou un droit-protection) et une diminution de sa force (elle ne s'oppose pas frontalement à l'intervention de l'État, mais l'invite seulement à un examen plus attentif, prenant particulièrement en compte les liens familiaux) :

la « *wertentscheidende Grundsatznorm* » contenue dans l'art. 6, al. 1 GG, d'après laquelle l'État doit protéger et favoriser la famille [...] n'atteint certes pas le degré

³⁷² BVerfGE 76, 1, 47-47 notamment.

³⁷³ *Ibid.*, 49.

³⁷⁴ *Ibid.*, 49-70.

³⁷⁵ BVerfGE 80, 81, 92 (« Aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen entfaltet Art. 6 Abs. 1 GG für einen adoptierten erwachsenen Ausländer nicht als Institutsgarantie (a) oder als Freiheitsrecht (b), sondern als wertentscheidende Grundsatznorm (c) »).

de contrainte propre à l'institution ou au droit-liberté. Cependant, le devoir de protection de l'État qui l'oblige à prendre en compte les liens familiaux a un effet sur tout l'ordonnement juridique qui concerne la famille, qu'elle autorise une atteinte, donne un droit à prestation ou à participation, ou oblige à agir, tolérer ou s'abstenir d'intervenir³⁷⁶.

Ainsi, en l'espèce, la décision de refuser l'autorisation de séjour peut être examinée au regard de l'art. 6, al. 1 GG, sans pourtant que cet article conduise à une acceptation automatique de la demande, mais en imposant aux autorités compétentes de prendre en compte l'existence de ces liens familiaux dans la décision qu'elles prennent, en les mesurant, notamment, aux autres exigences, d'ordre public ou de politique générale de l'immigration par exemple, que comporte le sujet³⁷⁷.

En ce sens, il y a donc, concomitantes et inséparables, extension et modulation de l'art. 6, al. 1 GG, par rapport à une compréhension absolue des droits fondamentaux comme droits de protection contre l'intervention de l'État³⁷⁸.

Ce mouvement est caractéristique de l'outil que constituent les *wertentscheidende Grundsatznormen*, comme le prouverait également l'étude de celles qui ont été tirées par le juge, et que nous avons déjà signalées, des art. 5, al. 3 et 2, al. 2 GG. Pour le premier, par exemple, la liberté de l'enseignement se décompose en un droit-protection, qui s'exerce absolument et interdit une atteinte frontale portée par l'État, et en une obligation positive d'agir qui laisse une plus grande marge de manœuvre au législateur, pourvu que l'objectif soit atteint³⁷⁹ : le juge peut interdire une atteinte directe, mais ne peut pas obliger en plus le législateur à choisir une voie plutôt qu'une autre lorsque plusieurs sont possibles. Pour le deuxième, le fait de faire du droit à la vie une *wertentscheidende Grundsatznorm* permet d'en dégager aussi une obligation positive de protection incombant à l'État (ce que l'on a déjà signalé à propos de la première décision sur l'avortement). Cependant, cela va de pair avec une plus grande liberté laissée en la matière : on peut lui demander d'agir, mais pas lui imposer la manière de faire ; le juge, dans ce cas, se contente d'un contrôle de

³⁷⁶ *Ibid.*, 92-93 (« Die in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltene "wertentscheidende Grundsatznorm", nach welcher der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat (vgl. BVerfGE 6, 55 (72); 76, 1 (49); st. Rspr.), erreicht zwar nicht das Maß an Verbindlichkeit, das der Institutsgarantie oder dem Freiheitsrecht eigen ist. Der zur Berücksichtigung familiärer Bindungen verpflichtende Schutzauftrag des Staates wirkt jedoch auf die gesamte die Familie betreffende Rechtsordnung ein, mag sie zu Eingriffen ermächtigen, zu Leistung und Teilhabe berechtigen oder zum Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichten »).

³⁷⁷ *Ibid.*, 93.

³⁷⁸ Autre exemple, à propos de questions un peu différentes, dans la décision 2 BvR 612/12 du 28 février 2013 : la décision par laquelle le directeur d'un centre de détention a refusé à un détenu une permission de sortie pour aller voir son père mourant n'enfreint pas directement le droit à la vie familiale, mais méconnaît la *wertentscheidende Grundsatznorm* qui en découle et impose aux autorités de prendre particulièrement en compte les liens familiaux dans leurs décisions. Sa décision était donc inconstitutionnelle en ce qu'il n'a pas, en pesant les divers biens juridiques qui entraient en conflit, pris en compte à sa juste valeur la force des liens familiaux (voir notamment § 21).

³⁷⁹ BVerfGE 35, 79.

l'erreur manifeste (en soi, le fait pour le Gouvernement allemand d'accepter le stockage d'armes chimiques américaines sur son sol ne méconnaît pas cette obligation de protection – comme le prouve le fait qu'il n'y ait eu aucun accident ; on touche ici, certes, à une limite du raisonnement...³⁸⁰).

Enfin, quelques cas montrent que la compréhension comme *wertentscheidende Grundsatznorm* peut conduire à une redéfinition du champ d'application de l'article sans la contrepartie de modulation ; il semble cependant que l'on ait affaire à des exceptions dans le fonctionnement général de ce concept. Il en est ainsi de la décision par laquelle le Bundesverfassungsgericht a donné ce statut à la conception du mariage comme communauté de deux égaux³⁸¹. Dans ce cas, il ne s'agit pas de limiter l'application d'un droit fondamental, mais plutôt de se servir du caractère objectif qui lui est donné pour étendre le contrôle du juge constitutionnel ; pour cette raison, nous étudierons cet emploi particulier dans la deuxième partie de notre recherche.

Pour conclure, au moins provisoirement et sur ce point particulier, on peut avancer que le recours aux valeurs sert ici à affiner l'usage des dispositions constitutionnelles qui sont à la disposition du juge. L'idée même d'une décision axiologique suppose en effet, comme nous le voyons depuis le début de ce titre, que la constitution forme un ensemble cohérent, doté d'un sens. Une fois ce sens reconnu, il devient plus aisé de faire jouer entre elles les dispositions constitutionnelles, car ce ne sont pas tant des textes que le juge confronte que diverses manifestations d'un même tout nécessairement ordonné. À cet égard, on ne doit pas seulement rappeler les références faites à la dignité humaine dans les mêmes décisions qui établissent des *wertentscheidende Grundsatznormen* ; on doit aussi rappeler que cette catégorie est inventée pour rendre compte de l'exercice de droits où est en jeu la place de l'individu par rapport à l'État³⁸². Nous aurons l'occasion d'y revenir bientôt, en étudiant le *Menschenbild* dans la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht, mais on aperçoit ici déjà que les droits fondamentaux, pour le juge allemand, ne peuvent jamais être uniquement considérés comme servant à défendre un individu pur

³⁸⁰ BVerfGE 77, 170, 214-216.

³⁸¹ BVerfGE 128, 193, 207

³⁸² Voir dès la première utilisation, BVerfGE 6, 55, 72 : seule l'interprétation de l'art. 6, al. 1 GG comme une *wertentscheidende Grundsatznorm* « rend justice aux principes-guides de l'État de droit et de l'État social, ainsi qu'à la situation de cette norme dans la partie de la constitution consacrée aux droits fondamentaux (« Nur diese Deutung wird auch dem leitenden Prinzip des sozialen Rechtsstaats und der Einordnung der Norm in den Grundrechtsteil der Verfassung gerecht »).

de toute relation sociale contre l'État.

b. Effets sur le reste de l'ordre constitutionnel

La compréhension de dispositions constitutionnelles comme des principes manifestant l'appartenance à un ensemble plus vaste, et prenant comme tels un sens particulier, permet aussi de déterminer leur action vers l'extérieur. Ils peuvent en effet, à leur tour, servir de manière décisive pour déterminer le sens d'une disposition constitutionnelle (1) ou être utilisés afin d'articuler entre elles diverses exigences constitutionnelles (2).

1) Des principes transdisciplinaires

Des concepts comme le concept de démocratie servent au Bundesverfassungsgericht pour intervenir dans des domaines très variés du droit constitutionnel, et pas seulement là où on les aurait d'abord attendus. Cela ne doit certes pas étonner : en exposant l'importance fondamentale accordée par le juge à la *Wertordnung* de la Loi fondamentale, nous avons déjà signalé que l'une des fonctions de cette construction était une fonction d'identification : elle permet de séparer le bon grain de l'ivraie en matière de systèmes politiques. Nous avons déjà évoqué, à ce moment, la *freiheitlich demokratische Grundordnung* (fdGO) qui est la caractéristique de ce système de valeur. Cette expression, qui revient à plusieurs reprises dans le texte constitutionnel pour justifier des restrictions à des principes fondamentaux, se voit donc dotée d'un sens positif par le juge. Elle n'est pas seulement cette chose qui, mise en danger, justifie qu'on limite des droits garantis au niveau constitutionnel, mais elle est l'expression même de la *wehrhafte Demokratie*, c'est-à-dire de la démocratie qui, au contraire de celle de Weimar, doit pouvoir se défendre en se fondant sur une compréhension matérielle d'elle-même, sans se limiter à une conception formelle d'égalité dans l'accès au pouvoir³⁸³.

Ainsi, puisque la démocratie est comprise comme un système matériel et non pas seulement formel, elle produit des effets au-delà de la simple règle de prise de décision majoritaire. Cela se manifeste notamment au travers du domaine réservé à la loi en matière de droits fondamentaux (*Vorbehalt des Gesetzes*)³⁸⁴. La Loi fondamentale, contrairement à la Constitution de 1958 (dans

³⁸³ Point de vue soutenu notamment par G. Leibholz (« Freiheitliche demokratische Grundordnung und das Bonner Grundgesetz », DVBl, 8, 1951, p. 554 sq.), repris ensuite par le Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 2, 1), et toujours accepté aujourd'hui.

³⁸⁴ Sur toute cette question, voir BURKICZAK (Christian), « Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument des Grundrechtsschutzes », in EMMENEGGER (Sigrid), WIEDMANN (Ariane), dir., *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, t. 2, Berlin, Walter de Gruyter, 2011, 619 p., p. 129-149. La rapide présentation qui suit

l'interprétation que fait, pour sanctionner l'incompétence négative du législateur, le Conseil constitutionnel de l'art. 34 C), ne réserve pas expressément à la loi la protection des droits fondamentaux. Une disposition de ce type, présente dans le premier projet, n'avait pas été conservée. Pour fonder une réserve de compétence au profit du législateur, le juge allemand s'est donc appuyé sur les principes de démocratie et d'État de droit, à partir du moment où il a constaté que le respect des droits fondamentaux pouvait exiger une action positive de l'État. À ce moment, en effet, les réserves législatives (qui ne concernent que les restrictions que l'État peut apporter à l'exercice de telle ou telle liberté) ne suffisent plus, puisque sont concernés des droits si importants qu'on n'imaginait pas pouvoir leur porter atteinte, et qu'on n'avait donc pas prévu de mécanisme pour confier leur mise en œuvre à la seule représentation nationale. Lorsque, cependant, le juge constitutionnel considère qu'une abstention de l'État revient, en pratique, à remettre en causes ce genre de droits, il est amené également à déterminer l'organe qui les mettra en œuvre. Or,

dans le cadre d'une constitution propre à un État démocratique et parlementaire, ainsi que l'est la Loi fondamentale, on aura plutôt tendance à penser que la décision concernant toute question de principe qui touche immédiatement le citoyen doit être prise par la loi, sans même s'occuper du critère distinctif de « l'atteinte », couramment employé en pratique.³⁸⁵

En conséquence, les actions positives de l'État pour mettre en œuvre les droits fondamentaux doivent être confiées à la loi, qui bénéficie de l'onction démocratique et permet un débat plus large, par conséquent une meilleure prise en compte des intérêts antagonistes³⁸⁶. Cette position a été ensuite exprimée de manière encore plus concentrée (le principe de l'incompétence négative étant déduite du « système constitutionnel démocratique et d'État de droit »³⁸⁷) avant d'être reconnue par le tribunal de Karlsruhe comme une jurisprudence constante³⁸⁸.

La jurisprudence récente a fourni un exemple intéressant en étendant encore l'emprise de ce principe démocratique. Le devoir qu'a l'État de protéger la dignité humaine doit se traduire notamment par la création d'un revenu minimum d'existence ; c'est au législateur que revient cette tâche, ainsi que de déterminer le montant de ce revenu (le citoyen ne doit pas dépendre du bon vouloir de l'administration). Le domaine réservé à la loi était, d'après la jurisprudence que nous venons de citer, cette position, puisqu'il exige que les mesures mettant en œuvre les droits

s'appuie largement sur ces réflexions.

³⁸⁵ BVerfGE 40, 237, 249 (« Im Rahmen einer demokratisch-parlamentarischen Staatsverfassung, wie sie das Grundgesetz ist, liegt es näher anzunehmen, daß die Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen, durch Gesetz erfolgen muß, und zwar losgelöst von dem in der Praxis fließenden Abgrenzungsmerkmal des "Eingriffs" »).

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ BVerfGE 41, 251, 266.

³⁸⁸ BVerfGE 49, 89, 126.

fondamentaux soient confiées au même législateur³⁸⁹. Le juge ajoute à ces éléments connus un nouvel argument : les conséquences particulièrement importantes qu'a une telle question sur le budget de l'État rend également nécessaire l'intervention du législateur. Si le Bundesverfassungsgericht se contente, sans plus d'explication, d'affirmer que « de telles décisions doivent être réservées au législateur »³⁹⁰, C. Burkiczak explique ce postulat par une nouvelle application du principe démocratique³⁹¹.

Sans qu'il soit question d'une application à une autre discipline, mais plutôt d'un approfondissement, on peut également, pour montrer l'ampleur que prend le principe démocratique, comparer les décisions du juge allemand sur les seuils prévus par le législateur lors d'élections au scrutin proportionnel. La même barrière de 5 % des voix exigée pour pouvoir entrer dans la chambre élue peut en effet être conforme à la Loi fondamentale lors d'élections internes aux *Länder*, mais contraire à cette même Loi lorsqu'il s'agit des élections européennes. En effet, le principe démocratique exigeant une prise en compte stricte de l'égalité des votants, seul une raison particulièrement contraignante, telle le bon fonctionnement du Parlement, peut justifier des seuils d'accès à la représentation lors d'élections proportionnelles³⁹². Or, si cette circonstance de fait peut être remplie dans le cas d'élections au plan national, elle ne l'est pas, selon le Bundesverfassungsgericht, au plan européen : le fonctionnement et les pouvoirs du Parlement européen sont tels que celui-ci n'a pas besoin d'être protégé de l'afflux de groupuscules politiques pouvant ne compter qu'un ou deux députés, quand bien même ils n'auraient en vue que des intérêts pour le moins sectoriels³⁹³ (en appliquant aux résultats des élections tenues en 2009 les critères encore plus sévères – rejet d'un seuil de 3 % – retenus par le juge constitutionnel allemand dans sa décision 2 BvE 2/13 du 26 février 2014, la Tierschutzpartei [parti pour la protection des animaux] et la Rentner-Partei [parti des retraités] seraient entrées au Parlement européen³⁹⁴ ; de fait, en 2014, la Tierschutzpartei et le parti satirique Die PARTEI sont entrés au Parlement européen). En interdisant l'instauration de seuils, même très faibles, pour les élections européennes, le juge allemand refuse implicitement de considérer l'Union européenne comme une institution aussi démocratique que la

³⁸⁹ BVerfGE 125, 175, 223.

³⁹⁰ *Ibid.*, 224 (« Derartige Entscheidungen sind aber dem Gesetzgeber vorbehalten »).

³⁹¹ BURKICZAK, « Vorbehalt des Gesetzes », p. 145.

³⁹² Jurisprudence constante depuis BVerfGE 1, 208, 248-249 ; pour l'arrière-plan de cette conception et l'influence qu'a eue sur le Bundesverfassungsgericht l'expérience de Weimar, voir NENSTIEL (Jens), *Die Auswirkungen der Weimarer Wahlrechtsentwicklung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt (M.), Peter Lang, 1992, 310 p.

³⁹³ BVerfGE 129, 300 ; voir la note de S. Roßner, « Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht », NVwZ 2012, p. 22-25.

³⁹⁴ D'après zeit.de (<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2014-02/drei-prozent-huerde-bundesverfassungsgericht-europawahl-2014>).

République fédérale allemande, et digne comme telle de la même protection.

2) *l'articulation de diverses dispositions constitutionnelles*

L'articulation entre diverses dispositions constitutionnelles s'effectue parfois sur le fondement de ces principes qui ont une importance particulière aux yeux du juge.

Il en va d'abord ainsi des droits ou libertés dont il fait des décisions axiologiques. Cela ne sert pas seulement à leur donner une signification particulière, ce que nous avons déjà étudié, mais est aussi utile dans les situations où ils entrent en conflit avec d'autres normes constitutionnelles. Nous avons montré comment la protection de la famille était développée par le Bundesverfassungsgericht sous trois formes (droit-protection, institution, *wertentscheidende Grundsatznorm*) au champ d'action d'autant plus étendu que la protection accordée est moins absolue. La *wertentscheidende Grundsatznorm* représente le stade où celle-ci est la plus souple, puisqu'elle impose uniquement aux autorités de prendre en compte, au moment de leur décision, la situation familiale en cause. L'art. 6, al. 1 GG ne protège pas nécessairement le conjoint étranger d'un citoyen allemand de l'expulsion, puisqu'il n'empêche pas, en soi, la vie conjugale (qui peut se poursuivre à l'étranger) ; inversement, puisque le mariage demeure sous la protection de l'État, toute condamnation pénale ne peut pas s'accompagner automatiquement de l'expulsion de l'étranger marié à un Allemand (cela mettant tout de même en danger le mariage, au moins en ce qu'est restreinte la liberté qu'ont les époux de décider du lieu où ils veulent vivre). En conséquence, il faut pour justifier l'expulsion plus que la simple punition : ou bien un risque de récidive, ou bien la nécessité pour l'État de prévenir par l'exemple la commission de délits semblables par d'autres personnes dans la même situation. Et même lorsqu'une pondération a lieu entre ces éléments, il revient *a priori* au maintien au mariage une plus grande importance qu'à l'effet dissuasif de la sanction : la balance penchant dès l'abord d'un côté plutôt que de l'autre, le juge exige que le délit commis soit d'une certaine gravité pour justifier la mesure d'expulsion. Puisque tel est le cas en l'espèce, celle-ci peut être justifiée, à condition enfin que cette sanction respecte le principe de proportionnalité : l'expulsion étant limitée dans le temps, le juge considère qu'il est satisfait aussi à cette exigence³⁹⁵.

Ainsi, la protection de la vie conjugale conduit à un contrôle en plusieurs étapes, qui requiert à chaque fois de prouver le bien-fondé de l'atteinte qui va y être portée. Cependant, le simple fait d'accepter de confronter l'art. 6, 1 GG à des éléments auxquels n'est pas reconnue de valeur constitutionnelle (la question n'est pas abordée dans l'arrêt, alors même qu'il ne serait pas

³⁹⁵ BVerfGE 51, 386, 396-399.

impossible de proposer un raisonnement fondé sur la nécessité de protéger l'ordre public pour permettre l'exercice des libertés) montre que la fonction des *wertentscheidende Grundsatznorm* est également de permettre une conception plus souple des droits fondamentaux, confiée en grande partie au juge – à condition qu'il vérifie bien à chaque fois les circonstances concrètes de l'espèce pour vérifier la proportionnalité de la mesure prise³⁹⁶. Il en va de même pour d'autres occurrences du même concept (ainsi du droit à la vie, art. 2, al. 2 GG, imposant au législateur d'utiliser le droit pénal pour limiter l'exercice d'autres droits fondamentaux³⁹⁷).

Du point de vue de la simple compréhension des dispositions constitutionnelles (d'une articulation sans pondération entre plusieurs énoncés apparemment contradictoires), le recours à un principe matériel supposé au fondement de l'énoncé normatif est encore ce qui permet d'arriver à une solution que les techniques d'interprétation, à elles seules, ne suffiraient pas à justifier. La première utilisation, en 1952, du concept de fdGO en est un bon exemple³⁹⁸.

Le gouvernement avait engagé une protection d'interdiction de la Sozialistische Reichspartei (SRP), la considérant comme une résurgence du parti nazi. D'après la Loi fondamentale, un parti n'est contraire à la constitution que s'il « tend à porter atteinte à l'ordre libéral et démocratique » (art. 21, al. 2 GG) : le Bundesverfassungsgericht devait donc avant toute chose définir cette dernière notion, d'autant que la SRP prétendait que la Loi fondamentale admettait plusieurs types différents de fdGO. Au contraire, le juge constitutionnel prend soin de montrer, en se fondant sur le sens de la Loi fondamentale que nous avons déjà évoqué au chapitre précédent, que la fdGO constitue un ensemble matériel ferme de principes (notamment le respect des droits de l'homme, la souveraineté du peuple, la séparation des pouvoirs...³⁹⁹), dont on ne peut donc pas changer à loisir le contenu.

En attribuant au concept cette dimension matérielle, le Bundesverfassungsgericht peut également différencier deux dispositions qui, d'après ses propres dires, ne pourraient pas l'être par la seule application de techniques traditionnelles. L'art. 9, al. 2 GG permet en effet d'interdire les associations qui sont dirigées contre « l'ordre constitutionnel » ; or, les partis politiques sont des associations. Pour justifier qu'on ne leur applique que l'article 21, plus protecteur (la fdGO représente un noyau dur de principes, alors que « l'ordre constitutionnel », plus large, s'apparenterait

³⁹⁶ Pour cette dernière exigence, *ibid.*, 400.

³⁹⁷ BVerfGE 39, 1, 47.

³⁹⁸ BVerfGE 2, 1. Pour un commentaire complet de cette décision en ce qui regarde la fdGO, on peut se reporter à DENNINGER (Erhard), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Frankfurt (M.), Suhrkamp, 1977, 2 t., t.1.

³⁹⁹ BVerfGE 2, 1, 13. Pour cette définition, toujours en vigueur aujourd'hui et largement acceptée par la doctrine (ainsi que pour des références doctrinales plus précises), voir HENKE (Wilhelm), BK, 21, Rn. 51-52.

plutôt à une forme d'ordre public⁴⁰⁰), le juge se fonde sur l'interprétation axiologique qu'il vient de donner de la fdGO. C'est la place particulière des partis, donc la théorie politique dont ce concept est censé la manifestation dans le texte constitutionnel, qui justifie cela⁴⁰¹.

Dans ce cas, donc, alors que le recours à la lettre du texte ou à la logique ne permettait pas de résoudre la difficulté d'interprétation posée par la coexistence de deux normes, c'est le détour par le concept supposé au fondement des formules employées dans le texte constitutionnel qui permet de les articuler. Ce dernier exemple nous en dit autant sur l'insuffisance inhérente au canon traditionnel de l'interprétation que sur la grande liberté dont a joui le tribunal constitutionnel allemand dès sa naissance, du moment qu'il se fondait sur un ordre matériel de valeurs constituant une certaine forme de démocratie.

c. point d'étape et esquisses comparatistes

Ces études de cas portant sur la jurisprudence allemande font mesurer au juriste français ce qui sépare le Bundesverfassungsgericht du Conseil constitutionnel. Tous deux pouvaient fournir des exemples assez proches lorsqu'il s'agissait d'utiliser les présupposés du constituant sur la forme d'organisation politique prévue (ou prétendue telle) par la constitution. Lorsqu'il s'agit de considérer certains énoncés comme la manifestation de décisions axiologiques de plus grande ampleur, en revanche, la jurisprudence française ne semble pas proposer de procédé interprétatif aussi poussé que ce que l'on trouve en Allemagne.

Ainsi, nous avons vu que la Loi fondamentale, pour le juge allemand, exprime un ordre de valeurs qui est pour lui la véritable mesure à laquelle il rapporte les situations qu'on lui soumet. Cela se manifeste principalement par les références à cette *Wertordnung* elle-même, par la fondation de celle-ci sur la dignité humaine et enfin, on vient de le voir, par la référence à la fdGO comme ensemble de principes constituant la base matérielle de l'ordre juridique allemand. Dans la décision SRP évoquée à cet égard, le juge, comme nous le rappelions, dégage de cette expression, en le dérivant d'une visée politique qui la dépasserait, un ensemble de principes qui forment le noyau dur de l'ordre constitutionnel. Ainsi, même si ces principes n'étaient pas directement protégés par la Loi fondamentale, mais seulement indirectement (comme l'est, en France, l'indépendance de la justice, signalée seulement en ce que le président de la République doit la protéger), le juge allemand pourrait les déduire d'une disposition du texte constitutionnel, et leur donner en plus une position

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ BVerfGE 2, 1, 13.

particulière par rapport aux autres (puisque la première raison d'être de la fdGO est de permettre de restreindre l'exercice des droits fondamentaux, lorsqu'ils sont utilisés pour y porter atteinte). De la même manière, l'énoncé d'une *wertentscheidende Grundsatznorm* protégeant tel ou tel domaine de la vie humaine permet d'élargir le champ de la protection accordée ; c'est-à-dire, en fait, de découvrir de nouveaux droits fondamentaux, à qui certes n'est pas offert le même degré de protection qu'aux droits-protection énoncés de manière absolue (ou sous la seule réserve de n'en pas abuser) par la Loi fondamentale.

En France, apparemment, rien de tout cela. On ne voit pas le Conseil constitutionnel reconstruire l'ordre de valeurs de la Constitution pour justifier l'apparition d'un droit de l'homme qu'il ne pourrait pas rattacher directement à un texte, ni fonder les distinctions qu'il fait entre droits fondamentaux et objectifs de valeur constitutionnelle (qui pourraient être rapprochés des *wertentscheidende Grundsatznormen* au moins en ce qu'ils semblent être des droits fondamentaux un peu atténués) avec la même rigueur que son homologue allemand. Ces derniers forment en effet une catégorie pour le moins hétérogène, au point d'ailleurs que leur recensement, même, ne va pas de soi : alors que François Luchaire en dénombre onze, de contenus et d'origines fort variables⁴⁰², le Conseil, dans ses tables analytiques, n'en mentionne que dix – dont trois absents chez F. Luchaire⁴⁰³ (lequel en signale donc quatre que le Conseil ne compte pas⁴⁰⁴). Ce qui constitue la catégorie, d'après l'auteur, est la fonction de ces objectifs : ils servent en effet tous (mise à part l'accessibilité de la loi, qui justement selon lui ne devrait pas en faire partie) à limiter l'exercice d'autres droits fondamentaux⁴⁰⁵. On peut même faire un pas de plus, en ajoutant une distinction selon le fondement qui leur est trouvé.

Certains (la majorité de ceux reconnus par le Conseil) sont rattachés, dans les décisions où ils apparaissent, à des dispositions constitutionnelles précises : l'objectif de lutte contre la fraude fiscale, ainsi, découle de l'art. 13 DDHC⁴⁰⁶. D'autres, en revanche, ne peuvent être compris que de manière plus indirecte : la recherche des auteurs d'infraction ou la sauvegarde de l'ordre public constituent des objectifs à valeur constitutionnelle en ce qu'ils sont considérés comme indispensables à l'exercice des droits et libertés garantis par la Constitution⁴⁰⁷. À première vue, on

⁴⁰² LUCHAIRE (François), « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », RFDC, 64, 2005, p. 675-684.

⁴⁰³ Égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux, bon usage des deniers publics, bonne administration de la justice (ce dernier étant apparu après l'article de F. Luchaire).

⁴⁰⁴ Il s'agit des objectifs de santé publique, respect de la liberté d'autrui, prévention des atteintes à l'intégrité des personnes et de recherche d'une majorité stable pour administrer les collectivités territoriales.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 678-679.

⁴⁰⁶ Décision 99-424 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, cons. 52.

⁴⁰⁷ Décisions 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 4 (*Grandes décisions*, n° 46) et 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 2 (note L. Favoreu, RFDA, 1995, p. 1246).

retrouve ici quelque chose qui est assez proche de la situation allemande : les objectifs sont, ou bien tirés d'énoncés du texte constitutionnel à la manière des *wertentscheidende Grundsatznormen*, ou bien inhérents à l'idée même d'un ordre constitutionnel fondé sur les droits fondamentaux, comme ceux qui peuvent être tirés de la *Wertordnung* ou de la fdGO.

Pour ce qui est de ces derniers (recherche des auteurs d'infraction et sauvegarde de l'ordre public ; l'objectif d'équilibre de la Sécurité sociale ne paraît pas pouvoir être justifié même par ce moyen détourné), le Conseil ne peut cependant pas se livrer à une démonstration aussi complète que le Bundesverfassungsgericht. Or, puisque ces objectifs servent précisément à limiter l'exercice d'autres libertés, il prête ainsi le flanc à ceux qui l'accusent de décider plutôt selon son bon vouloir que selon le droit et d'accepter trop facilement ainsi les atteintes portées par le législateur aux libertés individuelles.

Pour ce qui regarde les objectifs découlant d'articles de la Constitution ou, ce qui est plus fréquent, de la Déclaration des droits de l'homme, la ressemblance est peut-être encore plus trompeuse. Le Conseil affirmant que ces objectifs « découlent » de telle ou telle disposition, et les utilisant ensuite pour limiter l'exercice d'autres droits, on pourrait penser qu'ils se rapprochent des *wertentscheidende Grundsatznormen*. Pourtant, leur utilisation semble plutôt inverse : dans le cas notamment du droit à un logement décent, par exemple, la qualification d'objectif paraît surtout être une manière pour le Conseil de concilier une application du texte qu'il ne peut pas refuser (à moins d'affirmer que le logement ne fait pas partie des « conditions nécessaires au développement » de l'individu) et une forme de répugnance à en faire une obligation positive pour le législateur et l'exécutif – obligation qu'il aurait d'ailleurs bien de la peine à faire mettre en œuvre. F. Luchaire fait d'ailleurs remarquer que ces objectifs ne servent jamais à une censure, mais seulement à justifier les atteintes à d'autres droits ou principes⁴⁰⁸. De ce point de vue, la qualification comme objectif de valeur constitutionnelle offre donc les avantages d'un droit fondamental (il permet une pondération) sans en avoir les inconvénients (il n'oblige pas à une action positive). Au contraire, nous avons vu les *wertentscheidende Grundsatznormen* établir une garantie de plus pour l'individu face à l'administration. Cette différence a aussi à voir avec la manière dont ces principes sont fondés par le juge : le Conseil constitutionnel pourrait tout à fait rattacher directement le droit au logement au Préambule de 1946, sans l'atténuer en en faisant un objectif – à la manière dont, d'habitude, il reconnaît par juxtaposition les principes fondamentaux. La notion d'objectif de valeur constitutionnelle (contrairement au juge allemand, qui ne saurait étendre autrement le champ de l'art. 6, al. 1 GG), dans ce cas, n'est pas tant une nécessité interprétative qu'une facilité

⁴⁰⁸ LUCHAIRE, « objectif de valeur constitutionnelle », p. 678.

institutionnelle.

Un autre angle d'approche, enfin, pourrait justifier sur ce point un rapprochement. Il s'agit de la notion de « principe matriciel » inventée par B. Mathieu afin d'offrir au juge les moyens de compléter un texte trop ancien pour prendre en compte les nouvelles situations auxquelles se trouve confronté le Conseil constitutionnel⁴⁰⁹. Le mouvement décrit paraît essentiellement mimétique, et proche en cela de la façon de faire du juge allemand : il s'agit de découvrir, à partir du texte constitutionnel, des principes en quelque sorte surplombant, desquels découlent ensuite d'autres principes plus précis. Ainsi, on peut à la fois étoffer le catalogue des droits fondamentaux et lui conserver un minimum d'ordre – c'est-à-dire, surtout, justifier la présence de ces nouveaux droits en les rattachant à une unité axiologique.

Cette approche pose cependant plusieurs problèmes. Le principal est que, si elle est devenue souvent une sorte de lieu commun en doctrine, elle n'a pas reçu de confirmation du juge. Cela nous semble justement révéler la différence fondamentale entre le Conseil constitutionnel et le tribunal constitutionnel fédéral : le premier, contrairement au second, ne semble pas, du moins dans les décisions, considérer des développements quasi scientifiques comme un fondement suffisamment stable. La dignité humaine, qui est à l'origine des réflexions de B. Mathieu, ne semble pas pouvoir offrir la source espérée : son utilisation demeure assez restreinte (principalement aux champs de la bioéthique et de la détention), contrairement à l'effet rayonnant qui lui serait attribué dans un système de principes matriciels. Par ailleurs, le concept ne semble pas si clair : il s'agit tantôt de trouver un rattachement textuel aux principes utilisés par le Conseil constitutionnel (ainsi de la liberté individuelle), tantôt de principes implicites découverts dans l'ensemble d'un texte (ainsi de la sécurité juridique rattachée, sans plus de précisions, à la DDHC)⁴¹⁰. Dans le premier cas, on voit mal la différence avec ce que fait d'habitude le Conseil constitutionnel – sans doute faut-il donc simplement y déceler une façon d'étendre le champ des dispositions concernées⁴¹¹. Quant au second, il ne semble pas mis en œuvre par le Conseil.

Ce seul point d'accroche écarté, on ne doit donc pas accorder la même importance au procédé mimétique dans la jurisprudence du juge français. Entendu, bien sûr, qu'on ne s'occupe pas de la réflexion qui peut, en réalité, guider les juges : qu'il soit fait, lors des délibérations, usage de

⁴⁰⁹ MATHIEU (Bertrand), « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chron., p. 211.

⁴¹⁰ D'autres auteurs retiennent même surtout du concept qu'il concerne les principes plus fondamentaux que d'autres : PICARD (Etienne), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6.

⁴¹¹ C'est ainsi que certains comprennent en tout cas le concept. Voir ainsi, à propos de l'art. 66 C, MARINO (Laure), « Protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée », *D.*, 2000, p. 265.

réflexions sur ce que l'unité axiologique profonde de la Constitution est possible, mais demeure en dehors de notre champ de recherche, constitué du discours visible à l'extérieur. Or, pour ce qui concerne les droits fondamentaux, la doctrine s'accorde sur le caractère pragmatique qui domine la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

À vrai dire, on pourrait trouver quelques cas d'espèce qui relèvent bien d'une forme de mimétisme proche de la façon de faire du juge allemand. Lorsqu'une disposition du texte constitutionnel est interprétée comme si elle renfermait, à elle seule, toute une institution de droit, c'est-à-dire un ensemble d'éléments inséparables d'elle et qui doivent donc être également respectés. C'est en ce sens, à notre avis, qu'il faut comprendre certaines invocations à l'intention du constituant, notamment dans les questions regardant les rapports avec l'Union européenne.

Dans sa décision sur le traité établissant une constitution pour l'Europe, le Conseil cite l'article 88-1 C en affirmant que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »⁴¹². On voit bien, ici, que la référence au constituant est purement rhétorique : on pourrait aussi bien lui substituer « la Constitution », voire tourner la phrase au passif en omettant tout complément d'agent, que la force de conviction du raisonnement n'y perdrait, ni n'y gagnerait, rien. En effet, ce qui porte un sens en l'espèce, c'est l'Union européenne elle-même, comme institution de droit dotée de ses propres principes structurants. C'est dès lors le but de participation à l'Union européenne et de réussite de celle-ci qui justifie qu'on interprète la Constitution comme affirmant en général la primauté du droit européen, et l'intention du constituant n'a rien à voir là-dedans (elle se justifie sans doute seulement par la proximité temporelle de la révision constitutionnelle ayant introduit l'article 88-1). Preuve en est le renvoi, deux considérants plus loin, à d'autres décisions qui, sans dire un mot de celui-ci, tirent du même article 88-1 de la Constitution les mêmes conséquences sur la primauté du droit européen⁴¹³. Ici, il y a bien une forme de raisonnement mimétique, puisque l'on passe par un concept dont on tire ensuite les conséquences : l'idée même d'Union européenne entraîne nécessairement celle de la primauté de son droit. Ce n'est pas pour autant que la référence au constituant est entièrement oisive : elle doit en effet participer à persuader le lecteur, non pas tant du point de vue rigoureusement rationnel que par l'impression d'autorité qu'elle dégage. C'est en tout

⁴¹² Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 11 ; considérant repris dans les décisions 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, cons. 7, et 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, cons. 8.

⁴¹³ Il s'agit notamment de la décision *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* et de son célèbre considérant 7 (décision 2004-496 DC du 10 juin 2004).

cas ce qu'on peut conclure précisément du caractère factice de cette évocation.

Cependant, cette pratique n'est pas fréquente, et semble plutôt liée au cas d'espèce et à l'objet particulier que constitue l'Union européenne. Au contraire, la parité, dont on aurait aisément pu faire, également, une institution devant être largement développée, est interprétée de façon plutôt restrictive par le Conseil, contraignant le constituant à de nouvelles révisions constitutionnelles.

Enfin, on peut prendre le problème par l'autre bout, et observer comment le Conseil agit dans des situations semblables à celles que rencontre le Bundesverfassungsgericht. On a vu qu'en matière de séjour des étrangers et de protection de la famille, le juge allemand étend la disposition constitutionnelle au moyen d'une *wertentscheidende Grundsatznorm* aux cas que le texte constitutionnel, selon lui, ne couvre pas. Ainsi, les décisions d'expulsion comme celle regardant le regroupement familial doivent faire l'objet d'un contrôle accru de la part de l'administration et de la justice, contraintes toutes deux d'examiner le poids de la relation familiale avant de décider.

Son homologue cisrhénan ne passe pas par le même luxe de distinctions, mais aboutit, en fin de compte, à un contrôle assez semblable. Le Conseil constitutionnel comprend en effet de manière concrète le droit à mener une vie familiale normale : elle permet de suppléer le fait « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national » ; en revanche, elle-même peut être pondérée dans un but de sauvegarde de l'ordre public, ce qui permet au législateur de refuser aux étrangers menaçant l'ordre public la délivrance de plein droit d'un titre de séjour pour raisons familiales⁴¹⁴. Une telle disposition, en effet, n'empêche pas par elle-même la vie de famille en ce qu'elle ouvre seulement à l'administration une marge de manœuvre dont elle ne disposait pas par ailleurs, sans l'ôter pour autant au contrôle du juge administratif. La finesse du contrôle mis en œuvre par le Conseil apparaît, dans la même décision, à propos de l'article par lequel le législateur entendait soumettre également le renouvellement de la carte de résident à l'absence de menace pour l'ordre public. Sur le même fondement, le droit à mener une vie familiale normale, le juge cette fois censure. La carte de résident présuppose en effet un séjour de longue durée, laissant donc présumer que le bénéficiaire a, pour de bon, sa vie en France. En conséquence, la simple menace à l'ordre public est insuffisante à justifier l'ampleur de l'atteinte portée à la vie familiale et privée de l'individu en cause⁴¹⁵. À vie familiale mieux ancrée, protection plus assurée ; on peut en conclure qu'il faudrait, en proportion, une menace plus grave pour y porter atteinte. De fait, l'un des éléments

⁴¹⁴ Décision 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* (note F. Julien-Laferrière, AJDA, 1997, p. 524), cons. 36.

⁴¹⁵ *Ibid.*, cons. 45.

qui conforte le Conseil dans sa solution est la possibilité qu'a l'administration de retirer son titre de séjour à un étranger représentant une menace grave pour l'ordre public⁴¹⁶.

La jurisprudence s'est ensuite développée en suivant ce premier fil tracé : le Conseil se préoccupe de la réalité de l'atteinte portée au droit à la vie familiale, au regard aussi bien de l'intensité de celle-ci (comme on vient de le voir) que des moyens offerts à la personne concernée pour la poursuivre. Ainsi, le législateur peut durcir les conditions de délivrance de la carte de résident sans porter atteinte à la vie familiale parce qu'une carte de séjour temporaire est toujours délivrée de plein droit (sauf, depuis 1993, en cas de menace à l'ordre public) pour diverses raisons tenant justement à cette vie de famille⁴¹⁷. De la même façon, le droit à la vie familiale ne suffit pas à fonder un droit à obtenir la nationalité française pour le conjoint étranger : puisqu'existent des titres de séjours rattachés au mariage, une disposition durcissant les conditions d'octroi de la nationalité « n'empêche pas l'étranger de vivre dans les liens du mariage avec un ressortissant français et de constituer avec lui une famille »⁴¹⁸. C'est ici l'existence de statuts alternatifs considérés par le juge comme suffisants qui ôte son éventuel caractère nécessaire à la corrélation entre mariage et naturalisation.

Enfin, le Conseil a pu formuler des réserves d'interprétation pour imposer à l'administration et au juge de prendre en compte le droit à la vie familiale d'un étranger menacé d'expulsion. Si, en soi, il n'existe pas de droit fondamental pour l'étranger à résider sur le sol français, si donc il n'est pas d'exigence qui, abstraitement, interdirait au législateur de prévoir la possibilité pour l'administration de retirer son titre de séjour à l'étranger passible de poursuites pénales, le juge constitutionnel rappelle que les éventuels liens familiaux doivent être pris en compte au moment de prononcer (et donc éventuellement de contrôler) cette mesure⁴¹⁹.

Ce dernier élément, plus encore que les autres, rappelle ce que nous venons de voir de la jurisprudence allemande. On pourrait donc en conclure d'abord que, même sans passer par une structure d'imitation, le juge français parvient à un résultat assez semblable. Avant d'aller plus loin, il faut cependant apporter une nuance. À y regarder de plus près, en effet, l'exigence constitutionnelle qui impose selon lui une pondération tient généralement à la sauvegarde de l'ordre public. Si dans la première décision où l'argument est utilisé, on peut encore le suivre (l'attribution

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Décision 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* (note L. Domingo, RFDC, 57, 2004, p. 96-113), cons. 35-39.

⁴¹⁸ Décision 2012-264 QPC du 13 juillet 2012, *M. Saïd K*, cons. 6.

⁴¹⁹ Décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* (note C. Lazerges, D. Rousseau, RDP, 2003/4, p. 1147-1162), cons. 86.

de plein droit d'une carte temporaire étant subordonnée à l'absence de menace à l'ordre public, l'utilisation de l'exigence de sauvegarde de l'ordre public dans le contrôle va de soi), le balancement semble ensuite une évidence alors même que ne sont plus en cause des menaces directes à l'ordre public (ainsi dans la décision 2003-484 DC précitée, où l'on ne voit pas le rapport avec la sauvegarde de celui-ci) – à moins de considérer que le phénomène d'immigration représente en soi une menace pour l'ordre public, ce qui ne semble pas encore suffisamment universellement accepté pour en faire plus qu'une opinion politique. Au contraire, le juge allemand a recours à la pondération lorsque la situation l'exige pour de bon : par exemple lorsqu'est en cause un étranger condamné pénalement. Pour le reste, le dégradé de droits fondamentaux que lui permet l'invention de la *wertentscheidende Grundsatznorm* ne l'oblige pas à recourir à une pondération. La constatation qu'il n'existe pas fondamentalement de droit au séjour en Allemagne pour les non-étrangers suffit, avec l'interprétation atténuée de l'art. 6, al. 1 GG, pour contrôler les conditions énoncées par le législateur. On peut, *a contrario*, imaginer que l'utilisation pour le moins douteuse de l'ordre public par le Conseil constitutionnel est une conséquence de l'appréhension plus brute qu'il a du droit à mener une vie familiale – comme des droits et libertés fondamentaux en général : celle-ci est assez manichéenne en ce qu'elle relève du tout ou rien ; dans ce cas, seul le recours à une autre exigence permet au Conseil de ne pas avoir à protéger trop complètement le droit énoncé dans la Constitution.

On pourrait lire en ce sens la qualification de certains droits comme « objectif de valeur constitutionnel ». Dans la liste dégagée par le Conseil, seul le droit au logement est un droit qui pourrait être revendiqué directement par un individu (les autres concernent soit la possibilité ouverte à l'État de limiter les libertés – sauvegarde de l'ordre public, recherche des auteurs d'infractions... –, soit l'organisation de la collectivité – parité, bon usage des deniers publics...) ; c'est donc le seul droit à qui le Conseil ôte, en fait, le pouvoir de censurer directement une norme législative (on a vu que les objectifs ne justifient jamais une inconstitutionnalité). Cela s'explique sans doute par les conséquences trop lourdes qu'on devrait en tirer : le juge se trouverait contraint – sans d'ailleurs le pouvoir – d'enjoindre au pouvoir politique de fournir un logement à chacun. Le droit à la vie familiale, au contraire, ne semble pas exiger du Conseil une tâche si lourde.

Cette différence entre les deux cours ne doit cependant pas masquer le reproche commun qu'on peut leur faire. De quelque manière qu'on arrive à une exigence de proportionnalité, que ce soit ou non par le cheminement mimétique qui permet de se fonder sur un ordre axiologique de la constitution, le travail logique s'arrête précisément au moment de la pondération. Le juge ne peut en effet plus donner de raison qui justifierait que la conciliation entre les diverses exigences en jeu soit

ou ne soit pas suffisante. On touche en effet ici à l'autre point aveugle du travail juridique : la décision elle-même. Certes, ce point, heureusement, échappe à notre étude, mais il permet déjà de mettre en lumière ce qui, malgré tous les développements et toutes les justifications, échappe à l'appui que trouve le juge dans la logique pour paraître lui-même neutre, une puissance en quelque sorte nulle. Ce point aveugle touche aussi bien à la pondération elle-même qu'à l'appréciation des éléments de fait : une fois que le travail interprétatif a permis d'arriver à une formule, comment décider que les faits y répondent ou non ?

§ 2 La formation de sous-ensembles au sein de la constitution-système

Il arrive encore que l'interprète, plutôt que de tirer tout un monde de fleurs, de maisons, de personnage d'une seule expression comme d'un bol de porcelaine où l'on s'amuse à tremper de petits morceaux de papiers jusque là indistincts, utilise plusieurs dispositions pour bâtir la vision générale que le constituant a eu sur telle ou telle question. Quoique cette façon de faire, finalement l'expression la plus franche d'une interprétation systématique, rentre en cette qualité dans les canons de l'interprétation juridique, elle ne semble pas particulièrement répandue. Ce n'est pas une surprise en France, où l'on a vu le Conseil constitutionnel répugner, de manière générale, aux grandes reconstructions théoriques. Ce pourrait l'être un peu plus en Allemagne, mais le fait s'explique sans doute d'abord par la prédominance de la pensée centrée sur la dignité humaine, qui exerce un certain monopole, peut-être aussi par la plus grande fragilité de ce genre de raisonnements, qui expose encore un peu plus l'interprète. On retrouve donc cette pratique dans la jurisprudence constitutionnelle allemande (a), mais elle offre rarement un point d'accroche suffisamment stable (b).

a. la *offene Staatlichkeit* : un exemple de construction systématique

L'exemple semblant le plus probant semble être celui du rapport de la Loi fondamentale au droit international. Le texte lui-même ne fait pas mention d'un principe général d'inscription de la République allemande dans un système de droit international. On trouve seulement des dispositions qui, à propos de points particuliers, s'efforcent d'articuler droit national et droit international : ainsi des transferts de souveraineté envers l'Union européenne (art. 23, al. 1 GG), de la participation à des organisations internationales et des restrictions volontaires apportées dans ce cadre à l'exercice de la souveraineté (art. 24 GG), de l'intégration des règles générales de droit des gens (art. 25 GG) ou de

l'interdiction de mener une guerre d'agression (art. 26 GG). Cependant, la doctrine comme le tribunal constitutionnel ont largement accepté la thèse avancée dès 1964 par Klaus Vogel selon laquelle la Loi fondamentale se caractérise par son ouverture vers l'international⁴²⁰, s'opposant en cela à la tradition d'un État farouchement souverain qui prévalait au moins depuis Fichte⁴²¹. Des dispositions que nous avons citées, du passage du préambule qui évoque l'objectif de paix mondiale et de la concordance partielle entre le *Grundgesetz* et certains textes internationaux en matière de droits fondamentaux (la dignité humaine au premier rang), les auteurs qui acceptent la thèse dégagent ce concept de « forme ouverte de l'État » ou d'« ouverture internationale » de ce même État.

La difficulté est que si une décision fondamentale paraît se manifester ici, elle n'est pas suivie de tous les effets de droit qu'on pourrait en attendre : l'intégration des règles générales du droit international public mise à part⁴²², on ne trouve pas d'autres conséquences prévues par le texte à cette posture attribuée à la Loi fondamentale⁴²³. Le Bundesverfassungsgericht, cependant, a utilisé ce principe, admettant explicitement l'expression « ouverture internationale du *Grundgesetz* » pour fonder des normes de rang constitutionnel. Liée à « l'attitude favorable à l'égard du droit international »⁴²⁴, elle constitue pour le juge constitutionnel allemand un moyen de régler les éventuels conflits de normes qui pourraient naître de la rencontre entre des normes de droit interne et des normes de droit international.

L'art. 59 GG, en donnant aux normes conventionnelles de droit international un rang identique à celui de la simple loi, pourrait ainsi donner lieu à des conflits impossibles à résoudre en ce qu'ils mettraient aux prises deux normes de même rang hiérarchique. Le Bundesverfassungsgericht a résolu ce genre de cas en affirmant que les lois devaient être interprétées en accord avec le droit international, y compris lorsqu'elles lui sont postérieures (lorsque donc l'adage *lex posterior* pourrait s'appliquer⁴²⁵) : s'il ne fait pas référence au modèle de la

⁴²⁰ VOGEL (Klaus), *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, Mohr, 1964, 51 p.

⁴²¹ Voir pour la présentation de cette question et une bibliographie plus complète TOMUSCHAT (Christian), « Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit », HdStR, XI, p. 3-60 (not. p. 4-7).

⁴²² Dont l'objet immédiat sont la coutume internationale et les principes généraux du droit international (CREMER (Hans-Joachim), « Allgemeine Regeln des Völkerrechts », HdStR, XI, p. 369-411, not. p. 375-381) – à l'importance toute relative, donc, au regard du droit conventionnel.

⁴²³ PROELSS (Alexander), « Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG », in RENSEN (Hartmut), BRINK (Stefan), dir., *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2009, 634 p., p. 553-584, p. 556.

⁴²⁴ Reconnaissance de la « internationale Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetz » dans BVerfGE 92, 26, 48.

⁴²⁵ Et alors que l'emploi de cet adage n'aurait pas créé de contradiction aussi criante avec la Loi fondamentale que ça n'était le cas en France jusqu'aux arrêts *Cafés Jacques Vabre* et *Nicolo*, puisque la Constitution de 1958 prévoit la supériorité du traité sur la loi.

internationale Offenheit, il semble que son raisonnement le présuppose, puisqu'il considère que le législateur n'a pas pu vouloir déroger aux engagements internationaux de l'Allemagne. Cela suppose donc que ce législateur opine en connaissant ce principe.

Cette obligation d'interprétation favorable au droit international a été récemment appliquée aux tribunaux. Ceux-ci doivent en effet interpréter les droits fondamentaux protégés par le *Grundgesetz* à l'aide de la CESDH et de la jurisprudence de la CEDH. Cette exigence est fondée par le Bundesverfassungsgericht sur la *Völkerrechtsfreundlichkeit* du texte, qui implique qu'on « l'interprète de manière à éviter qu'un conflit avec les obligations de droit international qui lient la République fédérale allemande ne survienne »⁴²⁶. La justification qui suit, se fondant sur les éléments qui apparaissent dans le texte constitutionnel (ceux que nous venons de signaler), montre sans ambiguïté que le juge tire sa norme du principe dégagé de leur mise en rapport : « Avec ce complexe de normes, la constitution allemande, comme le prouve aussi son préambule, vise à faire de la RFA un membre, pacifique et égal en droit, intégré dans un ordre de droit international servant la paix constitué par la communauté des Etats »⁴²⁷.

A. Proells, en commentant ces deux exemples, les rattache au principe d'ouverture de l'ordre constitutionnel allemand à l'ordre international, sans lequel en effet on ne peut pas trouver de référence constitutionnelle justifiant la position du Bundesverfassungsgericht. On peut donc en déduire, même si cette opinion n'est pas partagée par toute la doctrine, qu'il existe au moins un « complexe de normes » duquel le juge constitutionnel allemand dérive de nouvelles normes constitutionnelles⁴²⁸.

b. Ambivalence des sous-ensembles

Cependant, toutes les tentatives de bâtir de tels sous-systèmes ne connaissent pas le même succès. On peut le mesurer en évoquant deux exemples qui paraissent pourtant peu sujets à débats.

L'idée d'une « constitution économique », d'abord. Le concept de *Wirtschaftsverfassung* est courant en droit allemand, au point que Hugues Rabault, le considérant comme suffisamment fixé, a

⁴²⁶ BVerfGE, 111, 307, 318 (« [das Grundgesetz ist] so auszulegen [...], dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht »).

⁴²⁷ *Ibid.* (« Mit diesem Normenkomplex zielt die deutsche Verfassung, auch ausweislich ihrer Präambel, darauf, die Bundesrepublik Deutschland als friedliches und gleichberechtigtes Glied in eine dem Frieden dienende Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft einzufügen »).

⁴²⁸ C. Tomuschat, ainsi, remarque qu'on ne peut pas employer comme telle l'ouverture internationale, car elle mêle des éléments normatifs et des éléments descriptifs. Il fait donc de la *Völkerrechtsfreundlichkeit* un concept distinct de la *internationale Offenheit* (TOMUSCHAT, « Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit », HdStR, XI, p. 7-8). Mais celle-là étant fondé, à peu de choses près, sur les mêmes éléments que celle-ci (les art. 23 à 26 GG), et fonctionnant de la même façon, la distinction peut paraître un peu trop recherchée.

voulu l'appliquer à la France. Il conclut de son étude que la constitution économique de la Ve République, à vrai dire, est plutôt une non-constitution. Le juge met plutôt en œuvre une forme de neutralité, laissant une grande marge de manœuvre au législateur, car « le texte constitutionnel ne saurait déboucher sur l'idée d'un ordre constitutionnel économique analysable en terme de décision fondamentale de politique économique »⁴²⁹. Tout juste peut-on considérer, au vu précisément de cette marge de manœuvre accordée au législateur, que la constitution française se range plutôt du côté de la tradition étatique, laissant l'autorité publique décider de l'intérêt général⁴³⁰ ; mais il n'y a là qu'une constatation, dont on ne peut prétendre tirer des conséquences pour remodeler la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière économique. Au contraire, la Loi fondamentale porterait la manifestation d'une constitution économique consciente, comme le prouve notamment le lien fait dans la doctrine et la jurisprudence allemandes entre ses articles 12 (liberté du travail), 2 (liberté personnelle) et 1 (dignité humaine).⁴³¹

Cependant, le concept même ne paraît pas si bien établi. D'une part du point de vue de sa fonction : certains, la plupart, se contentent de l'utiliser comme une expression commode pour rassembler toutes les dispositions qui, dans le texte constitutionnel, se rapportent à la vie économique ; d'autres veulent y voir un principe ordonnateur, duquel on pourrait tirer d'autres normes que celles figurant dans le texte, ou tout au moins un instrument pour opérer la balance entre, par exemples, principes économiques et principes sociaux. D'autre part du point de vue de son contenu : alors que, suivant une position établie depuis longtemps par le Bundesverfassungsgericht, la majeure partie de la doctrine accepte la neutralité de la Loi fondamentale au regard des grands systèmes économiques (ce qui explique d'ailleurs que leur compréhension du concept soit purement descriptive : si la Loi fondamentale, de toute manière, ne prend pas de décision axiologique, il est impossible de prétendre en tirer d'autres normes), certaines voix prétendent découvrir une orientation – par exemple libérale – du texte, laquelle imposerait de régler les cas qui se présentent en fonction de cette décision fondamentale⁴³².

Holger Martin Meyer, ainsi, attaque la prétendue neutralité du *Grundgesetz* sur lequel se fonde le Bundesverfassungsgericht, et met en œuvre une étude systématique du texte de 1949 pour prouver qu'il doit être interprété d'après les principes de l'économie libérale. L'argumentation

⁴²⁹ RABAULT (Hugues), « La constitution économique de la France », RFDC, 44, 2000, p. 707-745, p. 742.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 745.

⁴³¹ Nous renvoyons ici à la thèse de Marie-Laure Dussart, *Constitution et économie*, soutenue à Aix-en-Provence en 2013, mais encore indisponible, ce qui nous a empêché de la consulter.

⁴³² Pour la présentation, critique on verra pourquoi, de l'état de la jurisprudence et de la doctrine, on pourra se reporter à MEYER (Holger Martin), *Vorrang der privaten Wirtschafts- und Sozialgestaltung als Rechtsprinzip. Eine systematisch-axiologische Analyse der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, 438 p., p. 17-53.

utilisée par l'auteur est intéressante en ce qu'elle incarne exactement la réflexion mimétique : il prétend dépasser la surface du texte pour en découvrir les structures profondes, celles sans lesquels on ne peut pas rationnellement concevoir l'émergence d'un tel texte⁴³³. Il se sert ensuite des résultats ainsi obtenus pour contester les décisions du tribunal constitutionnel, trop tièdes puisque partant de l'idée d'une neutralité économique. Par exemple, la propriété devant être comprise d'après ce paradigme, elle devrait avoir pour conséquence d'interdire au législateur les politiques inflationnistes, qui y portent atteinte (ce à quoi se refuse précisément le Bundesverfassungsgericht en se fondant sur la neutralité de la constitution économique)⁴³⁴. De manière générale, dans la dialectique entre intérêt commun et intérêt particulier, puisque, dans une vision libérale qui serait celle adoptée par la Loi fondamentale, l'intérêt commun naît naturellement des intérêts particuliers, la protection des libertés individuelles (notamment économiques) doit primer ; cela implique que les normes adoptées sur le fondement de l'intérêt commun et portant atteinte aux libertés individuelles sont des exceptions à un principe général (l'intérêt commun étant normalement atteint par le simple exercice des libertés individuelles) et doivent comme telles être particulièrement justifiées⁴³⁵.

La faiblesse de l'argumentation apparaît d'elle-même : elle prétend tirer d'observations scientifiques, de théories économiques qu'aurait voulu mettre en œuvre la Loi fondamentale, des conséquences normatives. De manière tout à fait caractéristique, c'est le paradigme de la vérité qui est utilisé pour contester les positions du tribunal, pas celui de la validité⁴³⁶. Or, le propre d'une théorie scientifique est généralement d'appeler la dispute. Cela est particulièrement visible dans la Loi fondamentale, puisqu'elle même, sans grande surprise, contient des éléments relevant plutôt d'une compréhension libérale de l'économie, et des éléments issus des théories de l'État-providence (de la même façon que le bloc de constitutionnalité français fait cohabiter sous le même toit la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946). Mais les querelles scientifiques elles-mêmes, qui d'ailleurs auraient du mal à s'exercer sur un objet si hétérogène, puisqu'il y a toujours une moitié de la Loi fondamentale pour contredire l'autre, sont inaccessibles au juge constitutionnel en ce que les économistes qui les mènent ne parlent pas le même langage que lui⁴³⁷. En tout état de cause, la controverse même empêche de prétendre découvrir une hypothétique seule bonne solution.

⁴³³ *Ibid.*, p. 135-136.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 249-250.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 350-353.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 359-360.

⁴³⁷ Pour cette approche, et en général ce résumé sur la question de la *Wirtschaftsverfassung*, voir VON WANGENHEIM (Georg) « Sie denken anders – Verfassungsökonomik und Verfassungsrecht », in HÄNLEIN (Andreas), ROSSNAGEL (Alexander), dir., *Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa – FS für Bernhard Nagel*, Kassel, Kassel University Press, 2007, 513 p., p. 407-421.

Plus encore peut-être que la *Wirtschaftsverfassung*, l'idée d'un *Menschenbild* (conception de l'homme) de la Loi fondamentale est devenue un lieu commun en droit constitutionnel allemand, ne serait-ce que par l'emploi très fréquent qu'en fait le Bundesverfassungsgericht⁴³⁸. Celui-ci l'a utilisée pour la première fois en 1954, dans une formule restée inchangée depuis : « la conception de l'homme de la Loi fondamentale n'est pas celle d'un individu souverain et isolé ; la Loi fondamentale a bien plutôt tranché la tension individu – communauté dans le sens d'une liaison et d'un attachement de la personne à la communauté »⁴³⁹. La fonction du concept apparaît nettement ici : il s'agit de pouvoir opérer l'articulation entre exercice des libertés individuelles et conditions de possibilité de la vie en communauté. En effet, le juge tire de ce *Menschenbild* un argument pour une limitation générale de la liberté au profit de la tâche de « préservation et d'encouragement de la vie sociale » qui incombe au législateur⁴⁴⁰.

Ce contenu, qui en est à peine un, puisqu'on a plutôt affaire à une structure qu'à une conception globale de l'homme, est cependant déjà remis en cause par les dispositions sur lesquelles se fonde le Bundesverfassungsgericht (art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 et 20 GG). Plusieurs voix, en doctrine, font en effet remarquer que la Loi fondamentale, au vu de ces articles, « porte l'empreinte décidée du principe constitutionnel de liberté », qui primerait donc sur l'inclusion dans un ensemble social⁴⁴¹. La jurisprudence du tribunal ne semble d'ailleurs pas si fermement établie selon ce principe : A. Anter fait ainsi remarquer que, dans les faits, elle balance entre l'individu et la communauté sans vraiment trouver de point d'appui fixe⁴⁴².

Ce constat donne lieu à un nouveau type de justifications : il ne faudrait pas chercher à voir dans le *Menschenbild* un concept fixe, mais une série d'éléments appelés à être toujours réordonnés, permettant de rendre compte de la complexité de la société ordonnée par le *Grundgesetz*⁴⁴³. Cependant, une telle approche ôte tout intérêt au concept : si l'on peut le faire peser tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre selon l'humeur du moment, il n'a, à soi seul, aucune utilité. On ne peut pas

⁴³⁸ BECKER (Ulrich), *Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 138 p., p. 17.

⁴³⁹ BVerfGE 4, 7, 15 (« Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden »).

⁴⁴⁰ *Ibid.*, 16 (« der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht »).

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 94-95. Même remarque chez VON GRAWERT, (Rolf), « Das Grundgesetz im Lichte seiner Grundrechte. Eine judikative Entwicklungsgeschichte », *Der Staat*, 10/2010, Band 49, Ausgabe 4, pp. 507 – 542, p. 512-513.

⁴⁴² ANTER (Andreas), « Ordnungsdenken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », in VAN OOYEN (Robert Chr.), MÖLLERS (Martin H. W.), dir., *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Wissenschaften, 2006, 543 p., p 307-320.

⁴⁴³ C'est la thèse défendue par P. HÄBERLE (*Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005 (3^e édition), 96 p., not. p. 17-29, 70-71) ; on voit que cela s'accorde parfaitement avec ses positions sur la société ouverte des interprètes constitutionnels.

non plus prétendre qu'il permettrait de trouver l'équilibre dans le balancement, car il ne peut, à chaque fois, que faire prévaloir une perspective sur l'autre, sans pour autant les accorder⁴⁴⁴.

Le seul intérêt de la référence au *Menschenbild* de la Loi fondamentale doit donc résider dans sa force rhétorique. S'appuyer dessus comme sur un élément pouvant être dégagé du texte, et notamment du principe de dignité humaine, permet en retour de pondérer même les principes les plus absolus : dès sa première utilisation, il sert en effet à justifier une restriction générale de la liberté d'action individuelle, sans se contenter des limitations précises que prévoit la Loi fondamentale en son art. 2, al. 1 (pas d'utilisation de la liberté pour porter atteinte à celle d'autrui, ni de manière à enfreindre l'ordre constitutionnel ou les bonnes mœurs) ; cette conception de l'homme « embrasse la pensée qui renferme [ces trois restrictions] pour en tirer la possibilité de limiter la liberté générale d'action »⁴⁴⁵. Selon certains, par exemple, c'est seulement cette idée d'une inclusion de l'homme dans la société qui permet de rendre compte de décisions dans lesquelles le Bundesverfassungsgericht a dû articuler deux droits à la vie qui s'opposaient⁴⁴⁶.

En définitive, ces critiques que s'attire l'utilisation du *Menschenbild* sont inhérentes à la formation du concept lui-même. Il concentre en effet les fragilités du procédé mimétique : pour pouvoir le dégager il faut présupposer une pensée axiologiquement cohérente au fondement du texte juridique, et qui aurait elle-même valeur normative. C'est même parce que ce présupposé d'un fondement axiologique de la constitution est si dominant dans la doctrine qu'on peut imaginer de former un *Menschenbild* et d'en déduire des conséquences normatives (ou de reprocher au juge de ne pas le faire de manière suffisamment convaincante). On le constate particulièrement clairement lorsque des réflexions sur cette conception de l'homme partent de l'idée, apparemment un postulat indiscutable, que la Loi fondamentale est une « pensée d'ordre »⁴⁴⁷. Le problème reste cependant de savoir qui est à l'origine de cette pensée : prétend-on reconstruire celle du constituant à partir de données historiques (ce qui supposerait de parvenir à une conception commune à l'ensemble des parlementaires...) ? Ou une pensée inhérente au texte, donc en fait attribuée à l'auteur construit pour constituer le texte en discours ? Dans les deux cas, outre la grande liberté que cela procure au juge (une théorie historique reste une théorie historique, généralement contestée par une théorie opposée), le passage du descriptif au normatif est pour le moins problématique.

⁴⁴⁴ ANTER, « Ordnungsdanken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », p. 309-311.

⁴⁴⁵ BECKER, *Menschenbild des Grundgesetz*, p. 103 (« doch umfaßt sie den die drei Schranken von Art. 2, Abs. 1 GG umschließenden Gedanken für die Beschränkbarkeit der allgemeinen Handlungsfreiheit »).

⁴⁴⁶ Ainsi dans la décision Schleyer : le gouvernement fédéral pouvait à bon droit ne pas céder aux exigences des membres de la RAF qui demandaient, pour laisser la vie sauve à leur otage, la libération de camarades emprisonnés. Ce faisant, il avait en vue les victimes éventuelles de possibles attentats de futures actions terroristes (BVerfGE 46, 160, 164-165 ; cette interprétation défendue par VON GRAWERT, « Das Grundgesetz im Lichte seiner Grundrechte »).

⁴⁴⁷ « Jedes Ordnungsdanken ist an irgendeinem Punkt anthropologisch grundiert und enthält Aussagen über die menschliche Natur » (Anter, « Ordnungsdanken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », p. 307).

La catégorie des sous-ensembles, justement parce qu'elle est celle qui expose le plus brutalement l'aspect quasi scientifique du raisonnement, est apparemment la plus fragile, et la moins fertile. Le poids des éléments extérieurs au droit y est trop important pour offrir au juge un appui stable : l'argumentation scientifique permet justement de contester sa décision du point de vue de la vérité, parce qu'il a eu le tort de s'aventurer dans ce champ. Le cas du droit international, à cet égard, paraît une exception, justifiée sans doute par la nécessité de trouver, d'une manière ou d'une autre, un moyen d'accorder droit interne et droit international (de la même manière qu'en France le juge a dû élaborer de savantes constructions pour résoudre le conflit de souveraineté inhérent à ce dualisme).

Il nous est arrivé, au cours de ce chapitre, de parler d'institutions ou de quasi institutions. En effet, le schéma mimétique est extrêmement proche de la pensée de l'institution en ce qu'il présuppose nécessairement une pensée derrière le texte, tout comme l'institution présuppose une idée d'œuvre. Dans les deux cas, c'est ce véritable fondement qu'il s'agit de mettre en œuvre ou de protéger. Dans l'interprétation constitutionnelle, la ressemblance est particulièrement frappante lorsque le juge, d'un mot ou d'une expression, tire un ensemble cohérent de droits ou d'obligations qui s'étendent bien au-delà de ce que dit le texte. Pour reprendre une distinction déjà utilisée dans ce travail, le juge agit comme si les règles fondamentales de la communication, la distinction entre thème et rhème, notamment, ne concernaient pas le droit. Une disposition n'énoncerait pas simplement un droit ou une interdiction : chacun des mots qu'on y trouve pourrait être interprété pour soi – au regard de principes profonds ayant présidé à l'écriture du texte constitutionnel. Le paradoxe est que, pour fournir un fondement normatif à ces principes, on est obligé de retourner à une situation de communication, celle où un sujet peut émettre une intention que le récepteur peut reconstruire ; cet émetteur, c'est le constituant, avec toutes les difficultés que cela comporterait si on le considérait comme une personne existant réellement. Ce qui mène à cette construction d'un auteur comme simple point de référence donnant sa normativité à l'ensemble (tout comme l'auteur foucauldien constitue un discours), à qui le juge attribue des intentions comme bon lui semble, s'appuyant tantôt sur des considérations historiques plus ou moins convaincantes, tantôt sur l'esprit immanent à la constitution – comme si un texte pouvait penser par lui-même.

Il y aurait donc dans le texte plus que le texte, une intention. Mais admettre cela, c'est à

notre sens faire la même erreur que Genette relève dans un commentaire fait sur l'aveu de la princesse de Clèves, ou le commentateur cherche à découvrir le véritable état psychologique de la princesse :

L'explication est séduisante, elle n'a que le défaut d'oublier que les sentiments de Mme de Clèves – pour son mari comme pour Nemours – ne sont pas des sentiments réels, mais des sentiments de fiction, et de langage : c'est-à-dire des sentiments qu'épuise la totalité des énoncés par lesquels le récit les *signifie*. S'interroger sur la *réalité* (hors-texte) des sentiments de Mme de Clèves est aussi chimérique que de se demander combien d'enfants avait *réellement* Lady Macbeth, ou si don Quichotte avait *vraiment* lu Cervantes⁴⁴⁸

Ces réflexions doivent être transportées au droit : il n'est d'en dehors du texte que celui que le critique (l'interprète) y met. Les principes énoncés sont eux aussi « de langage », épuisés dans les énoncés qui les signifient. Le juge, pour les appliquer, fait cependant comme si : il construit à partir d'eux un archétype surplombant qu'il applique ensuite. Comme le critique de Genette, il a une sorte de lecture naïve du texte, qui présuppose sa réalité. Rapporté spécifiquement à son travail, cela se traduit notamment par la forme de confusion qu'on a observée, surtout dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, entre le constituant construit par lui et ce qu'il peut savoir ou croire savoir des vues politiques et institutionnelles des rédacteurs du texte.

Grâce à cela, il peut franchir la solution de continuité entre description et prescription : puisque les dispositions se fondent sur des principes profonds et structurants, lesquels étaient le véritable but recherché par le constituant, et puisque le constituant est celui qui donne au texte son caractère normatif, la reconstruction scientifique de ces principes aboutira à des normes. L'imitation au sens de Genette est donc essentielle au fonctionnement du juge car elle est l'outil qui garantit la normativité. En ce sens, elle est, en fait, extrêmement proche de la conception matérielle du droit que défend Carl Schmitt (sa pensée de l'ordre concret) : en ramenant le texte à ses présupposés axiologiques prétendus, elle constitue un élément extrêmement puissant pour bâtir un système autonome, pouvant si le besoin en est s'imposer face au texte. Mais ce besoin sera toujours le fruit d'une considération axiologique du juge : telle ou telle application serait injuste, il importe de l'écarter. On voit ce que le procédé a de tautologique.

Nous avons vu le juge allemand plus à l'aise avec cette méthode que le juge français. C'est que, outre les traditions de rédactions qui lui rendent la chose plus aisée, cette opération n'est pas sans risque, et nécessite donc un ancrage suffisamment solide dans le système institutionnel. En effet, elle repose sur des démonstrations qui se veulent rationnelles : la justification repose sur une conviction quasi scientifique (comme le manifestent notamment les références à la doctrine

⁴⁴⁸ GENETTE (Gérard), « Vraisemblance et motivation », *in id.*, *Figures II*, Paris, Seuil (« Points »), 1969, 294 p., p. 71-99, p. 86, note 1.

dans les décisions allemandes). Cependant, les marqueurs logiques qui abondent dans son discours sont peut-être, précisément, le signe d'un raisonnement fragile. Là encore, le détour par la littérature peut éclairer ce point : on pourrait voir dans les longues décisions détaillées du Bundesverfassungsgericht ce que Genette appelle le « récit motivé », c'est-à-dire le récit où des actions qui pourraient paraître invraisemblables sont expliquées comme si elles étaient en réalité naturelles (alors que si elles étaient pour de bon vraisemblables, la motivation serait inutile, le lecteur acceptant la chose sans se poser de question). Ainsi des tics langagiers (« comme toutes les vieilles filles... », « quand une courtisane... ») par lesquels Balzac énonce de prétendues lois générales qui lui servent avant tout à couvrir l'arbitraire de son récit. Mais en voulant le couvrir, elles le manifestent justement, notamment parce que toutes ces maximes appellent en fait le retournement⁴⁴⁹. Peut-être en va-t-il de même pour le juge : lui qui, tout comme l'écrivain, n'attend en fait pas de contradiction, met son raisonnement à nu, et l'expose donc à toutes les contradictions, au moment même où cette prétendue rigueur scientifique doit assurer sa légitimité.

Le jeu est donc à double tranchant : dans le cas d'une institution aussi largement acceptée que le Bundesverfassungsgericht (et d'autant plus acceptée, peut-être, que ses critiques naturels sont aussi ceux qui sont naturellement appelés à y siéger : les professeurs d'université y sont bien moins rares qu'au Conseil constitutionnel), il semble que le gain prime sur le risque. On peut en revanche imaginer que le juge français, s'il agissait ainsi, serait seulement seulement plus vivement contesté ; d'autant que même le raisonnement détaillé ne fait pas disparaître le moment de la décision et que, au contraire, en en précisant les raisons, il donnerait peut-être un argument de plus à ceux qui contestent la neutralité de l'institution en révélant de soi-disant préjugés d'ordre plus politique que juridique. En somme, ou bien l'imitation est explicite – auquel cas elle appelle la réfutation et présuppose en conséquence un tribunal à l'autorité bien établie – ou bien elle est implicite. Mais elle n'apporte alors pas grand chose du point de vue de la juridiction – à moins de retrouver les présupposés axiologiques de son auditoire.

Ce sont donc tant les méthodes de rédaction que la position institutionnelle qui expliquent sans doute le moindre recours à la méthode mimétique par le Conseil constitutionnel (tout du moins dans le discours perceptible à l'extérieur de l'institution, puisque c'est à cela que se limite notre recherche). En revanche, l'autre volet de l'hypertextualité genettienne offre un paradigme particulièrement fécond pour rendre compte de certaines jurisprudences : la transposition permet en effet de rechercher une conviction plus profondément, si ce n'est sournoisement.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 78-86.

Titre 2 L'interprétation par transposition

Autant l'imitation ne peut tenir ses promesses, autant la transformation, à l'action plus sourde, est fertile. Le procédé semble pourtant tenir plutôt de l'humour potache : c'est lui en effet qui préside aux parodies et aux travestissements. Les premières sont des œuvres qui prennent de l'hypotexte une structure et un langage, et les appliquent à un autre objet, en modifiant si peu que possible l'original (généralement plus vulgaire : ainsi du *Cid* ramené à une querelle de perruque dans *Le Chapelain décoiffé*⁴⁵⁰), les secondes conservent les thèmes et la construction de la première œuvre, mais traduisent celle-ci dans un registre de langue opposé (l'exemple type en est le *Virgile travesti* de Scarron, où Didon et Énée s'expriment dans la langue la plus basse). Pour amusantes que puissent être ces pratiques, elles s'essoufflent rapidement : trop dépendantes, encore, de leur modèle et donc réduites à appliquer toujours les mêmes pratiques sur ce texte, elles ne peuvent pas constituer une œuvre douée d'une tension propre⁴⁵¹.

Pourtant, contrairement à l'imitation, la transformation présente une variante sérieuse qui permet, elle, de bâtir des œuvres littéraires. Genette nomme cette pratique « transposition », et en donne pour exemple le *Ulysses* de Joyce ou les *Doktor Faustus* et *Ioseph und seine Brüder* de Thomas Mann. En littérature, cela passe généralement par une transposition thématique, comme

⁴⁵⁰ BOILEAU (Nicolas), *Œuvres*, Paris, Garnier-Flammarion, 1969, t. 2, p. 173-186.

⁴⁵¹ GENETTE, *Palimpsestes*, p. 39-48, 77-88. Remarquons que Scarron n'a d'abord donné de son *Virgile travesti* que quatre chants (puis, petit à petit, quatre autres, laissant finalement l'œuvre inachevée), et que le *Chapelain décoiffé* ne va pas plus loin que l'acte I, scène 5 (soit l'acte II, scène 2 du *Cid*).

c'est le cas dans les œuvres citées⁴⁵². Le droit quant à lui aurait pu offrir à Genette un genre de transposition formelle (c'est-à-dire des mots eux-mêmes) qu'il n'a pas évoquée – car elle revient, en littérature, à du plagiat (ou à des cas tout à fait limites, telle la nouvelle de Borges où Pierre Ménard devient auteur du *Don Quichotte* en réécrivant à l'identique le livre de Cervantès⁴⁵³) : la réutilisation à l'identique des formules. Les formes particulières qu'emprunte fréquemment le discours juridiques, les archaïsmes par exemple qui le parent, rendent de manière générale une telle pratique très intuitive en droit. Qui a enseigné dans cette faculté, ainsi, a sans doute observé comme les étudiants, particulièrement dans leurs premières années, adoptent très rapidement les particularités linguistiques particulières au langage juridique, et en abusent dans leurs copies. Cette imprégnation est particulièrement frappante lorsqu'elle se traduit par de véritables fautes de grammaire : outre certaines légères incorrections qui peuvent être de mode chez les juristes (ainsi de l'emploi, extrêmement fréquent, de l'article indéfini devant un arrêt pourtant signalé par son nom propre en apposition), on relève assez souvent des phrases commençant par la conjonction de subordination « que » sans justification grammaticale, sans doute dues à une forme d'assimilation du style des décisions rendues par le Conseil d'État.

Rien d'étonnant dès lors à ce que cette pratique se retrouve, la correction en plus il s'entend, dans les mots des juristes patentés. Alors qu'elle se trouve, parmi la production hypertextuelle littéraire⁴⁵⁴, dans la seule parodie, elle est celle dont se sert le juge constitutionnel pour bâtir une bonne part de son corpus. Elle lui permet en effet de trouver une forme de légitimité sociologique : en réutilisant ces mots, il emploie avant tout des termes familiers au juriste, déjà reconnus comme des expressions normatives (même si, on le verra, elles ne sont justement pas « normatives » – ou pas telles quelles – sur le plan constitutionnel). À tel point que la pratique passe parfois inaperçue, tant la doctrine se soucie d'abord, et à raison, de déterminer l'extension du concept utilisé, ou ses rapports avec les autres branches du droit.

Nous n'invoquons pas la sociologie au hasard, mais parce que certains travaux menés dans cette discipline nous semblent devoir s'appliquer avec un bonheur non dissimulé à notre objet de recherche. Notre étude de la transposition juridique suppose en effet qu'il existe une structure dépassant la conscience tant de l'auteur d'un texte que de son lecteur, et qui fonde, dans un cas l'usage, dans l'autre l'acceptation, d'interprétations passant par certaines formulations particulières.

⁴⁵² L'action de l'hypotexte est, sans visée parodique, transportée en d'autres lieux ou d'autres temps.

⁴⁵³ BORGES (Jorge Luis), « Pierre Ménard, auteur du Quichotte », in *Fictions*, Paris, Gallimard (« Folio »), 2009, 185 p., p. 41-52.

⁴⁵⁴ Ces boursoufflures de langage sont nécessaires pour qu'on ne nous oppose pas la citation, qui ne relève pas du même effort en ce qu'elle ne bâtit pas aussi profondément le nouveau texte. Cf. GENETTE, *Palimpsestes*, p. 9 : « la « trace » intertextuelle selon Riffaterre est donc davantage (comme l'allusion) de l'ordre de la figure ponctuelle (du détail) que de l'œuvre considérée dans sa structure d'ensemble, champ de pertinence des relations que j'étudierai ici ».

Cela impose donc de se détacher du schéma un peu simpliste fondé uniquement sur une communication directe et entièrement consciente (laquelle ne justifierait pas qu'on méconnût des règles aussi élémentaires que la hiérarchie des normes). Nous voulons montrer qu'une théorie dispositionnaliste de l'action, telle qu'elle a été développée par Bourdieu, permet de concevoir cela ; appliquée à notre jurisprudence, elle explique cette pratique.

Pour Bourdieu, « l'essentiel de ce qui se passe dans un rapport de communication se passe d'inconscient à inconscient [...], l'inconscient étant entendu à la fois comme tout ce qui est implicite et laissé à l'ordre de la pratique et ce qui est refoulé au sens psychanalytique »⁴⁵⁵. Pour en rendre compte, il est donc nécessaire de se détacher d'une théorie fondée sur l'intention, incapable de saisir entièrement ce rapport de communication, pour rechercher les structures qui le rendent possible et en éclairent le sens. En étudiant la réception de Manet, comme il avait pu étudier les rites berbères, Bourdieu conclut en effet que les critiques extrêmement violentes qu'on peut lire ne sont compréhensibles qu'en tant qu'on parvient, à partir d'elles, à recréer l'implicite qui y est tissé – et qui est justement tu⁴⁵⁶. Tout l'intérêt de ce travail qui, s'il en restait là, n'apporterait pas grand chose aux théories semblables et déjà largement connues dans le champ littéraire (on songe notamment à la fameuse esthétique de la réception de Jauss⁴⁵⁷) est de s'appliquer non seulement au récepteur, mais aussi, et surtout, au producteur.

Selon cette théorie dispositionnaliste de l'action, la pratique a « son principe, non pas dans les intentions conscientes ou dans des préméditations, mais dans des dispositions » ; pour la saisir, la théorie, donc,

place au principe des actions, non pas nécessairement des intentions explicites mais des dispositions corporelles, des schèmes générateurs de pratiques qui n'ont pas besoin d'accéder à la conscience pour fonctionner, et qui peuvent fonctionner en deçà de la conscience et de la volonté – ce qui ne veut pas dire qu'ils soient élémentaires, primitifs.⁴⁵⁸

La conséquence est que si le producteur de l'action n'agit pas de manière entièrement inconsciente (Manet sait par exemple pertinemment qu'il réalise quelque chose d'inconvenant), il ne sait pas pour autant « *tout* ce qu'il fait », et c'est en ce sens que l'exemple de la femme kabyle accomplissant un rite familial permet de comprendre aussi l'action du peintre⁴⁵⁹. Or, si même Manet ne sait pas tout ce qu'il fait, c'est qu'il est un agent « qui agit selon des dispositions qui lui ont été

⁴⁵⁵ BOURDIEU (Pierre), *Manet. Une révolution symbolique*, Paris, Seuil, 2013, 770 p., p. 51.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 13-42.

⁴⁵⁷ JAUSS (Hans-Robert), *Literaturgeschichte als Provokation der Literaturwissenschaft*, Konstanz, Universitätsverlag, 1967, 72 p.

⁴⁵⁸ BOURDIEU, *Manet*, p. 76-77.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 78.

inculquées consciemment et inconsciemment »⁴⁶⁰. Cette prise de conscience est importante pour le chercheur, puisqu'elle seule lui permet ensuite d'avoir suffisamment de recul par rapport à son objet pour en rendre compte de manière pertinente :

Ce système de dispositions comme structures incorporées est ce qu'il faut reconstruire pour comprendre une œuvre parce que c'est ce système de dispositions qui est mis en œuvre, c'est le *modus operandi* qui devient *opus operatum*. C'est cette manière de faire, acquise en partie par l'imitation, par la copie – la copie étant typiquement l'acte d'apprentissage dans lequel on ne sait pas ce qu'on copie, à la différence du pastiche⁴⁶¹

Ce passage est particulièrement intéressant pour notre propos. Si l'on suit Bourdieu, en effet, l'œuvre d'art est avant tout un passage : le moment de la mise en œuvre d'une façon de travailler (une *technè*, en grec, ou, comme se plaît à le rappeler Bourdieu à plusieurs reprises, une *Art* en allemand) ; et cet art n'est pas tant conscient qu'il est imprégné dans l'artiste – par la voie de la copie. On prendra garde à ne pas confondre l'imitation dont parle le sociologue, synonyme de « copie » et celle que nous avons évoquée en nous réclamant de Genette : il manque en effet à celle-là, et c'est à notre sens tout l'intérêt d'en faire un concept à part, la part réflexive que nous avons déjà montrée dans celle-ci. Ce à quoi fait référence ici Bourdieu, c'est bien seulement au fastidieux travail d'apprentissage par la copie des maîtres anciens, labeur qui donne ensuite à la main, ou à l'œil, dit-on souvent dans le cas du peintre, son tour – sa disposition ou son habitus, traduit Bourdieu⁴⁶².

Ainsi, au moment de peindre, Manet, selon ses propres mots, se « jette à l'eau ». Mais, précise Bourdieu, se jeter à l'eau n'est pas entièrement s'en remettre au hasard : le métier que possède le peintre le garantit, si l'on veut pousser l'image un peu à bout, contre la noyade⁴⁶³. C'est ce métier, en effet, qui lui permet de faire face aux problèmes qui se posent à lui et d'y apporter la réponse adéquate. Une dernière citation nous ramènera du peintre au juge :

ces tableaux constituaient, pour Manet, une langue spécifique, une langue artistique, un trésor constitué de tout l'acquis de l'histoire de la peinture, c'est-à-dire un réservoir d'idées, de formes accumulées par la tradition, un réservoir de sujets. [...] Il a des techniques de représentation, des répertoires d'expressions et de postures, des trucs. Par exemple, comment faire un effet d'or ? Il a en tête *L'Homme au casque d'or* et il sait que c'est déjà fait. Autrement dit, il a des schèmes pratiques qui sont des structures incorporées, des schèmes pratiques qu'il met en œuvre de façon inconsciente. Il a acquis tout cela en pratique, en grande partie par [...] la copie.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 82.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² *Ibid.*, p. 85.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 293.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 493. Nous supprimons seulement à la fin du texte « le pastiche et » : employé ici comme un synonyme de « copie », il nous semble que le mot risquerait simplement, dans le cadre de ce travail où il est employé, à l'exemple de Genette, dans un sens différent, de perturber le lecteur, sans que la recherche de la vérité y trouvât un intérêt

La « langue » du peintre est métaphorique : c'est la langue saussurienne, « trésor » en ce sens qu'elle est le réservoir où puise le sujet pour prononcer une parole, et qui désigne pour le peintre les solutions déjà trouvées par ses prédécesseurs. Pour le juge, cette langue est véritablement une langue : il a lui aussi, quoiqu'en un sens légèrement différent, un « répertoire d'expression », « des schèmes pratiques qu'il met en œuvre de façon inconsciente ».

Il faut s'attarder sur ce caractère inconscient. Son usage de la langue juridique est inconscient au sens où il peut être assimilé à une pratique rituelle. Une pratique rituelle, pour Bourdieu, n'est pas la conséquence « d'axiomes indépendants et cohérents » ni le produit de « règles d'engendrement » ; elle a à son principe « des schèmes pratiques, opaques à eux-mêmes ». Il faut donc distinguer entre *opus operatum* et *modus operandi* : c'est la reconstruction scientifique qui permet de reconstruire une « formule génératrice » et de considérer les rituels comme les œuvres œuvrées (*opera operata*) par cette formule ; la manière dont l'agent en arrive à cette pratique rituelle, en revanche, le *modus operandi*, n'est pas un raisonnement logique (« puisque je pars de ce schéma sur le monde, je dois accomplir tel ou tel geste »), mais la mise en œuvre de ces schèmes pratiques opaques⁴⁶⁵.

Comme l'artiste, l'agent accomplissant un rite agit à la suite d'un apprentissage pratique. Et un tel apprentissage a pour caractéristique de se rendre invisible : ces schèmes de perception, « continuellement renforcés par des actions et des discours produits selon les mêmes schèmes, sont exclus de l'univers des objets de pensée ». Cela explique ce qui paraît à première vue un paradoxe : « Il n'y a de maîtrise réelle de cette logique [celle qui préside aux rites] que pour qui est complètement maîtrisé par elle, qui la possède, mais au point d'en être totalement possédé, c'est-à-dire dépossédé »⁴⁶⁶.

Nous ne voulons pas nous occuper de savoir si la justice est ou non une pratique rituelle, ou tout du moins constituée de pratiques rituelles ; sans doute existe-t-il suffisamment d'éléments en ce sens pour qu'un sociologue l'avance, mais cela ne changerait rien à notre propos. Les réflexions de Bourdieu doivent nous servir, non de schéma direct d'explication, mais de modèle. En effet, la structure qu'il met en place nous semble pouvoir être utilisée pour rendre compte aussi de la formation juridique. De ce point de vue, la question fondamentale est celle de la distinction entre *opus operatum* et *modus operandi*, c'est-à-dire en dernier lieu entre reconstruction logique et sens pratique. C'est en effet, à notre sens, la même distinction que l'on retrouve chez Genette entre imitation et transposition, et que nous voulons appliquer au discours juridique : d'un côté, un

particulier.

⁴⁶⁵ BOURDIEU (Pierre), *Le Sens pratique*, Paris, Éd. de minuit, 1980, 474 p., p. 26.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 29.

procédé conscient reposant sur des cheminements intellectuels qui peuvent être contrôlés et réitérés par n'importe quel autre être doué de raison, de l'autre une pratique qui s'affranchit de la réflexion, soit qu'elle s'y refuse explicitement (cas de la transposition, purement mécanique), soit qu'elle repose sur des fondements inaccessibles au raisonnement logique car admis par l'agent lors de son apprentissage (social ou professionnel) et ne pouvant plus être remis en question (en tout cas n'ayant pas tendance à l'être).

Or le discours du juge, au-delà de l'aspect rationnel, repose également sur les présupposés acquis avec le métier, et renforcés ensuite tant dans sa propre pratique que dans la fréquentation régulière des notes de jurisprudence, des revues et des monographies. Il en va ainsi du langage juridique comme du langage en général, pour une part pas tant maîtrisé par le locuteur qu'à lui échappé ; qu'on songe seulement aux jeunes écrivains nourris de Bergotte mais prétendant se détacher de lui :

De plus jeunes qui commençaient à le renier et prétendaient n'avoir aucune parenté intellectuelle avec lui, la manifestaient sans le vouloir en employant les mêmes adverbes, les mêmes prépositions qu'il répétait sans cesse, en construisant les phrases de la même manière, en parlant sur le même ton amorti, ralenti, par réaction contre le langage éloquent et facile d'une génération précédente. Peut-être ces jeunes gens – on en verra qui étaient dans ce cas – n'avaient-ils pas connu Bergotte. Mais sa façon de penser, inoculée en eux, y avait développé ces altérations de la syntaxe et de l'accent qui est en relation nécessaire avec l'originalité intellectuelle.⁴⁶⁷

Nous ne prétendons pas, dans un travail de recherche, donner valeur décisive à un exemple tiré des belles lettres. Simplement, il nous semble que Proust rend ici particulièrement visible ce qu'il peut y avoir de collectif dans le discours, la façon dont la langue s'y insinue et y porte un élément extérieur à la seule individualité. L'intéressant est que ces affleurements peuvent être tout à fait involontaires, comme c'est le cas ici ; et que certains thèmes ou certaines situations particulières les appellent spontanément. Il en irait ainsi des locutions juridiques, précisément parce qu'elles aussi ne sont pas naturelles, mais les parties d'un sociolecte, comme de ces expressions « peu habituelles, que tel sujet particulier, telle circonstance donnée, font affluer presque nécessairement à la mémoire du causeur qui croit exprimer librement sa pensée, et ne fait que répéter machinalement la leçon universelle »⁴⁶⁸.

Dans la suite de ce titre, nous allons donc voir comment se manifeste dans les décisions des juges cette tension entre langue et discours, collectif et individuel. On n'y trouve en effet pas seulement le résultat d'un raisonnement logique, mais aussi des traces de structures mentales plus

⁴⁶⁷ PROUST (Marcel), *À l'ombre des jeunes filles en fleur*, Paris, Gallimard (« Folio »), 1988, 568 p., p. 125-126.

⁴⁶⁸ PROUST (Marcel), *La prisonnière*, Paris, Gallimard (« Pléiade »), 1954, 1319 p., p. 749.

profondes. En se fondant sur la théorie dispositionnaliste de l'action, on peut étudier, dans le discours du juge (du juge constitutionnel français, en fait), les transpositions à la fois comme une expression de son apprentissage et comme une manière de recueillir l'assentiment de ceux qui se meuvent dans le même champ. Cette double perspective s'explique si l'on s'appuie sur l'analyse sociologique du langage proposée par Bourdieu : la capacité de parler le langage juridique n'est pas tant le fondement de l'autorité exercée au moyen de cette parole qu'une obligation pour le locuteur à qui cette parole est permise par sa position institutionnelle⁴⁶⁹. Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, utiliser un discours juridique (c'est-à-dire empreint des éléments formels qui le font reconnaître comme le discours d'un juriste) est, plus qu'un simple moyen de conviction, une nécessité pour tenir son rang :

Instituer, assigner une essence, une compétence, c'est imposer un droit d'être qui est un devoir être (ou d'être). C'est *signifier* à quelqu'un ce qu'il est et lui signifier qu'il a à se conduire en conséquence. [...] Il appartient aux nobles d'agir noblement et l'on peut aussi bien voir dans l'action noble le principe de la noblesse que dans la noblesse le principe des actions nobles.⁴⁷⁰

En réalité, sa parole est dans une certaine mesure (mesure qui va sans doute aussi, par la forme, jusqu'au fond) prédéterminée par sa position institutionnelle⁴⁷¹.

En conséquence, cette théorie fournit, à notre sens, une base suffisamment solide pour suivre sérieusement cette piste : on ne se reposera pas, ce faisant, sur un sens commun un peu vague, mais sur les structures d'origine sociale qui l'étaient. Cette perspective fait ressortir une forme de pratique circulaire qui favorise le travail de légitimation : la réutilisation de syntagmes considérés comme typiquement juridiques est aussi bien la conséquence de l'apprentissage subi par ces juristes qu'un outil utilisé pour affirmer sa position de véritable juriste (cette contrainte se manifeste notamment dans le fait que, même non juristes à l'origine, les membres du Conseil s'imprègnent du style hérité du Conseil d'État⁴⁷²) ; action consciente et déformation professionnelle se rejoignent et s'emmêlent ici.

Nous partons du postulat que le but des juges est d'énoncer des principes de référence qui ne

⁴⁶⁹ « La compétence linguistique n'est pas une simple capacité technique mais une capacité statutaire qui s'accompagne le plus souvent de la capacité technique, ne serait-ce que parce qu'elle en commande l'acquisition par l'effet de l'assignation statutaire (« noblesse oblige »), à l'inverse de ce que croit le conscience commune, qui voit dans la capacité technique le fondement de la capacité statutaire » (BOURDIEU (Pierre), *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, 244 p., p. 64).

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 126.

⁴⁷¹ Bourdieu observe l'existence d'une censure structurale du discours qui s'impose aussi au porte parole autorisé « dont la parole d'autorité est plus que toute autre soumise aux normes de la bienséance officielle » (*ibid.*, p. 169).

⁴⁷² Sur l'influence du Conseil d'État sur le Conseil constitutionnel, voir une synthèse dans LEROYER (Séverine), *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 2011, 756 p., p. 526-529.

seront pas contestés ; pour ce faire, ils peuvent donc utiliser, plutôt qu'un raisonnement purement déductif qui prêterait trop le flanc à la critique, une forme d'évidence résidant dans les formules elles-mêmes – et qui les dépassent. Moins rigoureuse d'un point de vue strictement juridique, cette façon de faire échappe cependant à la critique précisément parce qu'elle s'inscrit dans le champ⁴⁷³ juridique et utilise un sociolecte si naturel qu'il ne prête pas le flanc à cette critique – si ce n'est, tout au plus, pour contester que tel ou tel concept particulier aura été bien utilisé. Mais ce n'est pas le fait même de le constitutionnaliser qui est en cause. Sans aborder la question de l'origine consciente ou non de cette pratique (plutôt, même, en postulant apparemment son utilisation consciente), certains auteurs ont pu l'observer dans d'autres domaines du droit, et montrer à cette occasion sa puissance argumentative. Loïc Azoulai en fait la démonstration en étudiant la jurisprudence de la CJUE portant sur les « compétences retenues des États membres ». En s'appuyant sur les travaux de Luhman, il établit, comme nous le faisons dans ce travail, une distinction entre la redondance, c'est-à-dire « l'assemblage et la composition de formules récurrentes et signifiantes », phénomène « local et casuel », et le recours au précédent qui s'attache « au fond de solutions dégagées par la jurisprudence antérieure » et est en tant que tel « systématique et normatif »⁴⁷⁴. Ce qui est particulièrement intéressant dans ce cas, c'est que, comme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel que nous allons étudier, et dans le même mouvement d'ensemble que nous avons dégagé à propos de cette juridiction, la fonction de ces formules n'est pas tant d'étendre à la dérochée le domaine de compétence de l'Union au-delà de la lettre des traités que de réaliser une articulation entre droits de l'Union et souveraineté des États⁴⁷⁵.

Avant de nous tourner plus en détail vers les catégories élaborées par Genette puis de les utiliser pour rendre compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Bundesverfassungsgericht, il nous reste à énoncer un dernier *caveat*. En avançant, dans la suite de ce travail, que ces cours constitutionnalisent des concepts sans pouvoir s'appuyer sur une base textuelle, nous n'entendons rien leur reprocher. Au contraire, comme cela a été évoqué dans le cas de la cour européenne, observer ce fait pourra nous conduire à nous demander s'il n'est pas nécessaire, lorsqu'on étudie le droit, de savoir aussi reconnaître ses limites et d'accepter qu'il faut parfois au juge composer ou ruser afin de le rendre acceptable.

⁴⁷³ Au sens sociologique dégagé par Bourdieu (voir notamment *Les règles de l'art*, Paris, Seuil (« Points »), 1998, 567 p., en particulier p. 292-303 ; ou encore « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, 1986, n° 64, p. 3-19).

⁴⁷⁴ AZOULAI (Loïc), « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in NEFRAMI (Eleftheria), dir., *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 438 p., p. 341-368.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 360-364.

Dans la suite de ce titre, nous nous proposons d'étudier la formation du droit constitutionnel par transposition, c'est-à-dire l'énonciation comme principes constitutionnels de normes ou de critères trouvés dans d'autres régions du champ juridique que dans le texte constitutionnel en vigueur (ce qui peut se faire de façon implicite : il suffit pour cela que l'énoncé serve de majeure au syllogisme énoncé dans la décision). Nous y ajouterons les énoncés formés à partir du texte constitutionnel, mais sans appui sur une réflexion matricielle. Le premier cas (chapitre 1) met en jeu des hypotextes infraconstitutionnels (en général, la loi, mais également les standards énoncés par le juge ordinaire), le second, des hypotextes intraconstitutionnels (chapitre 2).

Il nous reste encore à faire une remarque liminaire. L'énumération que nous venons de faire ne comprend pas un cas qui semblerait, en théorie, le plus évident : l'hypotexte constitutionnel, c'est-à-dire le recours à des énoncés provenant de constitutions antérieures. Ce cas n'est certes pas inimaginable, mais il ne présente pas, pour notre objet, de grand intérêt. En France, parce qu'il ne se rencontre pour ainsi dire pas dans les normes de référence utilisées par le Conseil constitutionnel : dans la mesure où le préambule de 1958 fait référence à celui de 1946, et que celui-ci comprend toutes les dispositions relatives aux droits de l'homme que l'on peut trouver dans la Constitution de 1946, le juge n'a pas à recourir à une forme d'hypertextualité pour les inclure dans ses normes de référence. Quant aux droits proclamés en 1793 et 1795, il ne semble pas que le Conseil les utilise lorsqu'il recherche les sources du droit constitutionnel.

On pourrait à la rigueur citer comme exemple d'hypotexte constitutionnel la « forme républicaine du gouvernement » de l'article 89, reprise comme on sait des constitutions des III^e et IV^e Républiques⁴⁷⁶. Après tout, la transposition est d'autant plus manifeste que, si l'on s'en réfère aux travaux préparatoires à la Constitution de 1958, c'est bien la formule en tant que telle qui a été reprise, non un sens particulier qu'on voulait transmettre. Lorsque M. Marcilhacy proposa de remplacer « républicain » par « démocratique », afin d'éviter un amalgame avec les Républiques populaires, Paul Reynaud, président de la session, refusa et donna pour seul argument : « C'est une vieille formule : "la forme républicaine du Gouvernement" »⁴⁷⁷. Quant au gouvernement, représenté par Michel Debré, il « [était] très ferme pour le maintien de sa position », mais ne donna pas d'autre explication. On a donc bien affaire, ici, à la transposition d'un énoncé dans un autre texte ; transposition qui, selon Genette, ne peut s'accomplir sans variations (dues au nouveau contexte

⁴⁷⁶ Art. 8 des lois constitutionnelles de 1872 (ajout introduit par la loi du 14 août 1884 portant révision partielle des lois constitutionnelles), art. 95 de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁴⁷⁷ Compte-rendu de la séance du 5 août 1958, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, p. 188 sq.

d'édiction) dans le sens de l'énoncé⁴⁷⁸. Cependant, la formule est inscrite telle quelle dans la Constitution de 1958, mais il lui a jusqu'aujourd'hui été refusé toute application en dehors de son sens originel : cela intéressera qui s'occupe, en général, de l'écriture des constitutions, demeure pour le reste en-dehors de notre sujet précis. Si un jour, en revanche, le Conseil constitutionnel décide, contre tout sens littéral et contre toute interprétation historique, de protéger grâce à cette mention tout un ensemble de principes qu'il comprendrait comme inhérents à une « forme républicaine de gouvernement », ce jour-là alors nous rangerons cette nouvelle jurisprudence au nombre des énoncés reposant sur un hypotexte intraconstitutionnel.

En Allemagne, on trouve un exemple plus clair encore d'hypotexte constitutionnel, mais qui ne nous retiendra pas non plus. L'article 140 GG incorpore tels quels à la Loi fondamentale les articles 136 à 139, et 141, de la Constitution impériale de Weimar. Le constituant se sert donc d'un palimpseste pour écrire le nouveau texte constitutionnel, mais cette pratique lui reste propre et n'engage pas le juge – on la laissera donc de côté. La doctrine s'accorde en effet, d'après la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht, sur le fait que l'origine de ces articles n'a pas de conséquence particulière sur leur interprétation : « quand deux lois fondamentales disent la même chose, et bien ce n'est pas la même chose »⁴⁷⁹. Ils forment un « tout organique » avec le reste du texte constitutionnel, et ne doivent donc pas être interprétés autrement, mais « selon le sens et l'esprit de l'ordre de valeur établi par la Loi fondamentale ». Ainsi, le juge néglige l'interprétation qui a été donnée de ces articles, ou aurait pu l'être, sous la République de Weimar⁴⁸⁰. À l'inverse, c'est d'après les principes mis en avant par le texte de 1949, et notamment la liberté de conscience intégrée au catalogue des droits fondamentaux qui ouvre celui-ci, qu'on doit appliquer, par exemple, l'article 136 WRV – dans un sens, donc, bien plus large que ce qui était prévu entre les deux guerres⁴⁸¹. Que ces articles, par ailleurs, puissent être interprétés au regard des travaux préparatoires de la Constitution de Weimar⁴⁸² ne contredit pas fondamentalement cette position : le juge se reporte

⁴⁷⁸ GENETTE, *Palimpsestes*, p. 417 (« Comme je l'avais annoncé sans grand mérite, et comme nous l'avons constamment vérifié sans grand effort, il n'existe pas de transposition *innocente* – je veux dire : que ne modifie d'une manière ou d'une autre la signification de son hypotexte »). On peut à nouveau renvoyer, pour un exemple, à Borges : citant deux fois le même passage du *Quichotte*, la première fois présenté comme l'original, la seconde comme la réécriture par Pierre Ménard, le narrateur parvient à prouver que les deux textes sont du tout au tout différents – y compris du point de vue du style. En résumé, « Le texte de Cervantès et celui de Ménard sont verbalement identiques, mais le second est presque infiniment plus riche » (BORGES, *op. cit.*, p. 49-50).

⁴⁷⁹ « Aber wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe » (SMEND (Rudolf), « Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz », *ZevKR*, 1, 1951, p. 1-14).

⁴⁸⁰ « die Art. 136-139 und 141 WRV [sind] infolge ihrer Inkorporation in das Grundgesetz dessen Bestandteil, d.h. sie bilden mit diesem zusammen ein organisches Ganzes und sind daher nach dem Sinn und dem Geist der grundgesetzlichen Werteordnung auszulegen. [...] Deshalb kann hier dahinstehen, wie Art. 137 Abs. 6 WRV [...] zur Zeit der Geltung der Weimarer Reichsverfassung ausgelegt worden ist und auszulegen war » (BVerfGE, 19, 226, 236).

⁴⁸¹ BVerfGE, 33, 23, 30-31, à propos de l'obligation faite au témoin de jurer dans un procès pénal.

Pour un aperçu général de cette question, voir LEIBHOLZ/RING, GG, art. 140 ; BK, art. 140, notamment les n° 147-148.

⁴⁸² Ainsi dans BVerfGE 19, 253, 257.

à des débats qui puissent l'éclairer sur le sens d'une disposition, ce que ne peuvent pas faire ceux de 1948-1949, puisque le constituant s'était résolu à reprendre les anciennes formules uniquement faute d'un compromis entre les différents partis. Ce n'est donc pas signe d'un travail hypertextuel si l'article est étudié d'après la situation de 1919.

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République relèvent enfin eux aussi d'un tel cas limite. Nous les avons déjà étudiés sans les rattacher à une écriture hypertextuelle, puisqu'ils sont inscrits dans le préambule de 1946. Cependant, on pourrait considérer que le Conseil constitutionnel, à chaque fois qu'il établit les critères permettant de définir le concept et d'en retrouver les manifestations, utilise l'expression en un autre sens que celui qu'elle pouvait avoir dans l'esprit de ses auteurs – que ceux-ci aient eu, ou non, comme objectif principal et inavoué de protéger ainsi l'enseignement libre⁴⁸³. Ainsi considéré, on pourrait donc accepter le concept de PFRLR comme un hypertexte constitutionnel. Parce que, cependant, ces principes se sont constitués en un corpus autonome (justement par l'apparition de ces critères stables – quoique toujours susceptibles d'être inopinément complétés⁴⁸⁴), il paraît plus juste de les étudier en même temps que les autres sources du droit – les disputes d'interprétation éventuelles relevant finalement de la simple application de ces critères.

⁴⁸³ Pour un exposé nuancé et rigoureux sur cette question, on renverra à la thèse de Véronique Champeil-Desplats (*Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la république*, Paris – Aix en Provence, Economica – PUAM, 2001, 306 p.), et plus particulièrement aux pages 47 à 68. Pour la distinction qui doit, de toutes manières, être faite entre l'usage de la notion par les différents acteurs, voir l'introduction de ce même ouvrage.

⁴⁸⁴ Cf. l'apparition implicite et inopinée, dans la décision 93-321 DC, à propos du droit du sol, de l'exigence selon laquelle le principe revendiqué doit, dès l'origine, avoir été compris comme un principe fondamental du régime républicain (CARCASSONNE (Guy), *La Constitution*, Paris, Seuil, 2013 (11^e édition), 465 p., p. 442 ; VERPEAUX (Michel), note sous 93-321 DC, *PA*, 1994, n° 26, p. 11). Plus récemment, voir la soudaine expulsion de tout ce qui relève de questions sociales dans la décision sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe (décision 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 21).

Chapitre 1 L'hypotexte infraconstitutionnel

Le Conseil constitutionnel a parfois recours, lorsqu'il doit préciser le sens d'un mot ou d'une expression qui se présente à lui dans le texte constitutionnel, à des formulations qu'il recueille à d'autres niveaux de la hiérarchie des normes. Cela pose un problème évident au regard de cette hiérarchie : une norme supérieure ne trouve son sens que grâce à une norme inférieure, empêchant, en retour, tout contrôle de celle-ci. On ne peut expliquer cette atteinte à un principe si profondément constitutif de l'ordre juridique (un principe, au moins, qui n'est pas remis en question) que par l'intérêt qu'a le juge d'user de ces hypotextes infraconstitutionnels.

Encore faut-il que l'hypotexte soit suffisamment établi dans l'ordre juridique pour justifier cet écart : un texte de loi utilisé constamment depuis des décennies et trouvant des racines plus lointaines encore peut jouer ce rôle (section 1), pas une expression avancée par une part, même dominante, de la doctrine et sujette à d'assez vifs débats (section 2).

Section 1 L'interprétation de l'article 17 DDHC

Les requêtes fondées sur l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sont l'occasion de présenter deux façons d'utiliser un hypotexte infra-constitutionnel. On observe, en étudiant la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce point, comment les termes d'un énoncé constitutionnel peuvent se trouver interprétés à la lumière de dispositions législatives, quand celles-ci ne se substituent pas, tout simplement, à eux. D'abord lorsque les termes de la loi servent à interpréter telle notion apparaissant dans le texte constitutionnel (§ 1). Plus largement, la restriction

donnée au champ d'application de cet article semble aussi reposer sur un hypotexte latent (§ 2).

§ 1 Interprétation des dispositions de l'article

Le recours à un hypotexte peut servir à préciser un énoncé d'origine qui reste, dans l'absolu, trop vague pour offrir une interprétation univoque. S'il voulait se reposer sur cet énoncé (constitutionnel), le juge devrait, pour obtenir un raisonnement intellectuellement satisfaisant et convaincant, offrir un chemin argumentatif permettant de passer de l'énoncé de départ à celui d'arrivée. On a cependant déjà signalé que cette façon de faire a la faiblesse d'appeler, comme tout acte argumentatif, la réfutation, et sert donc mal la majesté du droit. Pour ne pas avoir à en passer par là, le juge peut se servir dans les formules que lui offre déjà le droit, même si elles sont d'un rang inférieur dans la hiérarchie des normes. Certes, par là, il les constitutionnalise implicitement (du moins jusqu'au prochain revirement de jurisprudence), mais il profite également de la légitimité que le temps leur a donnée. Pour l'article 17 DDHC, c'est notamment le cas en ce qui concerne le caractère « juste » de l'indemnisation (a) et la « nécessité publique » sur laquelle doit reposer la procédure d'expropriation (b).

a. Une indemnité « juste »

Nombre de querelles juridiques trouveraient une fin heureuse, si le juge avait un moyen de discerner, en toute occasion, le juste. Si le droit est en effet l'art de trouver le juste (ou « l'équitable et le bon »), la connaissance de ce juste aplanit bon nombre d'obstacles. L'expérience a pourtant appris qu'il n'est pas aisé à reconnaître, et l'on imagine l'embarras du juge chargé d'expliquer ce que doit être, comme l'exige l'article 17 DDHC en cas d'expropriation, une indemnité « juste ».

Encore le juge ordinaire peut-il introduire plus ou moins d'équité dans sa décision, et se servir des éléments concrets de l'espèce pour trancher⁴⁸⁵. Les questions de principe, en revanche, offrent plus de difficultés, tant il est malaisé de pouvoir dire, dans l'absolu, ce qui est juste ou non. Le juge constitutionnel s'est donc trouvé dans une situation délicate lorsque des requérants ont soulevé devant lui la question du caractère juste de l'indemnisation prévue dans ce texte.

Le premier constitutionnaliste venu pensera pourtant à la décision portant sur la loi de nationalisation⁴⁸⁶, qui censura précisément le projet de loi soumis à son contrôle en signalant que l'indemnisation qu'il prévoyait n'était pas juste en ce qu'elle minorait la valeur des participations

⁴⁸⁵ C'est même le propre du juge selon Guy Canivet (voir « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in FRISON-ROCHE (Anne-Marie) et BARANÈS (William) dir., *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1996, 126 p.).

⁴⁸⁶ Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982.

nationalisées. Cette décision, nous y reviendrons, peut cependant faire figure d'exception. Bien plus fondatrice à notre sens est la décision 89-256 DC du 25 juillet 1989⁴⁸⁷. Ici apparaît en effet le considérant de principe qui décompose l'article 17 DDHC en une suite de critères permettant de juger la légalité d'une expropriation :

Considérant qu'afin de se conformer à ces exigences constitutionnelles la loi ne peut autoriser l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers que pour la réalisation d'une opération dont *l'utilité publique est légalement constatée* ; que la prise de possession par l'expropriant doit être subordonnée *au versement préalable d'une indemnité* ; que, *pour être juste*, l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation ; qu'en cas de désaccord sur la fixation du montant de l'indemnisation, l'exproprié doit disposer d'une voie de recours appropriée⁴⁸⁸

On voit bien ici que chaque membre de phrase développe l'une des « exigences » de l'article 17 en lui donnant, le cas échéant, un contenu un peu plus précis (« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque **la nécessité publique, légalement constatée**, l'exige évidemment, et sous la condition d'une **juste et préalable indemnité** »). Or les critères énoncés pour garantir le caractère juste⁴⁸⁹ de l'indemnité ne manquent pas d'arrêter l'œil, puisqu'ils sont une citation exacte quoique non signalée de l'article L13-13 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique⁴⁹⁰. Tout l'intérêt d'un hypotexte pour le juge constitutionnel apparaît ici : au moment où il énonce un considérant crucial puisque destiné à régler le contenu de l'indemnisation qui doit être versée par l'expropriant, il réussit, plutôt que de s'engager sur une voie périlleuse qui devrait le conduire à expliquer ce qu'est une indemnisation juste, à énoncer des critères qui paraissent incontestables pour la simple raison qu'ils sont déjà établis, et quotidiennement pratiqués par les juristes, tels quels depuis quarante ans⁴⁹¹, sans rupture trop

⁴⁸⁷ « Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles », note P. Bon, RFDA, 1989, p. 1009-1025.

⁴⁸⁸ Cons. 19 (nous soulignons les trois passages qui reprennent et développent les conditions énoncées à l'article 17 DDHC).

⁴⁸⁹ Il est d'ailleurs remarquable qu'on doive s'en tenir à cette périphrase, sans pouvoir simplement parler de la « justesse » ou de la « justice » de l'expropriation : si l'on voulait le faire, on se trouverait entraîné sur un terrain peu sûr, puisque la justice de l'un n'est pas celle de l'autre. Afin de se montrer le plus neutre possible, le juriste est contraint d'inventer un langage propre, fait de mots interdépendants, tant que cela se peut. Le « caractère juste » désigne le fait de se conformer, non au juste en général (qu'il soit intellectuel, comme dans le cas de la justesse, ou moral, comme dans celui de la justice), mais à ce que la loi a désigné comme juste – c'est-à-dire les critères que nous énonçons. Cela ne va pas, bien sûr, sans une forme de raisonnement circulaire. Il nous semble que c'est précisément et nécessairement la caractéristique d'un langage performatif comme l'est le droit.

⁴⁹⁰ « Les indemnités allouées doivent couvrir *l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation* » (nous soulignons).

⁴⁹¹ Cette formulation est apparue pour la première fois dans l'ordonnance 58-997 du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique, à l'article 11. Elle a depuis été codifiée à droit constant.

Signe du caractère d'évidence dont est désormais parée la formule, elle est régulièrement réutilisée lorsqu'il s'agit de prévoir une indemnité dans un cas semblable à une expropriation. Voir ainsi Code de l'énergie, art. L721-10 (servitudes de passage), Code du patrimoine, art.532-11 (acquisition forcée de biens publics maritimes), loi n° 85-30 relative au développement et à la protection de la montagne, art. 54 (servitudes concernant les pistes de ski).

marquée avec le régime qui gouverne l'expropriation pour cause d'utilité publique depuis 1810⁴⁹². De fait, si cette réutilisation a pu être relevée par les commentateurs, elle n'a pas appelé de commentaires particuliers⁴⁹³.

Cela sans doute parce qu'elle était trop évidente, sans doute aussi parce que, dans le contexte de la décision, cet élément était somme toute accessoire. L'argument des requérants ne portait pas sur le montant de l'indemnité, mais sur l'existence d'une procédure permettant de prendre possession de terrains avant la fin de la procédure d'expropriation proprement dite. Le Conseil s'intéresse donc plutôt, dans son raisonnement⁴⁹⁴, à la proportionnalité de cette voie qu'au détail de l'indemnisation (tout en utilisant comme un élément de constitutionnalité la prise en compte du préjudice éventuellement subi en raison de la rapidité de la procédure). Il utilise donc pour ainsi dire la forme de *l'obiter dictum* pour établir ces critères.

Ce considérant s'établit ensuite comme un considérant de principe à partir surtout de l'apparition de la QPC, qui a permis de soumettre à constitutionnalité un régime de l'expropriation protégé jusque là par son ancienneté (la décision de 1989 avait ainsi dû passer par la jurisprudence Nouvelle-Calédonie sur le contrôle des lois déjà promulguées pour contrôler l'article L15-9 du C. expr., modifié par la loi qui lui était soumise). Six décisions QPC citent la même formule (hésitant simplement entre « indemnité » et « indemnisation »)⁴⁹⁵. La première d'entre elles⁴⁹⁶ concerne le caractère préalable de l'indemnisation, mais pas son caractère juste ; on relèvera donc seulement que la citation entière du considérant sur l'article 17 montre à quel point celui-là doit être regardé comme un considérant de principe.

La suivante est, en revanche, beaucoup plus intéressante. La question posée à l'occasion de la décision 2010-87 QPC⁴⁹⁷ portait précisément sur la constitutionnalité de l'article L13-13 C. expr., celui-là même sur lequel s'appuyait le Conseil pour interpréter l'article 17 DDHC : le requérant le prétendait inconstitutionnel en ce qu'il excluait toute réparation du préjudice moral. Le problème

Le juge administratif en avait même fait un principe fondamental du droit « tout acte de puissance publique », affirme-t-il, « ouvre droit à réparation lorsqu'il en résulte un dommage direct, matériel et certain » (avis du CE du 18 décembre 1924, cité par COLLY (François), « Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété », RDP, 1988 (1), p. 135-197, p. 180.

⁴⁹² La loi du 9 mars 1810, en son article 16, offre au juge, comme éléments permettant de déterminer le montant de l'indemnité, des critères uniquement matériels (baux et contrats de vente).

⁴⁹³ Voir ainsi BON (Pierre), « Le statut constitutionnel du droit de propriété, À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 89-256 DC du 25 juillet 1989 sur l'expropriation d'extrême urgence », RFDA, 1989, p. 1009-1025. Pas plus de référence à l'art. L13-13 dans GENEVOIS (Bruno), « La soumission du régime de l'expropriation à la Constitution, À propos de la décision n° 89-256 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 », CJEG, 1990, p. 1, quoique l'auteur détaille les conditions énoncées par le Conseil.

⁴⁹⁴ Décision 89-256 DC, 25 juillet 1989, cons. 20.

⁴⁹⁵ Décisions 2010-26 et 87 QPC, 2012-226, 236, 247 et 275 QPC.

⁴⁹⁶ Décision 2010-26 QPC du 17 septembre 2010, *SARL l'Office central d'accession au logement*, note L. Domingo, RFDC, 85, 2011, p. 123-129.

⁴⁹⁷ Décision 2010-87 QPC du 21 janvier 2011, *Jacques S.*

semble dès lors relever de la tautologie : pour déterminer si cette disposition respecte le bloc de constitutionnalité, le juge doit déterminer ce qu'est une « juste [...] indemnité », ce qu'il fait d'habitude en reprenant les critères énoncés par l'article ici contesté. En toute logique la solution ne conduit pas à une déclaration d'inconstitutionnalité : puisque l'article 17 requiert une indemnisation du préjudice direct, matériel et certain, une disposition qui prévoit que l'indemnité doit couvrir le préjudice direct, matériel et certain est conforme à la Constitution⁴⁹⁸.

Plus précisément, le Conseil énonce « qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose que la collectivité expropriante [...] soit tenue de réparer la douleur morale éprouvée par le propriétaire à raison de la perte des biens expropriés »⁴⁹⁹. Ce considérant a été vivement critiqué, tout comme l'ensemble de la décision, à qui est reprochée en général (comme souvent dans le cas des QPC) son laconisme⁵⁰⁰. De fait, il n'apparaît pas de raisonnement permettant de justifier ce rejet, ce qui pousse d'ailleurs les commentateurs à supposer une prise en compte par le juge du principe de bon emploi des deniers publics, ainsi que la difficulté qu'il y a à réparer une douleur morale – pour mieux critiquer ces considérations au point de vue du droit constitutionnel comme du droit en général. Cette décision, en effet, renverrait le droit public cinquante ans en arrière, avant la reconnaissance par le Conseil d'État du préjudice moral (*CE 24 novembre 1961 Consorts Letisserand*). Surtout, elle négligerait l'accueil offert au XIXe siècle par la Cour de cassation à l'élément moral du préjudice subi par une personne expropriée, qui comme tel laissait supposer que la douleur morale n'était pas impossible à réparer dans le cas des expropriations⁵⁰¹ ; aujourd'hui, d'ailleurs, si l'article 13-13 est interprété de façon restrictive, il n'en reste pas moins que, là où il le peut, le juge judiciaire impose, dans ce même contentieux de l'expropriation, de réparer aussi le préjudice moral⁵⁰². Cette décision laisse donc aux commentateurs le goût d'une « occasion manquée ».

On peut pourtant, comme nous l'avons esquissé, y trouver un raisonnement tout à fait

⁴⁹⁸ C'est d'ailleurs, sans plus de fard, l'argumentation du gouvernement : son représentant, Xavier Pottier, déclare ainsi à l'audience après avoir relevé l'identité du considérant de principe et de l'article L13-13 C. expr. : « vous allez donc nécessairement juger que la juste indemnité [...] n'avait pas à couvrir de préjudice purement moral » (audience publique du 6 janvier 2011, vidéo disponible sur le site du Conseil constitutionnel ; nous soulignons).

⁴⁹⁹ *Ibid.*, cons. 5.

⁵⁰⁰ Voir notamment HOEPFFNER (Hélène), « L'absence de réparation du préjudice moral ne viole pas la Constitution », *Droit Administratif*, 2011/3, p. 44-48 ; HOSTIOU (René), « L'indemnité d'expropriation est-elle "juste" ? », *AJDA*, 2011, p. 447 sq. ; MARCILLLOUX-GIUMMARA (Sandrine), « Le Conseil constitutionnel et la réparation du préjudice moral résultant de l'expropriation : acte I ? », *RFDC*, 2011/3, n° 87, p. 601-608.

⁵⁰¹ La Cour de cassation a ainsi reconnu que « le propriétaire dépossédé a le droit de faire entrer dans sa demande d'indemnité un prix quelconque, soit de convenance, soit d'affection, soit de moins-value » (Civ., 28 août 1839, *Sirey*, 1839, p. 794-801) ; cette mention est d'autant plus remarquable qu'il n'était pas question, en l'espèce, d'un prix d'affection, mais d'une moins-value. Au début du XXe siècle, Garsonnet renvoie encore à l'article 545 CC pour justifier cette inclusion du préjudice moral (GARSONNET (Eugène), *Traité de l'expropriation*, Paris, P. Dupont, 1900-1901, 2 t., t. 2, p. 120).

⁵⁰² Ainsi dans le cas, signalé par H. Hoepffner (cf. supra), où l'expropriation est déclarée après coup irrégulière mais où une rétrocession en l'état est impossible : CA Orléans, 15 juin 1966, Merlin : D. 1967, somm. 2. - Cass. com., 6 mai 1964 : Bull. civ. 1964, III, n° 238.

convaincant, à condition seulement de considérer que le caractère matériel de l'indemnité, en devenant un considérant de principe, a, de fait, gagné valeur constitutionnelle. Si, comme on l'a vu, le caractère juste se réduit à la réparation du préjudice matériel, il va de soi « qu'aucune exigence constitutionnelle » ne s'attache à la réparation du préjudice moral.

Le Conseil, ici comme souvent, n'est pas bavard, mais ce n'est pas pour autant que sa décision repose sur une interprétation purement arbitraire, *ad hoc*, de l'article 17 DDHC. En 1989, à une époque où il s'agissait d'établir petit à petit les normes matérielles qui lui serviraient dans son contrôle, il s'était naturellement appuyé sur un texte qui semblait aller de soi. Une vingtaine d'années plus tard, alors que son travail a été profondément remodelé par l'introduction d'un contrôle *a posteriori*, ce recours à un hypotexte lui permet de fonder une décision sans avoir à s'engager dans un débat sur la nature du « juste », qui risquerait plus encore de découvrir son flanc. Depuis, le Conseil a continué à énoncer le même considérant de principe, même lorsque la détermination de l'indemnité n'était pas en jeu. La reprise systématique de l'article L 13-13 C. expr. en fait une norme générale, qui pourra à nouveau s'appliquer avec les apparences de l'évidence si besoin en est.

Reste à revenir sur la décision *Nationalisations*, qui ne rentre pas dans le schéma tracé. Dans ses considérants 47 à 60, elle présente un examen du caractère juste de l'indemnisation, à l'occasion duquel n'est énoncée aucune norme générale qui pourrait préciser les critères de cette appréciation. On pourrait donc se servir de cette décision comme d'un contre-exemple : le Conseil pourrait parfaitement se passer de tout procédé légitimant et argumenter lui-même pour décider de ce qui est juste ou non – bien plus, il le ferait justement lorsque sa situation est la plus délicate (comme c'était le cas en 1982). Sans même nous demander si on ne doit pas voir là un écart dû à la jeunesse du Conseil (ou tout du moins au nouveau rôle qu'il doit endosser avec l'alternance), sans non plus arguer des critiques que fit naître cette décision⁵⁰³ (il n'est en effet pas certain, vu le contexte politique de l'époque, que quelque autre justification que ce soit ait pu rencontrer un meilleur succès), nous voudrions signaler le caractère exceptionnel de la situation dans laquelle se trouvait le Conseil. Si le texte examiné était bien législatif, il n'était pas pour autant une norme générale, comme le sont habituellement les lois, mais une forme de décision administrative. D'une certaine façon, le Conseil devait ici agir comme un juge de l'expropriation plus que comme le contrôleur abstrait des lois. Dans ce qui s'apparente à un contrôle concret, il s'oriente d'après la volonté du législateur pour déterminer le caractère juste de l'indemnisation⁵⁰⁴. Ce n'est pas le but visé par celui-

⁵⁰³ Pour un bon aperçu, cf. STONE (Alec), *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*, New-York, Oxford, Oxford University Press, 1992, 312 p., p. 161-162.

⁵⁰⁴ Cf. au cons. 55 : « Considérant que l'appel à d'autres critères que celui de la moyenne des cours de bourse aurait dû préciser, selon l'intention du législateur, corriger les imperfections de la référence à la moyenne des cours de

ci qui porte atteinte à la Constitution, mais les modalités de calcul : il voulait bien faire, mais s'y est mal pris, comme par simple inadvertance (si cela est, du point de vue du bon sens, difficile à croire, c'est en tout cas ce qui ressort de l'argumentation du Conseil).

En conclusion, cette exception mise à part, le caractère juste de l'indemnisation est examiné par le Conseil au regard de la formulation reprise de l'article L13-13 C. expr. ; ce qui paraît d'abord une pratique innocente et de bon sens prend cependant une importance particulière quand elle ôte toute autonomie au texte constitutionnel et au juge chargé de l'interpréter. Le même genre de passage subreptice de la loi à la constitution apparaît dans la détermination de la « nécessité publique »⁵⁰⁵.

b. « Nécessité » ou « utilité » publique ?

L'article 17 DDHC exige en effet, pour qu'une expropriation soit légale, qu'elle réponde à une « nécessité publique, légalement constatée ». Le juriste, pour lui, est plus habitué à manier l'expression « utilité publique », présente dans le Code civil depuis l'origine (article 649 du Code napoléon : « Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers ») et d'abord dans le titre de la loi du 8 mars 1810 sur l'expropriation, puis dans le titre même du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Chose remarquable, cette partie de la langue juridique n'est pas réservée aux juristes, mais apparaît régulièrement dans les dictionnaires depuis le XVIIIe siècle⁵⁰⁶. Au contraire, le syntagme « nécessité publique », quoique entré par la grande porte dans le corpus de langue française grâce à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, n'a pas connu les mêmes faveurs : on ne le rencontre pas

bourse, affectée des modalités ci-dessus relevées qui en altéraient la pertinence ; Mais considérant que cette fin est inégalement atteinte par les dispositions présentement examinées » (décision 81-132 DC du 16 janvier 1982).

⁵⁰⁵ Avant d'en finir tout à fait, une dernière remarque sur la question du préjudice moral : la solution du Conseil semble en fait plus ouverte qu'on ne le croit. En se contentant de constater qu'aucune exigence n'impose de réparation (ce qui est certes critiquable), il n'interdit pas pour autant de le prendre en compte – et laisse à la Cour de cassation, pour cette disposition, la responsabilité de son interprétation pour le moins restrictive.

⁵⁰⁶ Chez Furetière, par exemple (qui donne pour exemple : « on doit empêcher tous les monopoles qui vont contre l'utilité publique »), ainsi que dans le premier dictionnaire de l'Académie, puis dans tous ceux qui le suivront. *L'Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert consacre, quant à elle, un article à la « vente pour l'utilité publique » correspondant à notre expropriation (DIDEROT (Denis), D'ALEMBERT (Jean) *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, Paris, 1751-1780, 35 vol.).

Cette remarque ne doit pas miner la position que nous soutenons, que l'efficacité des mécanismes de transposition repose sur les particularités formelles du langage juridique ; aujourd'hui, en effet, le syntagme « utilité publique » n'est plus employé que dans le champ juridique (TLFi, ved. « utilité »). La langue courante lui préfère, par exemple, l'intérêt général.

dans les dictionnaires de l'Académie, ni même aujourd'hui dans le *Trésor de la langue française*⁵⁰⁷ ; pour ce qui regarde le domaine proprement juridique, il ne figure pas non plus (contrairement à l'utilité publique) dans le *Vocabulaire juridique* de Cornu.

À croire donc que le français répugne à parler de « nécessité publique », ce qui rendrait la position du Conseil constitutionnel somme toute naturelle. Celui-ci en effet, lorsqu'il applique l'article 17 DDHC, en use avec la nécessité publique comme avec la juste indemnité. À deux exceptions près, sur lesquelles nous reviendrons, il lui substitue toujours l'utilité publique. On retrouve donc ici le même fonctionnement : le Conseil, pour appliquer une disposition constitutionnelle, trouve dans le lexique juridique courant une expression qui lui semble plus seyante.

La première occurrence en est, comme c'était le cas pour l'indemnité, la décision 89-256 DC. Dans le considérant que nous avons déjà mentionné, devenu depuis le considérant de principe pour contrôler la conformité de textes à l'article 17 DDHC, le Conseil, pour tenir compte, dit-il, de l'évolution subie par le droit de propriété, conditionne le recours à l'expropriation « à la réalisation d'une opération dont l'utilité publique est légalement constatée ». Puisque disparaît toute référence à la nécessité publique, on doit en conclure que l'utilité publique en tient lieu.

Il n'est pas question ici de se demander s'il y a là un changement conceptuel. Si le champ d'extension d'un des deux concepts serait différent, plus grand ou plus restreint, de celui de l'autre⁵⁰⁸ ; si cela peut en effet être parfois soutenu, en se plaçant sous la tutelle de Portalis lui-même⁵⁰⁹, la différence n'est pas thématifiée dans le discours du Conseil, et nous semble donc triviale.

⁵⁰⁷ Sinon au sens de « pauvreté » (cf. article « secourir »)...

Luigi Lacchè, à partir de remarques proches, arrive à une conclusion un peu inverse : il observe pour sa part un passage de la nécessité (en usage entre 1789 et 1795) à l'utilité (toujours évoquée depuis son apparition à l'article 545 du code civil) ; voir LACCHÈ (Luigi), « L'expropriation pour cause d'utilité publique en France au XIXe siècle. Origines et développement d'un modèle juridique » in *L'Expropriation*, (deuxième partie, Moyen-âge et temps modernes), Bruxelles, De Boeck Université, 2000, 404 p., p. 79-103, p. 95. Il oublie cependant, semble-t-il, de relever le lexique antérieur à la Révolution, qui fait passer la période 1789-1795 pour une simple parenthèse. À ce propos, on ne manquera pas de relever que le Dictionnaire de l'Académie, dans son édition de 1798, signale l'utilité publique aux deux vedettes concernées (« utilité », « public, ique », mais ne fait nulle mention de la nécessité publique.

⁵⁰⁸ Signalons toutefois que Loïc Philip, avant même que le Conseil constitutionnel n'utilise systématiquement l'expression « utilité publique » nuance la distinction qu'on croit alors pouvoir observer entre « utilité » et « nécessité », en se fondant notamment sur le fait que c'est toujours le législateur qui décide de cette nécessité (PHILIP (Loïc), « Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes – France », AIJC, 1985/1, p. 268-272, p. 271).

Il est en revanche intéressant de remarquer que, en droit administratif, l'utilité publique peut être subordonnée à la présence d'une nécessité publique : depuis l'arrêt CE 20 novembre 1974, *Epoux Thony et Epoux Hartmann* (Lebon tables p. 1009, concl. D. Labetoulle ; Rev. adm. 1975, p. 373), une commune ne peut pas procéder à une expropriation si elle dispose déjà de terrains lui permettant de réaliser l'opération projetée. Il en résulte « une tutelle infiniment plus lourde que celle exercée sur les décisions émanant de l'appareil d'Etat » (HOSTIOU (René) « Nécessité de recourir à l'expropriation et appréciation de l'utilité publique d'une opération », AJDI, 2006/2, p. 136-137).

⁵⁰⁹ Ainsi dans MERLAND (Guillaume), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2004, 390 p., p. 62-63.

Pour les commentateurs, en tout cas, l'assimilation paraît si évidente que la substitution n'est pas remarquée ou, si elle l'est, du moins pas signalée. Contrairement à la question de l'indemnité, en effet, cette simple reprise d'un mot ne semble pas, dès l'abord, modifier le sens de la disposition. Ce qui se trouve modifié, en revanche, c'est l'exercice du contrôle : si la nécessité se ramène à l'utilité, et que l'utilité relève entièrement de l'estimation du législateur, celui-ci se trouve hors de tout contrôle, puisque, là encore, il détermine l'aune à laquelle il sera jugé.

La situation diffère cependant en ce que seules les formes, non le fond, sont ici concernées. Ce n'est pas le législateur, mais l'administration, sous le contrôle de son juge, qui déclare l'utilité publique. Le législateur, quant à lui, mais seulement en place le régime destiné à garantir, à cette occasion, les droits des individus. Le juge constitutionnel, par conséquence, n'a, normalement, pas connaissance de cas où il serait lui-même concrètement amené à décider de la nécessité publique d'une opération.

C'est précisément cette apparente inutilité de la substitution qui révèle, selon nous, l'importance que prend la rédaction hypertextuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : même lorsqu'on ne peut découvrir aucune fonction particulière, l'habitude est si forte, le pouvoir légitimant, si grand, que le syntagme moins courant disparaît au profit de celui qui est plus familier. Au point de vue stylistique, la substitution est facilitée par la reprise du groupe participial « légalement constatée », prise à la « nécessité » de l'article 17 DDHC pour être adjointe à l'« utilité » de la décision : la similitude de construction renforce la proximité déjà forte (sémantique aussi bien que morphologique) des deux termes.

Dans les décisions qui font application de l'article 17 DDHC, seules deux font exception. La première est, à nouveau, la décision *Nationalisations*. Dans ce cas particulier, nous l'avons déjà signalé, le juge constitutionnel a, exceptionnellement, à connaître directement de la procédure d'expropriation. Cela ne le conduit cependant pas à plus d'audace dans le contrôle de la nécessité publique, puisqu'il se contente, comme on le sait de renvoyer à la volonté du législateur et de constater l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification de nécessité donnée par celui-ci à l'opération⁵¹⁰.

Le deuxième cas était à première vue moins exceptionnel, puisqu'il s'agissait de contrôler, à l'occasion d'une QPC, la conformité de l'article du Code des douanes prévoyant la vente de certains objets saisis⁵¹¹. Quoique faisant application de l'article 17 DDHC, le juge constitutionnel ne cite pas

⁵¹⁰ Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 19 et 20.

⁵¹¹ Décision 2011-203 QPC du 2 décembre 2011, *M. Wathik M.*, note Robert (Jacques-Henri), *Droit pénal*, 2012, n° 1, p.

le considérant de principe apparu en 1989, et passe brutalement du rappel de la norme applicable à la solution du litige. Cette fois-ci, donc, il en vient à s'interroger sur la nécessité de la privation de propriété⁵¹² ainsi réalisée. Deux arguments permettent de la reconnaître : l'intérêt du possesseur d'une part, l'intérêt de l'État de l'autre. Vu la nature des objets concernés (véhicules et denrées périssables), il s'agit en effet d'éviter que le possesseur subisse une perte due à la dépréciation de son bien, ou que l'État soit confronté à des frais de garde trop importants, ce qui irait à l'encontre du principe de bonne utilisation des deniers publics⁵¹³. On distingue donc deux types de raisonnement, l'un pragmatique et l'autre juridique. L'argument qui concerne la personne dont les biens sont saisis est pragmatique en ce que, en dehors de toute considération de droit (en dehors notamment de la notion même de propriété, qui suppose la libre disposition du bien – et la liberté de décider si on veut le vendre ou non), le Conseil justifie sa décision en se reposant sur l'intérêt que cette personne y trouve. Il a le bon sens pour lui, mais contre lui qu'on ne peut pas interdire à un sujet de droit de n'être pas de bon sens.

Plus intéressant encore est l'argument qui touche aux deniers publics. Celui-ci en effet repose sur un objectif à valeur constitutionnelle reconnu⁵¹⁴, qui l'ôte d'abord à la critique. Cependant, il est un point commun avec la référence à l'intérêt de toutes les parties, c'est que nous avons affaire à une norme matérielle, qui justifie la disposition contestée à raison de son contenu. Or, ce qu'exprime, semble-t-il, l'article 17 DDHC, c'est une condition formelle, un cadre permettant qu'un juge contrôle la légalité de la privation de propriété. Ici, pourtant, la question de cette constatation légale semble s'évanouir : le législateur procédant lui-même à l'expropriation (contrairement au cas général, où il décide des garanties offertes aux personnes expropriées), il ne peut en même temps, sans être juge et partie, prétendre en fixer les garanties, au premier rang desquelles la nécessité publique. Le Conseil, cependant, ne s'en émeut pas, et trouve lui-même, de façon d'ailleurs pour le moins indirecte, une constatation de la nécessité publique dans les travaux préparatoires⁵¹⁵. Il nous semble cependant que le contrôle reste très léger, bien plus que celui que subirait une déclaration d'utilité publique devant le juge administratif. Il sera commode d'expliquer cela en se fondant sur une lecture téléologique de l'article en cause : si l'on exige que soit légalement constatée la nécessité publique, c'est pour offrir une protection et, plus important encore,

39-41).

⁵¹² Pour la différence entre l'expropriation et la privation de propriété, voir *infra*.

⁵¹³ Cons. 5.

⁵¹⁴ cf. décision 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, cons. 18 ; note F. Lichère, « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public / privé : bis repetita placent (commentaire des considérants 13 à 20 de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003) », RDP, 2003 (4), pp. 1163-1178.

⁵¹⁵ Le commentaire aux Cahiers mentionne ainsi les travaux préparatoires d'une loi ayant introduit de semblables dispositions dans le Code pénal.

une voie de recours. Si donc, dans un cas précis, le caractère juste de la décision ne fait pas de doute, ces considérations formelles perdent leur utilité, et peuvent donc être laissées de côté. En l'espèce, ce n'est pas que la décision du Conseil paraisse particulièrement choquante pour les droits fondamentaux (on laissera les privatistes en décider – il semble qu'ils ne l'aient pas fait⁵¹⁶) ; c'est plutôt que, par cette négligence qui tend à assimiler la forme au fond, il semble implicitement se rattacher à une conception néo-constitutionnaliste des droits fondamentaux. Dans cette perspective, la Constitution servant à atteindre une situation conçue comme juste *a priori*, il est normal qu'on ne s'occupe plus des moyens précis d'y atteindre lorsqu'on l'estime atteinte. On peut cependant contester cette conception, qui, comme on l'a vu, n'est pas sans poser problème une fois appliquée à la démocratie constitutionnelle dans son ensemble.

Dans la plupart des décisions, donc, le Conseil se contente de remplacer « nécessité » par « utilité », sans que cela paraisse changer grand chose au fond – d'autant que le critère n'est jamais utilisé plus avant, puisque le contrôle de légalité est assuré, dans ce contentieux, par le juge administratif. Comme dans le cas de l'indemnité « juste », donc (où, par l'assimilation de l'article L13-13 C. expr. au bloc constitutionnel, le contrôle de l'indemnisation est entièrement laissé au juge ordinaire), le Conseil interprète, semble-t-il la norme de référence de manière à ne pas devoir l'utiliser. À y regarder de plus près, cependant, on voit qu'il n'y a pas là seulement *self-restraint*, mais également une nécessité liée à l'expropriation : puisque les opérations sont menées par l'exécutif, le Conseil constitutionnel n'a de toutes manières que peu d'emprise sur ce contentieux ; qu'il abandonne ce peu, et de quelle manière il le fait, tout cela doit pourtant être remarqué. L'utilisation qu'il fait à cette fin d'hypotextes infraconstitutionnels met en lumière les problématiques auxquelles il est confronté et explique la timidité que lui reproche sur certains points la doctrine. On assiste en effet ici à une sorte de mouvement circulaire, où il faudrait être bien téméraire pour vouloir démêler l'œuf et la poule : s'appuyant sur un travail préparatoire réalisé par des juristes, et obligés eux-mêmes de se montrer juristes avec le zèle des nouveaux convertis lorsqu'ils ne le sont pas à l'origine⁵¹⁷, les membres du Conseil constitutionnel sont naturellement amenés à interpréter des dispositions lacunaires à l'aide des termes juridiques déjà bien installés –

⁵¹⁶ La seule note parue à notre connaissance (ROBERT Jacques-Henri, « Prise d'une petite Bastille », *Droit pénal*, janvier 2012, n° 1, p. 39-41) reste en effet purement descriptive.

⁵¹⁷ Sans nécessairement se fonder sur les travaux de D. Schnapper, qui nous paraissent trop soucieux d'établir un schéma idéal-typique (SCHNAPPER (Dominique), *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, 452 p., p. 155-201), quitte à déformer la réalité comme il semble à un membre du Conseil constitutionnel que nous avons interrogé à ce sujet, on peut se reporter, à ce propos, à l'analyse de J. Meunier : ce sont des contraintes stratégiques qui imposent aux conseillers d'utiliser tel type d'argumentation plutôt que tel autre (MEUNIER (Jacques), *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ, 1994, 373 p., p. 127-156).

quel que soit leur rang dans la hiérarchie des normes. Ce travail en retour donne une forme d'évidence à leur raisonnement, quoiqu'il se fasse au détriment des possibilités d'activisme juridictionnel qu'offre le texte.

Nous venons de l'observer à propos de deux expressions spécifiques, qui sont en tant que telles une manifestation directe de cette pratique hypertextuelle du juge ; le champ d'application même de l'article 17 DDHC, nous l'allons montrer tout à l'heure, en offre encore un exemple plus retors.

§ 2 Champ d'application de l'article

L'étude des situations qui, selon le Conseil constitutionnel, tombent dans le champ de l'article 17 DDHC ne paraît pas, au premier abord, tout à fait à sa place dans cette section portant sur les mécanismes de transposition. Pourtant, ce n'est pas le souci de rassembler en un même lieu toutes nos réflexions sur cet article qui nous pousse à l'évoquer ici. En effet, nous nous trouvons face à un cas qui, pour marquer les limites extrêmes de cette pratique, ne lui en appartient pas moins. Certes, on ne peut pas trouver de citation littérale venant d'un texte antérieur ; mais notre développement montrera que l'interprétation extrêmement restrictive développée par le Conseil laisse à nouveau paraître, sous le texte constitutionnel, le terme d'« expropriation » (a). L'habitude y joue sans doute un rôle, mais aussi, croyons-nous, la volonté de ne pas considérer les droits fondamentaux de façon trop absolue : ce que prouve le recours à l'article 2 DDHC pour contrôler la plus grande partie des atteintes à la propriété (b).

a. Une interprétation très restrictive de la privation de propriété

Les décisions où l'article 17 DDHC est mis en œuvre sont, somme toute, assez rares. Le bon sens paraît n'avoir pas à s'en étonner, puisque cet article concerne les expropriations, et que les expropriations, dont le régime est bien établi et rarement bouleversé, sont effectuées par l'administration sous le contrôle de ses juges. Ce contentieux paraît donc devoir échapper, par nature, au Conseil constitutionnel.

Cette évidence repose pourtant sur un postulat fragile, ce qui explique le fréquent recours par les requérants, quelque faibles que soient les chances de voir l'argument prospérer, à cet article lorsqu'il s'agit de contester une atteinte à la propriété privée : la lettre de l'article ne fait pas

référence à l'expropriation, mais à la privation de propriété. Que l'article ait été rédigé en songeant à celle-là⁵¹⁸, dès lors, n'empêche pas pour autant une interprétation littérale qui permettrait de prendre en compte la plus grande variété des menaces que la marche des temps a fait peser sur la propriété. Malgré cela, la jurisprudence du Conseil autorise ce constat : toutes les décisions qui ont fait application de l'article 17, sauf deux – qui toutes deux paraissent exceptionnelles⁵¹⁹ –, se rapportent à ce qu'on pourrait appeler une expropriation au sens strict, c'est-à-dire l'expropriation pour cause d'utilité publique⁵²⁰ ; très nombreuses, au contraire, sont les décisions refusant l'application de cet article lorsque cette question n'est pas en jeu.

L'expropriation pour cause d'utilité publique peut être définie comme la « procédure permettant à une personne publique (État, collectivité territoriale, établissement public) de contraindre une personne privée à lui céder un bien immobilier ou des droits réels immobiliers, dans un but d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité »⁵²¹. Sur le fond, donc, elle est l'héritière directe des procédures de vente pour utilité publique et de retrait pour utilité publique que connaissait l'Ancien régime, et que l'article 17 devait précisément systématiser et perfectionner⁵²². Dans les deux cas, en effet, il s'agissait d'acquérir sans laisser de choix au vendeur un bien immeuble nécessaire à la réalisation d'une opération d'urbanisme exigée par l'intérêt public (comme le montre notamment la référence, dans les deux cas, à la construction de fortifications ou d'églises)⁵²³. Cette définition n'a que peu changé depuis les premières tentatives du XIXe siècle (où

⁵¹⁸ Voir par exemple LACCHÈ (Luigi), « L'expropriation pour cause d'utilité publique, la propriété et les garanties constitutionnelles dans la France révolutionnaire », in MARTUCCI (Roberto), *Constitution et révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815)*, Macerata, Laboratorio di storia costituzionale, 1995, 735 p., p. 510-535.

⁵¹⁹ Il s'agit des décisions 81-132 DC (*Loi de nationalisation*) et 2011-203 QPC (vente d'objets saisis par les Douanes). La spécificité de la première a déjà été largement évoquée. Quant à la seconde, on ne peut pas tout à fait exclure que le Conseil ait avant tout voulu profiter de cette QPC pour répondre à la Cour de cassation : le commentaire aux Cahiers souligne ainsi au passage que la disposition étudiée est pareille à deux autres à propos desquelles la Cour de cassation avait refusé de considérer les QPC comme sérieuses (et ne les avait par conséquent pas transmises au Conseil constitutionnel).

⁵²⁰ On retrouve cette distinction entre un sens générique et un sens strict de l'expropriation, ce dernier signalé comme beaucoup plus courant, chez CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1998, 899 p.

⁵²¹ Définition tirée de GUINCHARD (Serge), DEBARD (Thierry) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2013 (20^e éd.), 968 p., p. 411.

⁵²² LACCHÈ (Luigi), « L'expropriation pour cause d'utilité publique...dans la France révolutionnaire », p. 520-526. L'auteur ne mentionne que le retrait ; le cas de la vente forcée nous paraît encore plus évidemment proche de notre expropriation pour cause d'utilité publique.

⁵²³ La vente pour utilité publique est « une *vente* forcée que les particuliers sont obligés de faire, lorsque le bien public le demande, comme quand on ordonne qu'une maison sera prise pour agrandir une église, ou pour construire des murailles, fossés & autres fortifications d'une ville » ; le retrait public est défini comme « la faculté que le roi, l'église ou les villes ont de se faire subroger dans l'achat même d'acquérir la propriété d'un héritage limitrophe, ou qui se trouve nécessaire pour les fortifications d'une ville, la construction ou l'agrandissement [sic] d'une église, la décoration d'une place, d'une ville, d'une maison royale ou d'un collège [sic] ». La formulation (« se faire subroger dans l'achat même d'acquérir ») n'est pas très claire, mais il semble que ce ne soit pas un simple droit de préemption, mais également un moyen de forcer la vente ; une virgule paraît en effet manquer (à notre esprit habitué à la ponctuation contemporaine) entre « l'achat » et « même » ; ajoutée, elle rend le sens plus compréhensible en montrant mieux qu'il y a là juxtaposition d'une autre procédure (les deux définitions tirées de l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert).

l'on peut par exemple parler d'une « aliénation forcée, à charge d'indemnité, d'un immeuble destiné à des entreprises d'utilité publique »⁵²⁴) : tout au plus reprend-on aujourd'hui plus précisément les termes des dispositions législatives et constitutionnelles. Ces relations entre les notions d'Ancien régime, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et notre moderne expropriation pour cause d'utilité publique nous semblent pouvoir expliquer la position du Conseil : plutôt que de se fonder sur la lettre de son texte de référence, il lui substituerait spontanément la notion qui lui servait de fondement. Cela se comprend lorsque l'on garde à l'esprit le caractère exceptionnel de l'expropriation dans le droit français. Ce caractère exceptionnel justifie qu'on lui accorde une protection constitutionnelle spécifique – mais en retour également que cette protection constitutionnelle ne concerne que l'expropriation elle-même.

Il est trois manières pour le juge constitutionnel de refuser l'application de l'article 17 DDHC : considérer que le bien fait l'objet, non d'une privation, mais d'une simple atteinte (1) ; qu'il n'est pas un objet susceptible de propriété, donc encore moins d'une privation d'icelle (2) ; que la dépossession est rendue nécessaire par un élément étranger à une volonté propre à l'administration (3).

1) *La simple atteinte*

La première voie repose sur l'établissement d'une gradation : toute atteinte à la propriété ne doit pas s'assimiler, pour le Conseil constitutionnel, à une privation de propriété ; c'est là la distinction bien connue entre expropriation (art. 17 DDHC) et limitation à l'exercice du droit de propriété (art. 2 DDHC). Ce principe a été très tôt dégagé, dès 1985, dans deux décisions successives. La décision 85-189 DC⁵²⁵, examinant une loi autorisant le préfet à soumettre à autorisation, donc éventuellement à interdire, des opérations de lotissement afin de préserver des sites, milieux naturels ou paysages, se contente d'affirmer que cette disposition « n'a ni pour objet ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété » et de constater par conséquent qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17. Les sénateurs ayant saisi le Conseil considéraient cependant qu'en ôtant au propriétaire la libre disposition de sa chose,

les dispositions litigieuses ne se born[ai]ent pas à restreindre ou à réglementer le

⁵²⁴ DE LALLEAU (Charles), *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique [...] quatrième édition revue d'après la loi du 3 mai 1841*, Paris, Carilian-Goeury, 1845, t. 1, p. 135 ; cité par LACCHÈ (Luigi), « L'expropriation pour cause d'utilité publique en France au XIXe siècle... », *op. cit.*, p. 91.

⁵²⁵ Décision 85-189 DC du 17 juillet 1985, *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement*.

droit de propriété, elles le dénatur[ai]ent en créant les conditions pour que soit supprimé un de ses caractères essentiels [...] Ce système abouti[rai]t à une interdiction de vendre imposée par l'autorité administrative.⁵²⁶

On peut donc en conclure que le Conseil a simplement refusé de considérer que l'argument pouvait porter, sans même examiner s'il était justifié en l'espèce. Avant la fin de la même année, le Conseil accepte de le reprendre, pour le rejeter toutefois, à propos de l'implantation sur les immeubles d'antennes hertziennes. Il considère en effet que

le droit [...] de procéder à certaines installations sur la partie supérieure des propriétés bâties, dans la mesure où il n'impose qu'une gêne supportable, *ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de ladite Déclaration mais une servitude d'intérêt public grevant l'immeuble en raison de son emplacement ou de son élévation* ; qu'il en serait autrement si la sujétion ainsi imposée devait aboutir à vider de son contenu le droit de propriété ou que, affectant non seulement l'immeuble mais la personne de ses occupants, elle devait constituer une entrave à l'exercice de droits et libertés constitutionnellement garantis⁵²⁷

Atteinte ne vaut donc pas, sauf cas particuliers et sans doute extrêmes, privation – même si le propriétaire ne peut plus exercer tous les droits qui lui sont normalement dévolus. Le Conseil utilise donc une définition restreinte de la privation de propriété (il se contente de constater la persistance de la propriété formelle, ne s'autorisant qu'un contrôle restreint sur la gravité de l'atteinte), qui lui permet de ne pas faire application de l'article 17 DDHC pour des cas qui ne sont pas des expropriations.

Il a été fait un usage assez important de cette jurisprudence, écartant du champ d'application de l'article 17 l'inclusion forcée dans un lotissement⁵²⁸, les occupations de propriété à l'occasion de travaux publics⁵²⁹, les réquisitions de logement vides⁵³⁰, les servitudes nécessaires à la lutte contre l'incendie⁵³¹ ou celles d'alignement⁵³², les contraintes qui s'appliquent à l'occasion de l'inscription d'un immeuble au titre des monuments historiques⁵³³ ainsi que l'absence de droit de rétrocession d'un bien délaissé par son propriétaire car placé en zone réservée par le plan d'occupation des sols⁵³⁴. Dans tous ces cas, cependant, les atteintes portées au droit de propriété sont significatives,

⁵²⁶ Saisine par soixante Sénateurs, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel.

⁵²⁷ Décision 85-198 du 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, cons. 9 (nous soulignons).

⁵²⁸ Décision 2011-177 du 14 octobre 2011, *M. Éric A* ; note Trémeau, AJDA, 2012/4, p. 226-229.

⁵²⁹ Décision 2011-172 QPC du 23 septembre 2011, *Époux L. et autres*, note Foulquier, AJDA, 2011, p. 2525.

⁵³⁰ Décision 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, note Trémeau, RFDC, 1998, p. 765, Zenatti, RTDCiv., 1999, p. 132-142.

⁵³¹ Décision 2011-182 QPC du 14 octobre 2011, *M. Pierre T.*, note Fort, AJDA, 2012, p. 1285 ; Roblot-Troizier, RFDA, 2011/6, p. 1211.

⁵³² Décision 2011-201 QPC du 2 décembre 2011, *Consorts D.*, note Foulquier, AJDA 2012, p. 489.

⁵³³ Décision 2011-207 QPC du 16 décembre 2011, *Société Grande brasserie patrie Schutzenberger*, note Garnier, AJDA 2012, p. 1170.

⁵³⁴ Décision 2013-325 QPC du 21 juin 2013, *M. Jean-Sébastien C.*

puisqu'elles empêchent, certes plus ou moins gravement, le propriétaire de disposer librement de son bien – quand elles ne constituent pas une dépossession pure et simple (c'est notamment le cas pour les occupations temporaires dues à des travaux publics, puisqu'il est loisible à la personne exécutant ces travaux d'extraire ou de ramasser à la surface du sol les matériaux dont elle aura besoin⁵³⁵ ; de même lorsque les servitudes d'alignement en interdisant d'entretenir l'immeuble qui déborde aboutissent *in fine* à un tel état de délabrement de celui-ci qu'il doit être abattu⁵³⁶).

Malgré ces dernières réserves, on peut donc en conclure que le Conseil constitutionnel définit la propriété non tant d'après ses éléments que d'après les titres. C'est d'ailleurs ce qui lui vaut des reproches réguliers de la part de la doctrine (civiliste, en particulier), et ce qui explique les « déceptions » de celle-ci après les QPC ayant porté sur des questions de propriété⁵³⁷. Surtout, ces reproches sont d'autant plus justifiés lorsque le Conseil paraît abandonner, au gré de son humeur ou peu s'en faut, cette conception déjà en soi contestable. Le cas s'est présenté d'abord à propos de l'article 661 du Code civil qui permet de rendre un mur mitoyen lorsqu'un seul des deux voisins le possède, y compris contre le gré du possesseur⁵³⁸. Cette disposition, selon le Conseil, ne rentre pas dans le champ de l'article 17 DDHC parce qu'elle

n'a pour effet que de rendre indivis le droit exclusif du maître du mur qui, dans les limites de l'usage en commun fixées par les articles 653 et suivants du code civil, continue à exercer sur son bien tous les attributs du droit de propriété ; [...] dès lors, en l'absence de privation de ce droit, l'accès à la mitoyenneté autorisé par le texte en cause n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789

Là encore, la conception pour le moins légère que le Conseil se fait de la propriété n'a pas été pour satisfaire la doctrine (notamment civiliste) ; surtout, même d'un point de vue purement constitutionnel, le raisonnement s'appuie sur le fait que le propriétaire « continue à exercer [...] tous les attributs du droit de propriété » : la perspective est renversée du tout au tout par rapport aux décisions que nous venons de citer, où la question de l'exercice du droit n'intervient qu'en second

⁵³⁵ Voir à ce propos la note de Norbert Foulquier sous 2011-172 QPC : Le Conseil « se contente de dire qu'« il en va de même lorsqu'il y a lieu d'occuper temporairement un terrain » (par ex., consid. 10). Et ce faisant, au mieux, il assimile le droit d'occupation et le droit d'extraction ; au pire, il ne répond pas du tout à toute une partie de la question posée par le Conseil d'Etat ! [...] Le fait que le propriétaire concerné conserve la propriété du sol n'enlève rien au fait que prendre les matériaux se trouvant dans son sous-sol constitue une privation au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 » (« Dommages causés à la propriété privée par les servitudes de travaux publics : un contrôle de constitutionnalité inachevé ? », AJDA, 2011, p. 2525).

⁵³⁶ Norbert Foulquier relève ainsi que le Conseil semble se fonder sur les petites superficies habituellement en jeu dans ces procédures pour ne pas les considérer dignes d'être sérieusement protégées par l'article 17 – d'autant que les règles de la domanialité publique empêcheraient une indemnisation préalable (« La compatibilité de la procédure d'alignement avec la Constitution : au prix de combien de réserves d'interprétation ? », AJDA, 2012, p. 489 sq.).

⁵³⁷ Ainsi PISSALOUX (Jean-Louis), « QPC et droit immobilier ou beaucoup d'espoirs déçus », RLCT, 2011, p. 52-58 ; ou encore DUSSART Marie-Laure, « La garantie de la propriété à l'épreuve de la Question prioritaire de constitutionnalité », RFDC, 2012/4 n° 92, p. 799-819.

⁵³⁸ Décision 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *M. Pierre B.*, note T. Revet, RTDCiv., 2011/1, p. 144-146.

lieu (il ne faut pas trop le restreindre) ; si l'on utilisait un raisonnement *a contrario* strict à partir de cette QPC, l'argument développé habituellement ne tiendrait plus.

Cette logique a été poussée enfin si loin, que le fait d'abandonner l'exclusivité de l'usage de sa propriété peut légitimement, selon le Conseil, être interprété comme une volonté d'abandonner la propriété elle-même. C'est en tout cas ce qui ressort de la décision 2010-43 QPC, par laquelle sont déclarées conformes à la Constitution les dispositions du Code de l'urbanisme permettant un transfert d'office de voies privées à la commune, lorsque ces voies ont été rendues par leur propriétaire ouvertes à la circulation publique (art. 318-3)⁵³⁹. Certes, la formulation est ambiguë : le Conseil ne semble pas dans ce cas écarter l'application de l'article 17 DDHC puisqu'il conclut que « dans ces conditions, les dispositions contestées ne sont pas contraires à l'article 17 de la Déclaration de 1789 »⁵⁴⁰. Il est pourtant douteux si la disposition a bien été examinée à l'aune de cet article : ni le caractère préalable ou juste de l'indemnité (ou très indirectement, par une sorte de raisonnement d'équivalence : les charges d'entretien que n'aura plus à supporter le propriétaire forment l'indemnité⁵⁴¹), ni surtout la question de la nécessité publique ne sont mentionnées dans la décision elle-même, ni dans le commentaire aux Cahiers (particulièrement laconique). Nous estimons donc que, quoi qu'il en paraisse, la disposition est déclarée conforme parce qu'elle ne rentre pas dans le champ de l'article 17 DDHC⁵⁴² – ou alors il faudrait accepter que le Conseil a, dans cette décision, tout bonnement supprimé les deux principales conditions permettant la privation de propriété. Là encore, les commentateurs n'ont pas manqué de contester cette extension extrêmement restreinte donnée au concept de « privation de propriété ». Que ce soit en se fondant sur la gravité insuffisante de l'atteinte, ou au contraire en considérant que, si le titre n'est plus, les éléments constitutifs demeurent, le Conseil constitutionnel a dans tous ces cas exclu du champ de l'article 17 DDHC des situations qui ne se présentaient pas comme des expropriations pour cause d'utilité publique.

2) *Les objets qu'on ne peut posséder*

Dans plusieurs cas, le Conseil s'appuie, pour écarter l'application de l'article 17 DDHC, sur

⁵³⁹ Décision 2010-43 du 6 octobre 2010, *Époux A.*, note N. Foulquier, RDI, 2010, p. 612, J. Trémeau, AJDA, 2011/4, p. 223.

⁵⁴⁰ Cons. 4.

⁵⁴¹ *Ibid.* : « ce transfert libère les propriétaires de toute obligation et met à la charge de la collectivité publique l'intégralité de leur entretien, de leur conservation et de leur éventuel aménagement ».

⁵⁴² Il semble que J. Trémeau ait une position proche : il remarque que « que l'on peut ne pas souscrire à un tel raisonnement, qui restreint excessivement le concept de privation de propriété » (note, AJDA, 2011/4, p. 223 sq.) ; si, en effet, la décision distingue le simple transfert de propriété (dont on aurait en l'espèce un exemple) de la privation, la disposition ne peut pas rentrer dans le champ de l'article 17.

la nature des biens dont s'estiment privés les requérants. Là encore, on peut avancer que la lecture restrictive du Conseil s'explique par ce fait, qu'il considère cet article comme valant uniquement pour l'expropriation.

Les privilèges établis par la loi, d'abord, ne constituent pas des biens dont on est susceptible d'être privé. C'est le cas des autorisations administratives d'exploitation : le législateur est à tout moment susceptible de remettre en cause une autorisation administrative sans devoir s'inquiéter de l'article 17 DDHC. En effet, de telles autorisations « accordées à des fins d'intérêt général par l'autorité administrative [...] ne sauraient être assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété et comme tels garantis [...] par l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme »⁵⁴³. Cette jurisprudence a récemment été réaffirmée dans le contentieux QPC⁵⁴⁴.

Cette position a été étendue à d'autres types de droits subjectifs, ou pouvant être considérés comme tels. Nous laisserons de côté la question des pensions de retraite : quoique parfois évoquée à ce propos, la décision 85-2000 DC déclarant conforme des dispositions revenant indirectement sur l'autorisation de cumuler activité professionnelle et retraite n'est pas assez explicite. Les requérants soutenaient en effet que la loi, en rehaussant la contribution de solidarité, engageait certaines personnes à ne pas toucher leur pension de retraite afin de n'être pas assommées d'impôts. Le Conseil n'a pas vu là une privation de propriété, et s'est contenté de faire référence à la possibilité qu'a la loi de modifier les règles relatives aux contributions afin de conserver un semblant d'équilibre à la Sécurité sociale⁵⁴⁵. De fait, l'argument des requérants était sans doute trop indirect pour que l'on puisse évoquer une privation de propriété, quel qu'en soit l'objet.

En revanche, le cas de certains monopoles professionnels pouvait paraître encore plus proche d'une forme de propriété. Les courtiers-interprètes, ainsi, au monopole desquels la loi a mis fin en 2000, bénéficiaient jusqu'alors d'un droit de présentation de leur successeur à l'administration, droit qu'achetait le bénéficiaire comme ils l'avaient eux-même acheté. Si le principe était toujours que les charges publiques ne peuvent constituer de patrimoine personnel, ce genre de monopole était devenu un élément de fait du patrimoine des courtiers-interprètes⁵⁴⁶. Les requérants qui

⁵⁴³ Décision 82-150 DC du 30 décembre 1982, *Loi d'orientation des transports intérieurs*, cons. 3.

⁵⁴⁴ Sur les autorisations en matière de police de l'eau : décision 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Electricité de France*, note Le Bot, RFDC, 2012, 89, p. 145-149 ; à propos des autorisations de recherche minière par fracturation de la roche : décision 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC*, note L. Peyen, *Revue juridique de l'environnement*, 39, 2014, p. 91-106.

⁵⁴⁵ Décision 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, cons. 5-9 ; note B. Genevois, AIJC, 1986, p. 445.

⁵⁴⁶ TRÉMEAU (Jérôme), « L'indemnisation de la suppression d'un monopole catégoriel », RFDC, 2001/2, p. 354-360, not. p. 355 : « le caractère patrimonial de cette situation a été considéré très tôt par la loi [loi du 28 avril 1816] », jusqu'à pouvoir contourner le principe de non-patrimonialisation des charges publiques.

contestaient la suppression de ce monopole s'appuyait donc aussi sur l'article 17 DDHC : puisque la situation des courtiers-interprètes était un élément de leur patrimoine, mettre fin à celle-là supposait qu'on compensât la perte subie dans celui-ci. Le Conseil a cependant usé du même raisonnement qui lui avait déjà servi pour les autorisations administratives, et refusé d'appliquer l'article 17 DDHC⁵⁴⁷. Là encore, la jurisprudence récente a donné l'occasion de confirmer cette position : les avoués voués à disparaître du fait de la loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel ne pouvaient pas non plus contester cette loi au nom de la privation de leur propriété. Dans un cas comme dans l'autre, « la suppression du privilège professionnel dont jouissent les avoués [ou les courtiers interprètes conducteurs de navire] ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 précité de la Déclaration de 1789 »⁵⁴⁸. Et c'est exactement de la même manière que les institutions gérant des régimes de sécurité sociale ne peuvent pas prétendre en être dépossédées lorsque la loi confie cette gestion à d'autres organismes⁵⁴⁹.

La formulation retenue par le juge nous paraît presque un aveu : ce n'est pas que ces suppressions de monopoles ne constituent pas autant de privations de propriété, mais elles n'en constituent pas « au sens de l'article 17 ». Certes, on peut comprendre cette tournure ainsi (on ne ferait, finalement, qu'appliquer les réflexions d'Alf Ross sur les concepts juridiques⁵⁵⁰) : il n'existe pas de privation de propriété autre que ce que recouvre l'article 17 DDHC, qui énonce le concept et lui donne en même temps son extension – il pourrait aussi bien appeler cela Tû-Tû⁵⁵¹. Dès lors, avec cette précision, le Conseil signifie simplement qu'il parle en termes purement juridiques, et surtout pas selon le langage commun. Il n'empêche, on peut aussi comprendre la formule comme une banale exclusive : ces suppressions forment des privations de propriété, mais pas des suppressions de propriété telles que les envisage l'article 17. Ce qui revient à dire qu'il existe d'autres formes de privation de propriété, et que l'article 17 ne concerne que l'espèce particulière que représente, parmi toutes ces formes, l'expropriation pour cause d'utilité publique. On voudra voir une preuve à l'appui de cette interprétation dans les formulations utilisées sinon par le Conseil : il préfère généralement

⁵⁴⁷ Décision 2000-440 DC du 10 janvier 2001, *Adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, cons. 3-5 ; note J. Trémeau, RFDC, 2001/2, p. 354-360. La décision 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, très proche aussi bien par sa date que par la question posée, ne nous paraît pas mériter plus d'attention dans le cadre que nous examinons. Il est en effet un peu plus difficile d'admettre qu'une entreprise possédait, comme un bien, la liberté d'exercer son activité (liberté qui lui est ôtée par la constitution d'un monopole) ; comme le signale Valérie Bernaud dans sa note (RFDC, 2001/2, p. 360-365), le cadre de la responsabilité sans faute du fait des lois paraissait plus pertinent dans ce cas.

⁵⁴⁸ Décision 2010-624 DC du 20 janvier 2011, *loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, cons. 16 ; note Boccarra, gazette du palais, 23-25 janvier 2011, p. 10. Décision 2000-440 cons. 5.

⁵⁴⁹ Décision 2013-682 du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014* (note B. Serizay, JCP social, 2014/1-2, p. 29-33), cons. 80.

⁵⁵⁰ Ross (Alf), « Tû-tû », *Harvard Law Review*, 1957, pp. 812-825.

⁵⁵¹ Le problème étant seulement que l'article 17 ne paraît pas vouloir délimiter une extension au concept, mais simplement déterminer un régime.

constater qu'en l'absence de propriété, il n'y a pas privation de propriété⁵⁵². Ici, au contraire, ne pouvant (apparemment) affirmer avec tant d'aplomb que les personnes en cause ne se voient pas privées d'une partie de leur propriété, il préfère développer cette figure d'une privation de propriété non couverte par l'article 17 DDHC. Il ne lit donc pas tant la lettre de celui-ci qu'un hypotexte, celui de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Enfin, les arguments qu'avance le Conseil pour refuser que tel ou tel objet puisse être considéré comme un bien possédé ne paraissent pas toujours échapper à tout reproche. La décision sur l'extinction des servitudes en Alsace-Moselle en est un bon exemple⁵⁵³. Pour décider que ces servitudes ne constituent pas des droits appropriés, et dont on peut donc être dépossédé, le juge semble en effet devoir aller à l'encontre non seulement du droit civil, mais aussi de sa propre jurisprudence (qui reconnaissait comme susceptibles de propriété d'autres droits incorporels)⁵⁵⁴. Là encore, on voudra y voir un signe que le Conseil ne développe pas de façon systématique une interprétation propre de l'article 17 par la recherche de son extension, mais qu'il se limite au champ de l'expropriation, et exclut selon divers moyens, pas toujours cohérents d'ailleurs, les situations qui ne s'y rapportent pas, mais que la lettre de l'article 17 semblerait pourtant vouloir régir.

3) *Dépossession due à un élément étranger à l'administration*

Les dernières situations dans lesquelles le Conseil, quoique confronté à une situation qui semble d'abord s'apparenter à une privation de propriété, refuse d'appliquer l'article 17 DDHC sont celles où la dépossession a une cause étrangère à la volonté de l'administration. Ces exemples permettront de rappeler ce point : ce ne sont pas tant les solutions retenues par le Conseil (lesquelles, s'il fallait les juger, devraient plutôt trouver l'approbation) qui nous intéressent que ce qu'elles révèlent de ses techniques d'interprétation. Montrer qu'il s'appuie sur des hypotextes n'a pas

⁵⁵² Dans la décision 2011-141 QPC, par exemple, les autorisations « ne sauraient être assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété et, comme tels, garantis par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 » (cons. 4) ; idem déjà en 1982 (décision 82-150 DC précitée, cons. 3). Dans la décision sur les servitudes alsaciennes et mosellanes à laquelle nous venons à tout à l'heure, le Conseil se contente de remarquer « qu'en l'absence de privation de propriété, l'extinction de la servitude prévue par le texte en cause n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789 » (décision 2011-193 QPC, cons. 5).

À cet égard, la mention, dans la décision 98-403 DC, qu'une perte subie dans son patrimoine possiblement subie par un créancier contraint d'acquiescer l'immeuble de son débiteur pourrait s'assimiler à une privation de propriété paraît bien isolée, elle qui semble étendre le champ d'application de l'article 17 au-delà de la seule expropriation (ce que montre notamment la référence faite par le Conseil à la nécessité publique comme à l'indemnisation ; cf. cons. 41). Il ne semble pas d'ailleurs que cette jurisprudence ait eu une très grande postérité ; au contraire, dans la décision 2011-209 QPC, que nous allons bientôt évoquer, une situation semblable ne provoque pas de semblable réserve.

⁵⁵³ Décision 2011-193 QPC du 10 novembre 2011, *Mme Jeannette R., épouse D.* ; note Revet, RTDCiv., 2012, p. 342.

⁵⁵⁴ REVET (Thierry), note sous 2011-193 QPC, RTDCiv., 2012, p. 342.

pour but de lui intenter un procès en légitimité : il nous semble en revanche intéressant d'observer que ces techniques d'interprétation permettent tantôt de concilier le bon sens et le droit (en somme, réaliser ce que le juge ordinaire entend par « équité »), tantôt d'intégrer le droit constitutionnel dans le système juridique déjà existant.

Les cas où ce n'est pas l'action de l'administration qui est en cause fournissent à cet égard une bonne illustration. Cantonner l'article 17 à l'expropriation pour cause d'utilité publique permet de ne pas être prisonnier de celui-ci, qui trouverait sinon à s'appliquer sans doute trop largement.

La décision 2013-316 QPC en fournit un premier exemple⁵⁵⁵. La loi délimite, on le sait, un domaine public maritime naturel (la mer, en fait) soustrait à la propriété privée. Le critère de délimitation du côté de la terre étant le rivage, c'est-à-dire « tout ce [que la mer] couvre et découvre jusqu'où les plus hautes mers peuvent s'étendre en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles »⁵⁵⁶, des propriétés privées peuvent passer dans ce domaine public si le rivage de la mer gagne vers l'intérieur. Les requérants considéraient que cette dépossession, sans enquête publique ni indemnité, allait à l'encontre de l'article 17 DDHC, et soulevaient l'inconstitutionnalité de cette disposition. Le Conseil, au contraire, a estimé que « le législateur a confirmé un critère physique objectif indépendant de la volonté de la puissance publique »⁵⁵⁷ : la nature, plus que l'homme, exproprie ici ; et l'on sait si fustiger la mer est de peu d'avantage. Remarquons que, même en conservant cela à l'esprit, il n'était pas tout à fait impossible de considérer que, si la mer avance comme il lui plaît, c'est l'État qui crée un cadre juridique particulier et décide ainsi de se l'approprier : en ce sens, il paraît incontestable que l'on a affaire à une privation de propriété, et que, si le critère était physique et objectif, celle-ci était elle-même bien le fait de la puissance publique⁵⁵⁸. Là encore, refuser de considérer ce transfert forcé comme une privation de propriété « au sens de l'article 17 » ne se comprend que si l'on se fonde sur l'hypotexte plus restreint qui, sous « privation », entend « expropriation pour cause d'utilité publique ».

De la même façon que la nature, certaines institutions juridiques peuvent entraîner une dépossession. De la même façon, le juge constitutionnel refuse d'y voir une expropriation. Si les

⁵⁵⁵ Décision 2013-316 QPC du 24 mai 2013, *SCI Pascal et autres*, note N. Foulquier, AJDA, 2013/39, p. 2260-2263.

⁵⁵⁶ 1° de l'art. L2111-4 du Code général de la propriété des personnes publiques, qui faisait l'objet de la QPC.

⁵⁵⁷ Cons. 6.

⁵⁵⁸ À remarquer encore que si l'administration, sournoisement, laissait les ouvrages de protection contre les flots se détériorer au point qu'une propriété qui se trouvait grâce à eux à l'abri devenait soudain exposée, et comme telle automatiquement transférée dans le domaine public maritime naturel, le juge constitutionnel pourrait exiger une indemnisation. On peut en effet considérer qu'il y a là une expropriation cachée – l'on rentrerait alors dans le cadre de l'article 17.

amendes n'ont pas encore fait l'objet d'une QPC sur ce fondement, plusieurs cas semblables se sont déjà présentés. Ainsi, l'inexécution de créances comme les modalités de paiement d'une prestation compensatoire peuvent aboutir à ce que le débiteur se voit privé d'un bien (mis aux enchères dans le premier cas, attribué par le juge au conjoint créancier dans le second)⁵⁵⁹. À ces deux questions proches, le Conseil a apporté la même réponse : la dépossession

*constitue une modalité de paiement d'une créance exécutoire ; [...] il en résulte que, si l'adjudication [ou l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire] conduit à ce que le débiteur soit privé de la propriété de ce bien, cette procédure n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789*⁵⁶⁰

Le raisonnement est donc dans les deux cas le suivant, comme le laisse entendre l'entame de la citation : puisque la dépossession est d'abord la conséquence d'autres rapports de droit, elle ne relève pas de l'article 17. Le Conseil reconnaît lui-même (ainsi qu'il l'a fait, nous l'avons montré, dans le cas des suppressions de monopoles professionnels) qu'il y a bien privation de propriété, mais affirme en même temps que ce n'est pas à ce type de privation de propriété que doit s'appliquer l'article en question. Cependant, il ne peut trouver aucun moyen de tirer cela du texte même, et on doit donc, pour comprendre sa solution, supposer encore une fois que celui-ci ne concerne que l'expropriation pour cause d'utilité publique⁵⁶¹.

Un raisonnement semblable est mis en œuvre à propos de la remise forcée d'armes⁵⁶². En effet, la privation de propriété est encore une fois due à une autre part du droit, sans que l'administration veuille s'approprier un bien précis pour ses propres fins. Ici, il s'agit de la législation sur le contrôle des armes, qui impose que des personnes susceptibles d'être dangereuses ne possèdent pas d'arme. Or, si c'est déjà le cas, il y aura nécessairement privation de propriété, soit que le détenteur vende son arme, soit que l'État vienne la saisir. Dans ce cas, le Conseil ne fait pas même mine d'expliquer en quoi la situation ne relève pas de l'article 17 DDHC. On peut simplement, par analogie avec les décisions que nous venons de citer, supposer que le raisonnement

⁵⁵⁹ Respectivement décisions 2011-206 QPC du 16 décembre 2011, *M. Noël C.*, et 2011-151 QPC du 13 Juillet 2011, *M. Jean-Jacques C.*, note Revet, RTDCiv., 2011, p. 565.

⁵⁶⁰ Décisions 2011-151 QPC, cons. 5, 2011-206 QPC, cons. 5. ; nous soulignons.

⁵⁶¹ Encore une fois, d'ailleurs, les critiques civilistes sont très vives contre cette solution. Selon Thierry Revet, il n'est rien qui justifie l'exclusion de l'article 17 DDHC en l'espèce, si ce n'est une volonté tout pragmatique de ne pas remettre l'ensemble du régime des prestations compensatoires. Le raisonnement du Conseil confine selon lui au « sophisme » (RTDCiv., 2011, p. 565). Cependant, nous ne pensons pas que ce soit la question du bénéficiaire (privé et non public) de la dépossession qui fonde la décision du Conseil – plutôt, comme nous nous efforçons de le montrer, que toute situation qui ne relève pas de l'expropriation se verra refuser les garanties de l'article 17 DDHC. Moins polémique sans doute (par la volonté de tourner la loi en organisant facticement son insolvabilité et parce qu'il y a plutôt redressement d'une fiction juridique que véritable dépossession), quoiqu'assez proche, serait la décision 2011-212 QPC du 20 janvier 2012, qui déclare conforme à la Constitution la réintégration dans le patrimoine d'un débiteur de biens financés par lui mais achetés par son conjoint.

⁵⁶² Décision 2011-209 QPC du 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G.*,

est le même : c'est parce qu'il n'est pas question ici pour l'État d'utiliser le bien dont le requérant est privé, comme c'est le cas dans l'expropriation pour cause d'utilité publique, qu'il constate « l'absence de privation du droit de propriété au sens de l'article 17 »⁵⁶³.

L'impéritie du propriétaire enfin peut être prétexte à une dépossession qui n'est pas pour autant une expropriation : lorsque celui-ci ne réclame pas sous six mois des biens placés sous main de justice et sur la situation desquels la juridiction n'a pas statué, ces biens sont automatiquement transférés à l'État. Ici encore, le Conseil ne présente aucun raisonnement qui appuierait sa position. On peut simplement supposer que cette procédure échappe à l'article 17 parce qu'elle n'est pas le but que poursuit directement l'administration, mais seulement une conséquence accessoire d'un tout autre domaine de son action⁵⁶⁴.

Après les cas dans lesquels était constituée une simple atteinte à la propriété, mais pas de privation, et ceux où l'objet en cause ne pouvait en fait pas faire l'objet de propriété, ni donc d'atteinte, les conséquences fortuites d'éléments naturels ou artificiels aboutissant à une dépossession sont eux aussi exclus du champ d'application de l'article 17 DDHC. De toutes les décisions que nous venons d'étudier, il ressort que, d'après les faits, on pouvait la plupart du temps⁵⁶⁵ parler de privation de propriété mais que le Conseil avait, explicitement ou non selon les cas, défini un sous-ensemble particulier de privation de propriété au sens de l'article 17 DDHC (que nous avons rencontré à plusieurs reprises).

b. L'articulation avec l'article 2 DDHC

L'article 17 DDHC pose des conditions telles, une protection si absolue, qu'une extension de son champ d'application au-delà des seuls cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ne serait pas sans poser de nombreux problèmes : en effet, il ne se prête pas à des arrangements qui permettraient de le concilier avec d'autres normes constitutionnelles, ou simplement avec le fonctionnement habituel de l'ordre juridique. Il est donc nécessaire, si l'on veut tout de même offrir certaines garanties au droit de propriété, de trouver un autre fondement, plus souple. En retour, observer que le Conseil constitutionnel se repose sur un autre article pour exercer un contrôle intégrant les questions de proportionnalité, donnera encore un argument pour prouver qu'il a fait de

⁵⁶³ Cons. 4.

⁵⁶⁴ Décision 2014-406 QPC du 9 juillet 2014, *M. Franck I.*, cons. 5-6.

⁵⁶⁵ Cette précision puisque les « simples atteintes », par définition, ne peuvent être regardées comme des cas de privation. Nous avons cependant vu que le Conseil constitutionnel, par sa définition parfois mouvante (sinon contradictoire) de la propriété, fait de situations qui pourraient être assimilées à des privations de simples atteintes.

l'article 17, non pas une protection contre la privation de propriété, mais une garantie offerte aux individus dont les biens font l'objet d'une procédure d'expropriation.

Au début des années quatre-vingt, on s'en souvient, les cours française et allemande ont chacune rendu une décision d'importance en matière de protection de la propriété (décisions *Loi de nationalisation* et *Nassauskiesung*). Michel Fromont, à l'occasion d'une synthèse comparatiste sur la question pouvait en conclure que, en Allemagne, l'article 14 GG « ne peut pas être interprété isolément comme l'a été, par exemple, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme dans la fameuse décision du 16 janvier 1982 »⁵⁶⁶. Il nous semble que, s'il fallait aujourd'hui réitérer cette observation, il serait plus juste d'affirmer que l'article 17 DDHC est interprété de façon absolue, mais plus l'article 2 ; le Conseil s'est ainsi rapproché de la solution allemande.

Tout d'abord, la position de principe⁵⁶⁷ concernant l'intangibilité du droit de propriété hors les cas des nationalisations prévues par le préambule de 1946 – et en fait déjà contenues dans l'article 17 – a été rapidement assouplie. Dès 1989, en effet, le Conseil passe d'une structure concessive (si les finalités et conditions d'exercice du droit de propriété ont changé, cela n'ôte rien à sa pleine valeur constitutionnelle) à une structure plutôt déductive, par laquelle il accepte de prendre en compte ces changements :

Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; que *c'est en fonction de cette évolution* que doit s'entendre la réaffirmation par le préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété.⁵⁶⁸

Ce faisant, il ouvre l'article 2 à des interprétations prenant en compte les autres normes et principes qu'il met en œuvre. Il en est ainsi, notamment de l'intérêt général, qui offre habituellement la possibilité d'une application tempérée de principes fondamentaux (pour déroger au principe d'égalité, notamment)⁵⁶⁹ – et qui trouve lui-même son hypotexte dans la jurisprudence

⁵⁶⁶ FROMONT (Michel), « Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes – République fédérale d'Allemagne », AIJC, 1985/1, p. 214-218, p. 216.

⁵⁶⁷ Décision 81-132 DC : « si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, *les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle* tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit » (cons. 16, nous soulignons).

⁵⁶⁸ Décision 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles* (note Bon, RFDA, 1989, p. 1009), cons. 18. Nous soulignons.

⁵⁶⁹ Sur cette question, nous renverrons à nouveau à MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*.

administrative⁵⁷⁰. Le Conseil semble ici systématiser une position empirique apparue quelques années plus tôt⁵⁷¹. Dans ce dernier cas, cependant, le contrôle des articles 2 et 17 DDHC était nettement séparé (l'article 2 étant d'ailleurs examiné en premier, sans doute puisqu'il présente la vraie garantie de la propriété). Au contraire, depuis l'apparition de la QPC, le Conseil a construit une structure, unique quoiqu'en deux temps, pour examiner la protection du droit de propriété. Il s'intéresse d'abord à l'applicabilité de l'article 17, puis, si celui-ci ne peut être employé, il contrôle la disposition au regard de l'article 2.

Cette manière de faire est remarquable en ce qu'elle est évidente. L'ordre dans lequel ce contrôle est exercé révèle en effet l'empreinte des traditions juridiques françaises. Tout comme, *mutatis mutandis*, le juge administratif exerce d'abord un contrôle externe de l'acte, puis un contrôle de la légalité interne portant d'abord sur la base de l'acte et les motifs de l'acte et enfin, parfois, si l'acte ne s'est toujours pas révélé illégal, sur la proportionnalité des mesures prises, de même le juge constitutionnel va-t-il du plus grossier (l'expropriation, qui lui offre une solution aisée puisque les critères sont assez simples) au plus fin (le contrôle de proportionnalité qu'exigent les atteintes à la propriété). Il a donc dégagé un contrôle en deux temps qui lui permet d'apporter une réponse mesurée aux atteintes que peuvent subir les propriétés du fait de l'administration ou des lois.

À ce titre, l'article 2 offre donc une protection de substitution à la propriété ; puisqu'il s'applique à des situations où l'atteinte est moins criante, il permet en retour des solutions plus pragmatiques et mesurées. Cette interprétation est rendue nécessaire par celle donnée à l'article 17, mais aussi parce que ce dernier (même en dehors de sa réduction à l'expropriation pour cause d'utilité publique) permet uniquement de constater ou non la nécessité publique et le caractère juste de l'indemnisation, arsenal trop brutal pour de simples atteintes qui, sans ôter la propriété, mériteraient tout de même de n'être pas laissées à la discrétion de l'administration. Le Conseil agit, dans ces cas, à nouveau en deux temps : d'un côté, l'utilisation de l'intérêt général permet de tolérer

⁵⁷⁰ Ce qui apparaît tout à fait clairement lorsqu'on prend garde à la première apparition du syntagme dans la jurisprudence du Conseil : dans la décision 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, il est fait appel à l'intérêt général pour déroger au principe d'égalité exactement de la même manière que, cinq auparavant, dans l'arrêt *Denoyez-Chorques* du Conseil d'État (10 mai 1974, note M. Waline, RDP, 1974, p. 476 sq.). G. Merland, tout en relevant la similitude des solutions, refuse d'y voir un mimétisme, et préfère considérer que le Conseil pouvait tirer l'intérêt général de la Constitution (*L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 76-79). Peinant à trouver comment il pourrait le faire, nous tenons pour notre part à l'hypothèse d'une transposition.

⁵⁷¹ Décision 85-189 du 17 juillet 1985, *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement*, note Genevois, AJC 1985, p. 415. On trouve au considérant 10 un contrôle de proportionnalité qui ne dit pas son nom ; la référence à l'intérêt général reste tout indirecte : « l'administration doit fonder ses décisions, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, sur des motifs se référant à des fins d'intérêt général définies avec une précision suffisante par la loi ».

des atteintes aux droits fondamentaux ; de l'autre, précisément parce que, de ce fait, ces droits fondamentaux ne sont plus conçus de façon absolue, le Conseil peut mettre en œuvre, ensuite, un contrôle de proportionnalité. Le parallélisme entre intérêt général et nécessité publique et évident, tant pour leur contenu⁵⁷² que pour leur fonction : tous deux sont la justification d'une atteinte de l'administration ou du législateur portée à une propriété privée. L'interprétation de l'article 2 DDHC montre donc qu'il doit fonctionner comme un décalque, plus souple, de l'article 17.

De fait, les deux critères exigés par le Conseil (présence d'un intérêt général, proportionnalité des mesures) reprennent ceux que l'on trouve dans l'article 17 ; mais ils donnent, dans les deux cas, au Conseil constitutionnel un contrôle un peu plus poussé. Alors que la nécessité publique est peu contrôlée (soit qu'elle soit, comme on l'a vu, remplacée par l'utilité publique, qui est du ressort du juge administratif, soit que le Conseil, lorsqu'il juge lui-même, se contente d'un contrôle restreint⁵⁷³), l'intérêt général fait toujours l'objet d'un contrôle entier. La proportionnalité, elle aussi, est utilisée pour offrir à la personne dont la propriété subit une atteinte des garanties semblables à celles qu'offre l'article 17 : le Conseil n'étudie pas tant en effet l'adéquation des moyens aux fins envisagées que les garanties de fond (indemnisation, notamment) et de forme (étendue des recours) dont disposent les citoyens. On le voit notamment en examinant l'évolution stylistique entre la décision 2010-60 QPC (la première, donc, à établir ce contrôle à deux niveaux) et les décisions suivantes, jusqu'à la 2011-207 QPC. Dans la première, proportionnalité d'une part, garanties de fond et de procédures d'autre part sont encore séparées :

[l'accès forcé à la mitoyenneté] est proportionné à l'objectif visé par le législateur ; [...] il est réservé au propriétaire du fonds joignant le mur et subordonné au remboursement à son propriétaire initial de la moitié de la dépense qu'a coûté le mur ou la portion qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti ; [...] à défaut d'accord des parties, ces conditions de fond doivent être constatées par la juridiction judiciaire qui fixe le montant du remboursement ; [...] compte tenu de ces garanties de fond et de procédure, la restriction portée au droit de propriété par la disposition en cause n'a pas un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée de ce droit⁵⁷⁴

Ici, la question de la proportionnalité ne donne lieu à aucun examen de fond ; les garanties dont jouit le propriétaire sont en revanche plus longuement étudiées, et ce sont elles, finalement, qui semblent déterminantes (nous avons déjà vu que l'important pour le Conseil est que le droit de

⁵⁷² Voir par exemple, pour la thèse de l'identité matérielle entre nécessité publique, utilité publique et intérêt général, ces trois vedettes dans VAN LANG (Agathe), GONDOUIN (Geneviève), INSERGUET-BRISSET (Véronique), *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 2012 (6^e éd.), 478 p. Même assimilation entre intérêt général et utilité publique dans CORNU, *Vocabulaire juridique*.

⁵⁷³ Ainsi dans la décision *Nationalisation*, cons. 20. ; la décision 2011-203 QPC sur la vente des produits saisis par les douanes, en revanche, fait ici aussi figure d'exception puisque le Conseil y effectue un contrôle entier au regard de la nécessité publique (cons. 5).

⁵⁷⁴ Décision 2010-60 QPC, cons. 6.

propriété ne soit pas dénaturé). Des autres décisions concernées, il semble difficile de dégager une position ferme⁵⁷⁵. Cependant, celle qui concerne les servitudes d'alignement paraît assimiler de façon expresse proportionnalité et indemnisation : c'est uniquement celle-ci qui est évoquée à la suite de la détermination de l'intérêt général, et le Conseil va jusqu'à affirmer que « l'atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété serait disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi si l'indemnité due à l'occasion du transfert de propriété ne réparait également le préjudice subi du fait de la servitude de reculement »⁵⁷⁶. Dans la question portant sur les biens de sections de commune, de semblable façon, c'est l'indemnisation qui permet de garantir la proportionnalité de la mesure lorsque celle-ci « entraîner[ait] pour les membres de la section une charge spéciale et exorbitante »⁵⁷⁷. On voit donc que l'indemnisation conditionne la proportionnalité, ce qui donne un sens inattendu à ce dernier concept. La proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire la pondération entre le préjudice subi et l'importance de l'intérêt général en cause n'apparaît, à notre connaissance, que dans une décision⁵⁷⁸.

Puisque l'intérêt général correspond à la nécessité publique, et que la proportionnalité garantit surtout une juste indemnisation ainsi que le droit au recours, la protection de la propriété telle que rattachée par le Conseil constitutionnel à l'article 2 ressemble à une sorte d'article 17 au petit pied. Les critères sont proches, mais appliqués de façon moins absolue. La proportionnalité réside plutôt dans le rapport entre, d'une part, l'indemnisation éventuelle (ou l'absence d'indemnisation si l'atteinte est minime) et les garanties procédurales d'une part, la gravité de l'atteinte d'autre part.

C'est là une conséquence de la façon dont est interprété l'article 17. Nous avons en effet montré que le Conseil, à partir de l'hypotexte de l'expropriation pour cause d'utilité publique, en avait bâti une interprétation restrictive. Cela lui a permis d'abord de n'être pas enfermé par les conditions trop strictes de cet article au moment d'exercer son contrôle et de trouver comme norme de référence un article plus vague, auquel il a pu donner un contenu en se fondant sur les exigences de l'article 17, mais mâtinées cette fois de la possibilité de les pondérer au regard de chaque situation. Ainsi, il dispose d'une modalité de contrôle plus conforme à une véritable juridiction en ce

⁵⁷⁵ Ainsi de la décision 2011-172 QPC (accès aux propriétés privées pour l'étude de projets de travaux publics), qui mêle sans les distinguer intérêt général et proportionnalité. Le balancement habituel (d'une part... d'autre part...) est certes là, mais il ne semble pas séparer entre deux objets vraiment différents (cons. 10-11).

⁵⁷⁶ Décision 2011-201 QPC, cons. 8.

⁵⁷⁷ Décision 2011-128 QPC, cons. 8.

⁵⁷⁸ Décision 2011-207 QPC du 16 décembre 2011, *Société Grande brasserie patrie Schutzenberger*, cons. 9 : les éléments retenus par le Conseil tiennent tous à l'ampleur (ou plutôt, au peu d'importance) des servitudes établies par l'inscription du bâtiment au titre des monuments historiques ; la question de l'indemnisation, qui apparaît sous la forme d'une aide possible de l'État pour les travaux de restauration, ne vient qu'en dernier lieu.

qu'elle lui permet d'exercer une conciliation entre les droits fondamentaux, sans en considérer aucun de façon absolue. On ne trouve en effet, dans toute la jurisprudence du Conseil, que deux décisions dans lesquelles l'art. 17 a donné lieu à un contrôle de proportionnalité : à chaque fois, il fallait un motif impérieux d'intérêt général pour justifier ce manquement⁵⁷⁹. Et ces hirondelles ne font pas le printemps proportionnel : dans une décision récente où tout semblait devoir le conduire à s'appuyer sur ces deux précédents, le juge n'a pas cru nécessaire de mettre en œuvre le même contrôle de proportionnalité, et s'est contenté de valider une disposition qui heurtait assez frontalement l'article 17 en semblant considérer que la situation serait suffisamment marginale pour ne pas justifier une censure⁵⁸⁰.

Cette situation d'arrivée, qui distingue entre l'expropriation au sens strict et toutes les autres atteintes à la propriété est intéressante en ce qu'elle est extrêmement proche du cadre juridique allemand, bâti sur un fondement plus clair. Au terme d'un dialogue houleux avec le Bundesgerichtshof, le Bundesverfassungsgericht a en effet établi une théorie de la distinction de nature (*Trennungstheorie*) entre l'expropriation et toutes les autres formes d'atteintes à la propriété.

Des alinéas 1⁵⁸¹ et 3⁵⁸² de l'article 14 GG, le Bundesgerichtshof avait au contraire développé une théorie du seuil (*Schwellentheorie*), supposant un continuum dans l'atteinte à la propriété, dont l'expropriation était seulement le plus haut degré. Cela lui avait permis de dégager des cas d'« atteintes semblables à l'expropriation » (notamment lorsque qu'elle touchait aux éléments économiques de la propriété) qui devaient être indemnisées comme elle. Par conséquent, il ne cherchait pas si l'atteinte était ou non légale, mais avait dégagé une forme de responsabilité sans faute de l'État. Cette théorie reposait donc sur une conception absolument subjective du droit de propriété : ce serait un droit indépendant de l'État, et toute atteinte, légale (justifiée) ou non mériterait indemnisation ; ces atteintes étant contrôlées, non sur le fondement de l'alinéa 1, mais sur

⁵⁷⁹ Décisions 89-256 DC (cons. 19-20) et 2010-26 QPC (cons. 6-7).

⁵⁸⁰ Décision 2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013, *Société Invest Hôtels Saint-Dizier Rennes et autre*, note J.-P. Grandemange, AJDA, 2103/40, p. 2327 sq. C'est à cet auteur que nous devons le rapprochement avec les deux décisions précitées (89-256 DC et 2010-26 QPC).

⁵⁸¹ « Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt » (La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois).

⁵⁸² « Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfall der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen » (L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien de la collectivité. Elle ne peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et de ceux des parties intéressées. En cas de litige portant sur le montant de l'indemnité, les tribunaux ordinaires sont compétents).

celui de l'alinéa 3⁵⁸³.

Lorsqu'il put examiner cette jurisprudence⁵⁸⁴, le Bundesverfassungsgericht fit au contraire du droit de propriété, en interprétant l'article 14 non seulement d'après tous ses alinéas⁵⁸⁵, mais aussi en rapport avec le reste de la Loi fondamentale, un droit social, qui comme tel doit nécessairement être concilié avec les autres⁵⁸⁶. Cette conciliation peut notamment se traduire par une absence d'indemnisation lorsque l'atteinte n'est pas suffisamment grave, ou que l'objectif visé est d'une importance bien plus grande ; l'expropriation au sens strict⁵⁸⁷, en revanche, comporte comme l'exige la Loi fondamentale toujours une indemnité. Dans le cas qui a donné lieu à cette décision *Ausskiesung*⁵⁸⁸, une personne se livrant à l'extraction de sables et de graviers souffrait de ce que l'autorisation d'extraire ne lui ait pas été renouvelée (sur ce fondement que ses activités touchaient de trop près un lac alimentant le réseau d'eau potable de la ville voisine et risquaient de le polluer) : il ne chercha pas à soulever l'illégalité de cet acte administratif (sa requête ayant toutes les chances d'être rejetée), mais se tourna directement vers le juge judiciaire, afin que celui-ci reconnaisse dans cet acte qui le privait d'une forme d'exploitation économique de son terrain une atteinte semblable à l'expropriation, et l'indemnise en conséquence. Lorsque l'affaire vint devant le Bundesverfassungsgericht, celui-ci affirma que toute atteinte, même importante, ne peut pas être assimilée à une expropriation – et n'exige donc pas nécessairement la même procédure d'indemnisation. Il opère donc depuis une distinction nette entre l'expropriation, régie par l'art. 14, al. 3 GG et les autres atteintes, qui relèvent de l'art. 14, al. 1 GG.

Cela lui permet à la fois de mieux protéger l'intérêt général (puisque la collectivité n'est plus amenée à payer systématiquement) et d'avoir une conception souple de la propriété elle-même, en

⁵⁸³ LEGE (Joachim), « 30 Jahre Nassauskiesung – Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat », JZ, 2011, 22, p. 1084–1091, p. 1085, 1087. La suite de ce développement sur la décision *Nassauskiesung* suit, sauf mention contraire, l'article de J. Lege.

⁵⁸⁴ Jusqu'alors, en effet, les justiciables, qui avaient tout à gagner de voir le Bundesgerichtshof appliquer sa jurisprudence puisqu'elle leur garantissait une indemnisation même en dehors des cas d'expropriation, n'avaient pas poussé la conscience citoyenne jusqu'à saisir le Bundesverfassungsgericht d'une Verfassungsbeschwerde ; l'État, lui, qui l'aurait bien voulu, ne le pouvait pas. Il fallut donc attendre que le Bundesgerichtshof pose lui-même une décision sur une question proche pour que le juge constitutionnel puisse, par la voie d'un *obiter dictum* audacieux, se saisir du problème.

⁵⁸⁵ Le deuxième alinéa rappelle que la propriété « oblige » (« verpflichtet »), ce qui n'est concevable que dans une conception sociale de celle-ci. Le troisième, que nous venons de citer, rappelle que l'indemnité d'expropriation prend en compte les intérêts de la collectivité.

⁵⁸⁶ FROMONT (Michel), « Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes – République fédérale d'Allemagne », AIJC, 1985/1, p. 214-218.

⁵⁸⁷ La distinction est faite par Lege (« 30 Jahre Nassauskiesung... », p. 1085) ; le Bundesverfassungsgericht a également donné une définition restreinte de l'expropriation en la limitant aux cas « dans lesquels des biens sont acquis par l'exercice d'un droit souverain, biens au moyen desquels doit être réalisé un projet concret et servant à la réalisation de missions publiques » (« in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll », BVerfGE 104, 1, 9 sq.). Au contraire, selon cette même décision, une modification du parcellaire, et donc des échanges forcés de terrains, ne constituent pas une expropriation puisqu'il s'agit de ne pas rendre sur certaines parcelles (enclavées) toute construction impossible.

⁵⁸⁸ BVerfGE 58, 300, 15 juillet 1981.

en étendant la protection à des éléments moins directement évidents. Dans le cas de la législation sur l'eau que nous venons d'étudier, le tribunal a ainsi considéré que le droit d'exploitation était soumis à une autorisation, et que celle-ci ne faisait pas partie, de toute éternité, de la propriété elle-même. Il n'y a donc pas expropriation. Comme, en revanche, l'usage de cette même propriété est restreint, l'art. 14 al. 1 GG impose que la loi règle cette restriction – laquelle loi peut elle-même faire l'objet d'un contrôle par le tribunal constitutionnel, à qui revient alors d'étudier beaucoup plus en détail la pondération à faire entre les droits de l'individu et ceux de la collectivité que s'il était confronté à la norme-massue (quoiqu'un peu moins qu'en France, certes) de l'expropriation. C'est ainsi que d'autres institutions de droit, telles notamment les retraites (ou, plus généralement, la sécurité sociale), ont pu faire l'objet d'un contrôle sur le fondement de la protection de la propriété. Dans ce cas, c'est l'atteinte ou la restriction qui est examinée, non une éventuelle expropriation ; cela permet, là encore, de mener à bien une pondération entre les différents principes fondamentaux en se fondant sur le critère de la proportionnalité⁵⁸⁹. Le contrôle, quoique souvent restreint dans les faits en ce qui concerne la sécurité sociale, semble tout de même plus poussé qu'en France, puisque si la proportionnalité inclut les garanties procédurales offertes aux citoyens, elle prend en plus en considération l'intérêt public et l'adéquation aux fins poursuivies, ainsi que l'absence d'un préjudice spécial et inattendu⁵⁹⁰.

La Loi fondamentale réunissant ainsi dans le même article les deux types possibles d'atteinte à la propriété (expropriation, atteinte simple), le Bundesverfassungsgericht a pu aisément bâtir un contrôle à deux niveaux, pour répondre à chaque situation ; d'autant plus aisément, que le texte constitutionnel, plus tardif, a pu prendre en compte le régime de la propriété tel qu'il existait. À cet égard, d'ailleurs, on doit noter que l'évolution qui a mené de la décision *Nassauskiesung* à la définition plus récente de l'expropriation comme l'achat d'un bien fondé sur des prérogatives de souveraineté et devant servir à l'intérêt public a été, ainsi que nous l'avons avancé pour la France, décrit comme un « retour à la conception classique de l'expropriation »⁵⁹¹. Pour compenser cette restriction, l'alinéa 1 offre le fondement d'un contrôle portant sur les définitions de la propriété et les restrictions qui y sont apportées. Ce contrôle peut, lui aussi, donner lieu à une indemnisation⁵⁹².

⁵⁸⁹ Pour la question de la sécurité sociale, voir SONNEVEND (Pal), *Eigentumsschutz und Sozialversicherung : Eine rechtsvergleichende Analyse anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des ungarischen Verfassungsgerichts*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2008, 278 p., not. p. 99-131.

⁵⁹⁰ BVerfGE 53, 257, 292.

⁵⁹¹ PAPIER (Hans-Jürgen), « Der Stand des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes », in DEPENHEUER (Otto), dir., *Eigentum. Ordnungsidee, Zustand, Entwicklungen*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2005, 166 p., p. 93-104.

⁵⁹² Évolution entamée dans BVerfGE 58, 137 (le dépôt légal ne peut concerner, sans porter une atteinte excessive à la propriété privée, les livres rares, tirés à peu d'exemplaires pour un public de bibliophiles), qui complète utilement la décision *Nassauskiesung* (elle ne la précède d'ailleurs que d'un jour) ; la décision *Denkmalvilla* du 2 mars 1999

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, au contraire, énonce à ses deux extrémités deux articles qui, pour porter sur un objet semblable, ne présentent entre eux aucune articulation⁵⁹³. L'article 2 est trop vague pour pouvoir être vraiment utilisé, l'article 17 trop strict pour être vraiment utile. Le Conseil, sans doute d'abord en suivant une intuition naturelle pour un juriste (n'appliquer l'article 17 qu'à l'expropriation), en vient donc à réinterpréter les articles à partir de textes qui lui sont déjà familiers (comme on l'a vu, à plus grande échelle, pour ce qui concerne les termes mêmes de l'article 17), et à constituer ainsi un cadre à deux niveaux assez semblable à celui de la Loi fondamentale⁵⁹⁴. Cela conduit en général à des solutions elles aussi similaires – quoique le contrôle de la Cour allemande soit, sans surprise, souvent plus poussé⁵⁹⁵.

Les avantages de la chose sont incontestables, si l'on accepte le présupposé selon lequel le Conseil constitutionnel doit devenir un juge constitutionnel le plus complet possible : il dispose ainsi de moyens plus idoines pour couvrir une classe de cas plus large. Le tout en s'intégrant fort sagement au système déjà existant au moyen de ces hypotextes qui apportent avec eux la force de l'évidence. C'est ainsi que le double contrôle au regard des art. 2 et 17 DDHC est devenu un standard pour le Conseil constitutionnel dès qu'il s'agit d'atteintes à la propriété : tous deux sont toujours cités comme des normes de référence, même s'il n'est fait ensuite aucune référence à l'article 17⁵⁹⁶.

L'objet de ces développements était formé des hypotextes infraconstitutionnels, mais on peut déjà faire remarquer que la transposition des critères de l'article 17 à l'article 2, sous les espèces de l'intérêt général et de la proportionnalité des mesures, est la transposition d'un hypotexte intraconstitutionnel, catégorie sur laquelle nous reviendrons dans la suite de ce titre.

(BVerfGE 1000, 226) a fixé plus clairement ce cadre d'interprétation.

⁵⁹³ Les comptes-rendus des débats dont nous disposons signalent seulement que l'article passe tel quel, sans donner plus d'indications sur la discussion ; est d'intérêt, en revanche, au moins en ce qu'elle appuie la position selon laquelle il n'y a pas d'articulation entre les articles 2 et 17, la façon dont on en arrive à voter sur cette question : « Le plus grand nombre des membres veut passer enfin à la Constitution ; d'autres veulent que l'on ne termine pas la déclaration des droits sans y insérer un article concernant la propriété » (*Archives parlementaires de 1787 à 1860, Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises*, première série (1787 à 1799), tome VIII, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1875, p. 489). C'est dire si le lien est faible entre les deux articles.

⁵⁹⁴ *Mutatis mutandis* : la tradition juridique française ne prend pas en compte l'intérêt commun dans la fixation de l'indemnité, le Conseil s'en tient donc à une conception subjective (en ce qu'elle dépend exclusivement de la valeur du bien) de l'indemnité d'expropriation

⁵⁹⁵ Ainsi pour les biens inscrits au titre des monuments historiques (*Denkmalschutz*) : nous avons cité la décision 2011-207 QPC, qu'on comparera utilement à BVerfGE 100, 226 (*Denkmalvilla*).

⁵⁹⁶ Ainsi dans la décision 2013-337 QPC du 1^{er} août 2013, *M. Didier M.* : le requérant conteste de manière générale l'atteinte portée au droit de propriété (cons. 2), le Conseil constitutionnel traduit cela en citant les art. 2 et 17 DDHC (cons. 3) et se contente de constater que l'art. 17 ne peut pas s'appliquer en l'espèce, sans faire de véritable contrôle sur ce fondement (cons. 6). Voir également la décision 2013-370 QPC du 28 février 2014, *M. Marc S. et autre*.

En ce qui regarde le champ d'application de l'article 17 DDHC, on voudra peut-être nous reprocher d'avoir un peu forcé les choses, et de nous être abandonné au plaisir d'appliquer coûte que coûte une théorie séduisante. On pourrait en effet soutenir que le Conseil fait un fin de compte une simple interprétation téléologique, puisque les hommes de 1789 voulaient sans nul doute régler le droit de l'expropriation⁵⁹⁷. Outre cependant la fragilité intrinsèque de l'argument téléologique, on doit se contenter d'observer que le Conseil ne fait jamais référence à une quelconque intention du constituant dans ce cas, quoique, on l'a vu, il ne se l'interdise pas par ailleurs. On pourrait, encore, refuser de voir une relation hypertextuelle là où un seul mot serait concerné – et où ce mot n'apparaît même pas. C'est une objection plus sérieuse, mais nous nous en tenons pourtant à notre position. Il faudrait en effet sinon trouver un autre raisonnement qui puisse justifier cette restriction de la privation de propriété à l'expropriation au sens strict. Seule pourrait servir à cela, en l'absence d'éléments donnés par le juge lui-même, la notion de transplant juridique. Celle-ci, nous l'avons vu, relève non de la transposition, mais de l'imitation : qui importe un concept juridique entend importer toute une institution de droit, avec tout son contenu. Au contraire, la transposition ne concerne que des mots, et a d'abord une fonction légitimante (en plus de l'évidence du procédé) ; elle a par ailleurs des conséquences, puisque les mots choisis apportent leur sens propres et leurs connotations, ce qui influe sur la norme à laquelle ils se trouvent intégrés.

Mais, contrairement aux cas d'imitation, celui qui les utilise ne se trouve pas lié par le contenu particulier qu'ils peuvent avoir en tant que concept de droit ; de la même façon que la transposition littéraire se traduit par un enrichissement de l'hypertexte, mais en aucune manière par des contraintes que ferait peser sur lui son hypotexte. Qu'on voie ce qu'il en est des servitudes ou de la propriété : alors que ces deux notions sont bien définies en droit privé, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il doit examiner des normes de droit privé qui s'y rapportent, ne se sent pas tenu par ces définitions⁵⁹⁸. Mais la question n'est pas seulement celle d'une concurrence entre deux champs du système juridique : le Conseil utilise le mot « servitudes » dans sa décision, comme s'il utilisait le concept juridique. Il ne le fait pourtant pas puisqu'il méconnaît le sens de ce concept. L'intérêt pour lui est donc surtout de faire comme s'il utilisait le concept qu'on attend de lui, en se contentant de profiter de l'avantage qu'il tire de pouvoir simplement prononcer le mot. Le ridicule en moins, il y a

⁵⁹⁷ On l'a déjà signalé, L. Lacchè (« L'expropriation pour cause d'utilité publique, la propriété et les garanties constitutionnelles dans la France révolutionnaire ») affirme que l'article 17 doit systématiser le régime des ventes pour l'utilité publique .

⁵⁹⁸ C'est le fondement de la décision prise dans l'affaire des murs mitoyens, comme l'affirme le commentaire aux Cahiers d'ailleurs (le Conseil « ne s'est pas estimé tenu par la qualification de la mesure en droit civil : tout transfert de droits réels n'implique pas nécessairement le constat d'une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »). Quant à l'extinction des servitudes en Alsace-Moselle, la doctrine a pu montrer que la solution ne se justifiait qu'en méconnaissant gravement la nature de ses servitudes et la notion même de propriété (note Revet, RTDCiv., 2012, p. 342).

quelque chose ici du majordome de Proust qui voit Foch « tirer des plans sur la comète » aux Allemands⁵⁹⁹, ou du surveillant qui, chez Genet, manque mourir pour avoir voulu parler comme les enfants de la colonie pénitentiaire, mais en en comprenant mal le langage⁶⁰⁰. Dans ces deux cas, l'expression en cause est conçue comme un sociolecte à soi seul, qui intègre le locuteur dans le cercle où il aspire (celui des gens qui s'y entendent en stratégie militaire, celui des détenus de la colonie pénitentiaire), en dehors de toute pertinence sémantique.

C'est en ce sens qu'il y a transposition, et non imitation. Celle-ci supposerait de vouloir recréer une matière déjà connue en reprenant ses caractéristiques génériques. Dans ce cas, cependant, si un juge se livre à cette activité, et surtout lorsque le concept d'origine n'a pas rang constitutionnel, se pose un problème de hiérarchie des normes. On aura en effet arbitrairement, et visiblement, donné rang constitutionnel à un concept d'origine législative (ce qui est possible, on la dit précédemment, lorsqu'on se repose sur l'idée d'une rationalité du droit – mais ce qui est justement incompatible avec la hiérarchie des normes). Ce ne semble pas être le cas ici. Au contraire, la fonction légitimante est d'autant plus visible que les considérants de principe sont systématiquement énoncés en entier, même lorsqu'ils ne jouent aucun rôle, ou seulement en partie, dans le raisonnement du juge⁶⁰¹.

Par ailleurs, la transposition de Genette ne repose pas uniquement sur les mots précis, mais également sur un canevas. On peut dès lors avancer que l'interprétation donnée par le Conseil de l'article 17 DDHC est à l'expropriation ce qu'est à l'*Odyssee* le *Ulysses* de Joyce, et qu'il n'est pas besoin de lire explicitement « expropriation » pour savoir que ce terme représente l'hypotexte qu'utilise le juge. Lequel hypotexte, en plus de sa fonction légitimante apporte avec lui un ensemble de connotations qui prédéterminent le raisonnement du juge : ici, sans doute, la conception étatique qui a présidé à l'adoption de la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique et qui a perdu depuis⁶⁰².

Avant de clore enfin ces développements, nous voulons attirer l'attention du lecteur sur ce fait, que le cas de l'article 17 DDHC, pour être particulièrement significatif, n'est pas isolé. Au rang de cette conciliation entre la Déclaration des droits et l'ordre juridique qui a été mis en place depuis, on peut aussi signaler cette décision par laquelle les termes de l'article 1382 du Code civil sont réénoncés par le Conseil – non pas d'après le Code civil, mais comme s'ils se déduisaient

⁵⁹⁹ PROUST (Marcel), *Le Temps Retrouvé*, Paris, Gallimard (« Folio »), 1990, 447 p., p. 57.

⁶⁰⁰ GENET (Jean), *Miracle de la rose*, Paris, Gallimard (« Folio »), 1977 [1946], 376 p., p. 236.

⁶⁰¹ Ainsi dans la décision 2012-226 QPC, où seule est posée la question de l'indemnisation préalable.

⁶⁰² Cf. GILBERT (Simon), « Permanence et évolution du modèle napoléonien », JCP A, 2011/8, p. 2078 sq.

naturellement de l'article 4 DDHC⁶⁰³.

Section 2 *La sécurité juridique : faiblesses d'une expression doctrinale*

Au contraire des questions portant sur la propriété, où l'on a vu que l'hypotexte avait une fonction active, le principe de sécurité juridique présente l'exemple d'un refus d'hypotexte. En démontrant cela, nous apportons une forme d'argument *a contrario* à notre position : alors que le juge est tenté, quitte à déformer le texte, d'utiliser des hypotextes suffisamment ancrés en droit, il refuse consciemment certaines expressions qui ne semblent pas offrir le même effet légitimant. On peut certes avancer, comme le fait une part de la doctrine (sans être, à notre connaissance, trop fortement contestée), que le principe de sécurité juridique, ou au moins certains de ses éléments, est matériellement reconnu par le Conseil constitutionnel (§ 1), mais il nous semble plus important d'insister sur le paradoxe que constitue, à première vue, la persistance de son exclusion formelle (§ 2).

§ 1 Reconnaissance matérielle, sinon formelle, du principe de sécurité juridique ?

Notion pour le moins floue, parfois identifiée avec le droit lui-même, la sécurité juridique est généralement définie par un certain nombre de sous-principes plus précis, que l'on peut classer en deux catégories : les exigences formelles (tenant à l'intelligibilité de la loi) et les exigences matérielles (tenant à la stabilité que doit offrir le système juridique pour permettre aux individus d'exercer leurs droits, notamment économiques)⁶⁰⁴. Or, le Conseil constitutionnel a, d'abord timidement dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, puis plus rapidement à partir des années 2000, donné à ces mêmes sous-principes valeur constitutionnelle (a). Observant cela, de nombreux auteurs, par ailleurs persuadés du bien-fondé axiologique de ce principe, ont affirmé que la sécurité juridique faisait désormais partie, de façon plus ou moins explicite, du bloc de constitutionnalité français (b).

⁶⁰³ Cf. décision 2011-167 QPC du 23 septembre 2011, *M. Djamel B.*, cons. 4 ; déjà, auparavant, décision 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 70. La première utilisation (décision 82-144 DC) était encore assez floue pour qu'on ne soit pas certain de la constitutionnalisation effective du principe (sur ce point, voir MOLFESSIS (Nicolas), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, 602 p., p. 294-295) ; les décisions récentes (la 2011-167 QPC, notamment, ne semblent plus laisser de doute à ce sujet).

⁶⁰⁴ C'est la présentation adoptée par Olivier Dutheillet de Lamothe (« Le point de vue du juge constitutionnel : l'expérience du Conseil constitutionnel », in « Regards croisés sur la sécurité juridique, Séminaire franco-brésilien », PA, 2006/254, p. 10-15). De même, c'est ainsi que le Conseil d'État présente la notion dans le rapport qui lui est consacré en 2006 (Rapport public 2006, *Etudes et documents du Conseil d'État – Rapport public 2006*, Paris, La Documentation française, 2006, 412 p., p. 281-282).

a. La reconnaissance progressive de notions rattachées à la sécurité juridique

L'axe « formel » de la sécurité juridique regroupe les principes tels que la clarté de la loi ou son caractère normatif.

Le premier a été reconnu assez tôt, mais alors peu mis en œuvre⁶⁰⁵. En revanche, on note depuis une quinzaine d'années qu'il y est de plus en plus souvent fait référence⁶⁰⁶. Il s'est de plus étoffé en gagnant des auxiliaires dans l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁶⁰⁷ ainsi que dans l'exigence de précision de la loi⁶⁰⁸ ; simultanément, et sans que cela doive surprendre, la complexité excessive de la loi est devenue un motif de censure⁶⁰⁹. Quant au caractère normatif de la loi, on sait qu'il est plus récent⁶¹⁰, et plus rarement appliqué (cinq autres occurrences depuis, dont seulement deux censures).

Ces deux principes contribuent en effet à rendre le droit compréhensible, d'une part en adoptant un langage (à l'échelle du texte de norme) et un ordonnancement (à l'échelle de l'ordre juridique, pour ce qui regarde les entreprises de codification notamment) compréhensibles pour le laïc : pour que nul ne soit censé ignorer la loi, il faut au moins que celle-ci n'invite pas d'elle-même à l'ignorer malgré la meilleure volonté du monde. D'autre part, en limitant le champ de la loi : ne peut être considéré comme proprement législatif que ce qui donne un commandement. Si cette position, d'un point de vue théorique, n'est pas sans poser problème⁶¹¹, le fait même qu'elle continue

⁶⁰⁵ Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 69.

⁶⁰⁶ Deux fois en 2000, trois fois en 2001, une fois en 2002, trois fois en 2003, cinq en 2004, deux en 2005, deux en 2006. Il passe ensuite entièrement le relais à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

⁶⁰⁷ Depuis la décision 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, cons. 13 (note Molfessis, RTDCiv., 2000/1, p. 186 ; Mathieu, D., 2000/4, p. VII ; voir aussi un commentaire détaillé dans LAMOUREUX (Sophie), « La codification ou la démocratisation du droit », RFDC, 2001, 48, p. 801-824, not. p. 815-819). On compte ensuite cinquante-six références à ce principe jusqu'en mai 2013.

⁶⁰⁸ Explicitement dans la décision 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 19.

⁶⁰⁹ Ainsi dans la décision 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, cons. 5, ou encore dans la décision 2005-530 du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 77, 85 et 86, sur laquelle nous reviendrons plus en détail.

⁶¹⁰ Première apparition dans la décision 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, cons. 12 ; note Philip, RFDC, 2004, 60, p. 798, note A.-L. Valembois, PA, 2005/246, p. 14.

⁶¹¹ Elle fait en effet de la normativité une qualité matérielle, et non formelle ; une norme ne peut dès lors plus être l'énoncé d'un texte de norme, mais ne peut concerner qu'un certain nombre de textes. Cela semble aller à rebours de la théorie kelsénienne de l'engendrement dynamique des normes, aujourd'hui pourtant largement acceptée. *A contrario*, d'ailleurs, on est donc tenté de se demander si le contenu des textes peut déterminer de leur rang dans la hiérarchie des normes. La question est moins provocante qu'il n'y paraît, puisque Grégory Mollion a pu montrer que le Conseil constitutionnel donne parfois rang constitutionnel à des lois à raison des droits que celles-ci protègent, et sans autre fondement juridique (MOLLION (Grégory), « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », RFDC, 2005, 62, p. 257-289 ; not. p. 284, où l'auteur appuie sa démonstration à l'exemple de la fameuse loi *Informatique et liberté*).

à être très majoritairement soutenue montre à quel point la sécurité juridique qu'elle est censée garantir importe aussi bien à la doctrine qu'au Conseil constitutionnel.

Vient ensuite ce que le Conseil d'État nomme « l'axe temporel » de la sécurité juridique⁶¹², et qui tient au contenu même du droit : si l'on considère que le droit, en particulier pour ce qui regarde l'activité économique, a pour fonction d'indiquer aux acteurs les règles du jeu, afin que ceux-ci puissent agir en conséquence, il paraît aller de soi que ces règles ne doivent pas changer sans cesse. Plus évidemment encore, les règles que se sont données les parties d'un contrat ne doivent pas pouvoir être modifiées unilatéralement, que ce soit le fait de l'une des parties, ou de l'État.

On reconnaît dans cette description sommaire les deux principes reconnus depuis la fin des années quatre-vingt-dix par le Conseil constitutionnel : le législateur ne doit, sans motif d'intérêt général suffisant, porter atteinte ni à l'économie des contrats légalement conclus, ni aux situations légalement acquises. Le premier de ces principes a été établi dans la décision 98-401 DC⁶¹³, et rattaché d'abord à la liberté contractuelle, donc à l'article 4 DDHC. Par la suite, le Conseil a souligné ce que ce principe a de particulier en ajoutant une référence à l'article 16 DDHC et donc à la garantie des droits plus qu'à la seule liberté⁶¹⁴. Dans deux cas même il a pu affirmer ce principe sans énoncer sa source ; certes, dans les deux cas, les circonstances de l'espèce y invitaient sans doute⁶¹⁵. Le second principe, que les situations légalement acquises doivent être protégées des interventions du législateur, a été consacré plus tard, en 2005⁶¹⁶. Il a, quant à lui, tout de suite été rattaché à l'article 16 DDHC, et n'a pas varié depuis, étant particulièrement utilisé dans le contentieux QPC⁶¹⁷. On peut rapprocher de ce dernier principe le contrôle opéré sur les lois de validation : quoiqu'on le rapporte en général à la séparation des pouvoirs⁶¹⁸, il touche aussi à la

⁶¹² Rapport 2006, *op. cit.*, p. 282.

⁶¹³ Décision 98-401 DC du 10 juillet 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 23. Le juge constitutionnel avait d'abord refusé de considérer la liberté contractuelle comme un principe constitutionnel dans la décision 94-438 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, cons. 9.

⁶¹⁴ Décision 2002-465 du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 4.

⁶¹⁵ Décision 2005-530 du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 43-44 : dans la mesure où aucun contrat n'est concerné, le grief n'est pas examiné, ce qui explique sans doute qu'on ne trouve pas de référence à un texte précis. Dans la décision 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, au considérant 33, le Conseil évoque à nouveau « l'économie générale des conventions légalement conclues » ; c'est cependant dans ce cas pour justifier une atteinte au principe d'égalité, et non comme une norme servant de critère direct de constitutionnalité. On peut voir là encore la raison du silence quant au texte de référence.

⁶¹⁶ Décision 2005-530 du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons.

⁶¹⁷ Six des dix décisions où l'expression est utilisée par le Conseil sont des décisions QPC.

⁶¹⁸ Ainsi de Dominique Rousseau (*Contentieux constitutionnel*, p. 300-302).

sécurité juridique en ce qu'il garantit que l'État ne changera pas arbitrairement les lois pour réagir à une décision de justice.

b. La doctrine d'une reconnaissance implicite

Constatant donc que tous ces principes recouvrent, matériellement, ce que l'on peut attendre de la sécurité juridique, certains auteurs ont affirmé que le Conseil constitutionnel reconnaissait désormais le principe de sécurité juridique, et ont trouvé un assez large écho.

C'est qu'au-delà de la pertinence purement descriptive de cette position, il existe un fond axiologique puissant qui invite à reconnaître la sécurité juridique. Comme on l'a déjà signalé, elle peut être identifiée au droit lui-même, ou au moins lui paraître consubstantielle. Elle représente ainsi selon Carbonnier un « besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal »⁶¹⁹ pour l'homme juridique. Si cela est vrai pour tout droit, ce l'est encore plus pour le droit tel qu'on le connaît en Europe depuis la fin de l'époque moderne. On sait en effet que les grandes entreprises de codification ont eu pour origine la volonté de rendre le droit accessible au justiciable, afin de lui permettre d'agir en connaissance de cause⁶²⁰. Enfin, la construction européenne et, en général, le développement du droit comparé, ont également offert des arguments aux tenants de la reconnaissance du principe de sécurité juridique : puisqu'il est admis dans d'autres systèmes, dont les deux ordres européens, qui s'imposent de fait au juge français, il serait ici aussi naturel d'en faire un principe constitutionnel (voire d'admettre qu'il est, par nature, un principe constitutionnel). Avant même que le Conseil développe sa jurisprudence sur les composantes de la sécurité juridique, Michel Fromont voyait dans ce principe un élément important pour parvenir à un droit administratif commun en Europe, et attendait du droit européen comme du droit allemand qu'ils montrent la voie au droit français⁶²¹.

⁶¹⁹ CARBONNIER (Jean), « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 193 ; cité par MOLFESSIS (Nicolas), note sous la décision 99-421 DC du Conseil constitutionnel, RTDCiv., 2000, p. 186 sq.

⁶²⁰ Voir ainsi DESRAYAUD (Alain), « De la sûreté à la citoyenneté : l'accessibilité du code civil de 1804 » RTDCiv., 2012/4, p. 677-697 : le principe de clarté a présidé à l'établissement du Code civil en 1804. Portalis lui-même est plus mesuré (peut-être plus clairvoyant), puisqu'il admet que l'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi n'est guère susceptible d'une application trop rigoureuse, et considère nécessaire l'existence d'une classe de juristes professionnels. Il se contente en conséquence « d'une publicité relative, qui, si elle ne peut produire à temps, dans chaque citoyen, la connaissance de la loi à laquelle il doit se conformer, suffit au moins pour prévenir tout arbitraire sur le moment où la loi doit être exécutée ». On voit donc que, s'il est conscient des difficultés pratiques, il voit tout de même dans la nécessité que le citoyen connaisse le droit la raison d'être des Codes (PORTALIS (Jean-Marie-Etienne), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, édition Confluences, 1999 [1801], 75 p., p. 26).

Pour la période contemporaine et le nouveau courant de codification, voir LAMOUREUX (Sophie), « La codification ou la démocratisation du droit », art. cité., ainsi que ZARADNY (Aude), *Codification et Etat de droit*, thèse Paris II, 2011.

⁶²¹ FROMONT (Michel), *Le principe de sécurité juridique*, AJDA, 1996, p. 178.

Partant donc de l'idée qu'il est bon, sinon nécessaire, de protéger la sécurité juridique, certains auteurs ont pu livrer, au fur et à mesure des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, une reconstruction téléologique de celles-ci. En 1996, ainsi, commentant la décision 96-373 DC, Bertrand Mathieu note que « le Conseil constitutionnel progresse vers la reconnaissance du caractère constitutionnel du principe de sécurité juridique », parlant même de la « chronique d'une naissance annoncée ». On aura remarqué en comparant avec le rapide aperçu des décisions que nous venons de donner que la 96-373 ne figure pas au nombre de celles qui reconnaissent un des éléments de la sécurité juridique. Si le Conseil y évoque ce concept, c'est uniquement parce que le législateur avait entendu l'utiliser comme prétexte pour porter une importante atteinte au droit au recours (en Polynésie française). La référence est donc seulement indirecte : il n'est pas question d'en faire un critère du contrôle de constitutionnalité.

Supposant, cependant, que le Conseil s'interdit de consacrer le principe uniquement parce qu'il ne peut pas le rattacher à une source textuelle, B. Mathieu propose donc une solution fondée sur les principes matriciels que nous avons déjà évoqués⁶²² (la garantie des droits comme principe matriciel débouchant tant sur la sécurité juridique que sur la garantie des droits). « Le pas ne serait pas grand à faire », conclut-il, « pour que la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de sécurité juridique soit explicite » ; elle serait, de plus, souhaitable⁶²³.

Dans les années qui suivent, son argumentation est appuyée par la reconnaissance matérielle que nous avons déjà évoquée. Celle-ci permet à cette part de la doctrine d'observer les soi-disant progrès de la sécurité juridique dans le système français.

On peut ainsi citer le cas des lois ayant un effet rétroactif : la décision 99-404 DC est pour B. Mathieu l'occasion d'affirmer que le Conseil applique concrètement le principe implicite de la sécurité juridique. Il considère en effet que « l'ensemble de cette jurisprudence [protégeant les exigences qui sont les corollaires de la sécurité juridique] peut être considérée comme ordonnée autour du principe de sécurité juridique ». Dès lors, c'est sans surprise dans ce même principe qu'il faut chercher le fondement réel de la censure prononcée en l'espèce. Le principe de non-rétroactivité des lois ne saurait se suffire à lui-même, n'étant qu'un principe législatif garant d'un principe constitutionnel – la sécurité juridique⁶²⁴.

C'est également le cas à propos du principe de confiance légitime, dont il est instructif d'observer l'apparition au travers des notes de doctrine. En 1997, B. Mathieu juge ainsi maladroits les requérants qui ont voulu s'appuyer sur ce principe pour obtenir la censure d'une disposition,

⁶²² cf. supra, l'imitation constitutionnelle.

⁶²³ Note sous 96-373 DC, PA, 1996/107.

⁶²⁴ Mathieu, note sous CC 99-404 DC, RFDA, 1999, p. 89.

donnant par là l'impression de vouloir communautariser le droit constitutionnel français – alors que la solution était toute trouvée : le recours à la sécurité juridique, qui « fait incontestablement partie, sous cette forme [les formules que l'on rencontre dans la jurisprudence de la CJCE] ou sous une autre, d'un fond constitutionnel commun aux démocraties occidentales »⁶²⁵. Deux ans plus tard et sous la pression de la justice européenne, le Conseil constitutionnel est amené à contrôler de façon plus stricte les validations législatives, et notamment à utiliser les critères utilisés par la Cour de Strasbourg, au rang desquels la confiance légitime. Si l'expression n'apparaît pas en tant que telle, B. Mathieu peut faire remarquer que le Conseil « prend en compte des éléments de même nature pour apprécier la proportionnalité entre les exigences d'intérêt général et la protection des droits individuels »⁶²⁶. Il y voit donc une nouvelle avancée pour la sécurité juridique, puisqu'est matériellement reconnu un de ses éléments. On remarquera d'ailleurs que le raisonnement n'est pas sans présenter une forme de circularité : d'une part, la confiance légitime ne peut être utilisée en droit français qu'en se fondant sur la sécurité juridique ; d'autre part, le fait que des éléments qui relèvent, de fait, de la confiance légitime, soient utilisés par le juge prouve bien que la sécurité juridique est implicitement reconnue comme un principe constitutionnel. Cela montre encore que cette position s'appuie sur une identité matérielle observée dans différents systèmes pour en dégager la reconnaissance d'une forme de supra-concept ; la sécurité juridique n'est pas conçue comme un concept juridique au sens de Ross, mais est supposée exister réellement et antérieurement, et pouvoir être adaptée dans différents systèmes. C'est là le point central qui permet, ensuite, d'intégrer matériellement, en arguant d'une réception implicite, ce concept à l'ordre juridique concerné.

C'est ainsi que lorsque le Conseil constitutionnel inscrit parmi les principes protégés le maintien des contrats légalement conclus, la note de B. Mathieu assimile sans plus de détails ce principe et celui de sécurité juridique. Puisque l'article 16 DDHC auquel fait référence le Conseil « fédère les exigences relatives au principe de sécurité juridique », il est à peine besoin de faire la différence entre ce que le Conseil reconnaît explicitement (le maintien des contrats légalement conclus) et ce qui se trouve, nécessairement d'après cette part de la doctrine, à son fondement : la sécurité juridique. Dans le même mouvement, d'ailleurs, il assimile l'article 16 à la protection de cette dernière⁶²⁷.

En 2005, deux décisions donnent lieu à de semblables réflexions : l'une introduirait une

⁶²⁵ Note sous CC 96-385 DC, PA, 1997/29, p. 5.

⁶²⁶ MATHIEU (Bertrand), « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », RFDA, 2000, p. 289 sq..

⁶²⁷ Note sous 2002-465 DC, D., 2003 p. 638.

forme de modulation dans le temps des effets d'une décision de justice⁶²⁸, l'autre reconnaît comme des critères du contrôle de constitutionnalité la garantie des situations acquises l'exigence de non-complexité excessive de la loi⁶²⁹. Anne-Laure Valembois en profite pour faire un point d'étape et affirmer que, « en l'espace d'une dizaine d'années, le Conseil constitutionnel a rendu un certain nombre de décisions qui ont un rapport plus ou moins direct avec la sécurité juridique » ; ce qui « autorise à penser qu'il a matériellement reconnu cette exigence »⁶³⁰. Ces éléments ajoutés au bloc de constitutionnalité relèvent en effet aussi bien de l'axe formel, que de l'axe matériel (temporel) de la sécurité juridique. Dans les deux cas, la référence commune à l'article 16 DDHC, en offrant un fondement textuel identique, invite également la doctrine à chercher un principe lui aussi commun aux exigences ainsi formulées⁶³¹.

Un fait demeure pourtant, têtue : le Conseil ne parle pas de la sécurité juridique, et ne constitutionnalise donc pas le principe. Pour la doctrine qui souhaite cette reconnaissance, ces décisions sont donc autant d'« occasions manquées »⁶³², mais il n'en reste pas moins qu'elle doit s'en accommoder. Cela la conduit parfois à de certaines surinterprétations, qui tendent à faire feu de tout bois, et sur tous les plans, pour prouver que le Conseil, malgré tout, a bien fait de cette notion l'une des normes de son contrôle. Anne-Laure Valembois, par exemple, dans l'article que nous citons toujours, fait remarquer que le fait de ne pas reconnaître explicitement la sécurité juridique comme un principe constitutionnel est en soi une preuve de reconnaissance implicite de ce principe : en n'édicte pas soudain un considérant de principe mentionnant celle-là, le Conseil mènerait une politique des petits pas tendant à rendre prévisibles les évolutions jurisprudentielles⁶³³.

D'une façon semblable, sans certes aller aussi loin dans la méta-analyse, on peut signaler que B. Mathieu ne se sert pas uniquement, pour appuyer sa démonstration, des décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel reconnaît des principes dont on peut considérer qu'ils relèvent du principe de sécurité juridique, mais également de références explicites à ce principe qui ne sont

⁶²⁸ Décision 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*. Plein de commisération pour un Parlement et un Gouvernement confrontés pour la première fois à la LOLF de 2001, et qui surtout se sont engagés à ne pas recommencer l'année suivante, le Conseil ne censure pas des dispositions dont il reconnaît pourtant qu'elles vont à l'encontre de ladite LOLF. L'auteur remarque qu'on a ici à faire, pour reprendre une expression due à Dominique Rousseau (RDP 1999, p. 63), à une « censure virtuelle ».

⁶²⁹ Décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, resp. cons. 45 et 77.

⁶³⁰ VALEMBOIS (Anne-Laure), « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », PA, 2006/117, p. 7.

⁶³¹ « Le Conseil semble ainsi procéder à un resserrement de sa jurisprudence relative à la sécurité juridique autour de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et plus précisément autour de la notion de « garantie des droits » qui y est consacrée, conformément à la nature même de l'exigence de sécurité juridique » (*ibid.*).

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ *Ibid.*

pas utilisées comme normes de contrôle de la constitutionnalité. On a ainsi déjà signalé que, dans la décision 96-373 DC, c'est le législateur qui l'utilisait pour justifier sa position : le Conseil ne faisait dès lors que contester l'argument selon lequel le principe de sécurité juridique autoriserait à porter atteinte au droit au recours. On peut certes en déduire que le Conseil accepte l'existence de ce principe, mais comme il le ferait alors à chaque fois lorsqu'il répond à un argument des requérants – sans pour autant faire justice à leur créativité. De la même façon, la décision 2005-530 DC que nous venons d'évoquer lui semble offrir un « aboutissement », notamment parce que la sécurité juridique serait nommée en tant que telle et placée au même rang que l'égalité devant l'impôt, dont on sait qu'elle a un rang constitutionnel incontesté⁶³⁴. Cependant, si l'on regarde précisément la décision, c'est le principe de non-complexité excessive de la loi (en particulier de la loi fiscale) qui se trouve consacré ; comme on l'a signalé à propos du commentaire d'A.-L. Valembois, et c'est encore le cas dans la note de B. Mathieu, nous avons ici affaire à une forme de métonymie doctrinale : puisque le principe reconnu relève de la sécurité juridique, c'est celle-ci, à travers lui, qui gagne un rang constitutionnel. Affirmer que le Conseil accepte cette fois d'utiliser l'expression, consacrant ainsi la position doctrinale développée depuis plusieurs années, cela revient en revanche à biaiser légèrement ce que dit le juge : il est en effet seulement question de l'« insécurité juridique » qui pourrait être la conséquence d'un texte trop complexe pour les professionnels eux-mêmes, et cette mention ne se trouve pas sur le même plan que l'égalité devant l'impôt⁶³⁵.

Enfin, dans le commentaire de la décision 2006-544 DC⁶³⁶, on observe le même raisonnement à l'œuvre. Alors qu'il eût été possible de simplement mentionner le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur les modifications législatives rétroactives pour en tirer encore un argument matériel en faveur de la reconnaissance du principe de sécurité juridique, l'auteur veut aussi arguer du fait qu'on trouve l'expression « sécurité juridique » dans le texte. Là encore, cependant, ce n'est que comme un des nombreux éléments qui permettent de déceler l'existence d'un motif d'intérêt général permettant au législateur de modifier rétroactivement le cadre législatif⁶³⁷. Nous n'avons affaire, ni à une norme qui décide ou non de la constitutionnalité d'un texte, ni même à un critère particulièrement déterminant pour la qualification du motif d'intérêt général.

⁶³⁴ B. Mathieu, note sous CC 2005-530 DC, PA, 2006/10, 4.

⁶³⁵ Cf. au considérant 84 : « la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées ; [...] les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux ». L'insécurité juridique est signalée comme une conséquence néfaste, mais à aucun moment comme le principe guidant la décision du Conseil, qui s'appuie plus simplement sur l'égalité devant la loi et la garantie des droits d'une part, le libre consentement à l'impôt de l'article 14 DDHC d'autre part.

⁶³⁶ Mathieu, note sous CC 2006-544 DC, JCP G, 2007/1.

⁶³⁷ Décision 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 21.

L'excès de zèle laisse entrevoir la faille du raisonnement : si la reconnaissance de la sécurité juridique était si évidente, il ne serait pas nécessaire de mêler ainsi des éléments de forme et de fond à l'appui de cette position. Le fait que les auteurs insistent, malgré leur approche d'abord matérielle (et de ce point de vue cohérente), sur des indices textuels nous invite au contraire à penser que les formules peuvent peser plus qu'on ne croirait d'abord ; et qu'une équivalence matérielle n'est pas tout à fait la même chose que l'affirmation (véritablement) explicite d'un principe.

Cette tension apparaît plus clairement enfin lorsqu'on se tourne vers le discours tenu par les cours, ou plutôt par leurs membres, en dehors de leur fonction juridictionnelle. On doit en effet remarquer que des voix venues du Conseil constitutionnel ont conforté la thèse de la reconnaissance implicite. Le Secrétaire général du Conseil a ainsi pu, dans un commentaire de décision, assimiler « garantie des droits » et « sécurité juridique »⁶³⁸ ; et cette position a également été soutenue dans les commentaires publiés par l'institution elle-même, où l'on peut lire que la sécurité juridique est la même chose, dans une « terminologie contemporaine », que la garantie des droits⁶³⁹. Outre le numéro des *Cahiers du Conseil constitutionnel* consacré à cette question⁶⁴⁰, certains membres ont pu, eux aussi, prendre à leur compte cette position doctrinale. O. Dutheillet de Lamothe écrivait ainsi, alors qu'il se trouvait encore rue Montpensier :

Et pourtant l'exigence de sécurité juridique apparaît, comme l'a souligné une doctrine abondante, comme une référence implicite majeure du contrôle de constitutionnalité des lois aujourd'hui. Le Conseil constitutionnel se réfère implicitement à cette notion, qu'il a rattachée à l'article 16 de la Déclaration de 1789, dans de très nombreuses décisions.⁶⁴¹

Confirmation explicite offerte à la doctrine en question, donc, et appuyée sur elle. Cette pétition de principe, cependant, fondée avant tout sur des considérations axiologiques (il est bon de faire de la sécurité juridique un principe constitutionnel), n'est pas pour convaincre entièrement⁶⁴². La simple formulation de ce que nous venons de citer révèle encore cette tension difficile à assumer entre reconnaissance matérielle et silence formel : il paraît pour le moins étrange de rattacher une notion à un texte, alors même qu'on ne la reconnaît qu'implicitement.

⁶³⁸ J.-E. Schoettl, note sous CC 2003-468 DC, PA, 2003/95, p. 15-16.

⁶³⁹ Commentaire de la décision 2005-530 DC, p. 8. Ce commentaire signale d'ailleurs que cette décision marque « une nouvelle avancée jurisprudentielle dans le domaine de la sécurité juridique ».

⁶⁴⁰ Numéro 11, décembre 2001.

⁶⁴¹ DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier), « Le point de vue du juge constitutionnel : l'expérience du Conseil constitutionnel ».

⁶⁴² On renverra à la critique donnée par P. Brunet (« La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », in CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), FERRÉ (Nathalie), dir., *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 247-250).

Il y a une forme de circularité à ce raisonnement qui entend prouver que la sécurité juridique est désormais un principe reconnu en droit constitutionnel français – ce qui n'a rien d'étonnant puisqu'il est fondé sur une pétition de principe axiologique. Ce principe devrait être reconnu tant il est consubstantiel à un État de droit, ce qu'on déduit des sous-principes qui le composent ; dès lors que ces principes sont reconnus, c'est nécessairement que l'archiprincipe l'est aussi. La reconnaissance des sous-principes par le Conseil constitutionnel est incontestable. La question qui se pose est donc surtout celle de la portée pratique de cette position doctrinale – et par ricochet de l'intérêt qu'il y aurait à la contester. De fait, il ne semble pas que les auteurs que nous avons cités cherchent à s'appuyer sur la sécurité juridique pour inviter le Conseil à en reconnaître d'autres éléments qui n'auraient pas de fondement textuel (contrairement à ceux reconnus jusque là) ; dès lors, on ne peut pas leur reprocher de chercher à introduire, un peu aux forceps, un concept dans le droit constitutionnel français pour modifier celui-ci. En retour, il ne s'agit pas pour nous ici de contester cette construction doctrinale – d'autant, on l'a vu, qu'elle est très largement acceptée, y compris parmi les juges. Notre propos, ici, est seulement de souligner cette scission entre la réalité et le discours, afin de montrer à quel point les mots exacts comptent dans le champ juridique. Alors que, pour ce qui regarde le droit de propriété, le Conseil n'a pas hésité à introduire dans sa jurisprudence des termes qui étaient suffisamment établis dans d'autres textes, la sécurité juridique souffre justement d'être un concept trop doctrinal pour être ré-énoncé tel quel.

§ 2 De l'importance de l'exclusion formelle

Il arrive cependant que le syntagme « sécurité juridique » se retrouve dans les décisions du Conseil, même lorsque celui-ci n'en fait pas un instrument du contrôle. En classant ces occurrences, nous voudrions montrer qu'il s'agit bien plutôt d'un refus explicite que d'une acceptation implicite (a). La limitation volontaire à un petit nombre de locutions plus précises et le rejet d'un hyper-principe nous paraît caractéristique de cette écriture palimpseste dont fait usage le Conseil constitutionnel (b).

a. Contextes d'utilisation de la formule « sécurité juridique »

Au premier mai 2014, on relève trente-et-une décisions DC ou QPC⁶⁴³ où la formule apparaît. Dans l'immense majorité des cas (vingt-trois d'entre eux), le terme n'est utilisé que sous la

⁶⁴³ À noter par ailleurs que dans la décision 2008-24 ELEC du 29 mai 2008, *Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007*, le Conseil affirme que l'objectif de sécurité juridique exige une réglementation plus précise pour ce qui concerne les bulletins de vote.

forme d'une citation, le plus souvent au moment de résumer l'argumentaire des requérants (une seule variation : la citation d'une décision du Conseil d'État⁶⁴⁴). La première fois, en 1984, les requérants contestent une disposition fiscale rétroactive, jugeant cet effet rétroactif inconstitutionnel en soi, et en plus contraire au principe de sécurité juridique : selon eux,

une loi de finances de l'année ne saurait compléter les ressources de l'État au titre d'un exercice antérieur et [...], par voie de conséquence, la modification rétroactive par une loi de finances de l'année d'une disposition fiscale - au demeurant contraire à la "sécurité juridique qui fonde le droit des personnes dans une démocratie" - méconnaît cette règle⁶⁴⁵.

Dans ce cas, la sécurité juridique est fondée de façon intellectuelle, non juridique : elle est invoquée en tant qu'un principe consubstantiel à la démocratie. Il s'agit cependant plus d'un ajout, censé convaincre le juge de l'argument développé par ailleurs, et qui souffre de ne pouvoir présenter aucun appui dans les textes. De fait, la décision se contente de signaler « qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une disposition fiscale ait un caractère rétroactif », sans même s'occuper de la sécurité juridique⁶⁴⁶.

Par la suite, le concept devient plus central dans l'argumentation des requérants ; parallèlement, le Conseil reconnaît petit à petit, on l'a vu, la valeur constitutionnelle de principes qui peuvent être rattachés à la sécurité juridique. Apparaît alors un schéma qui se reproduit dans toutes les décisions où elle est invoquée : la requête conteste la constitutionnalité au regard du principe de sécurité juridique et du sous-principe qui en découle (la non-rétroactivité de l'action législative, par exemple) ; le juge, sans s'occuper de la première, utilise le considérant de principe approprié au second. C'est le cas dès la décision 95-369 DC, où une disposition était contestée, d'une part en ce qu'elle était rétroactive « et [...] contreven[ait] ainsi au principe de sécurité juridique »⁶⁴⁷, d'autre part au regard de l'égalité devant l'impôt. Plutôt que d'effectuer son contrôle d'après les critères avancés par les requérants, le Conseil utilise ses propres catégories et examine le texte du point de vue de la rétroactivité et du point de vue du principe d'égalité, passant entièrement sous silence la question de la sécurité juridique⁶⁴⁸. Le procédé est aujourd'hui si établi que les guillemets qui servaient d'abord à signaler que le terme « sécurité juridique » était le fait des seuls requérants et que le juge ne l'aurait jamais utilisé de lui-même, ont depuis disparu⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ Décision 2012-263 QPC du 20 juillet 2012, *Syndicat des industries de matériels audiovisuels électroniques - SIMAVELEC [Validation législative et rémunération pour copie privée]*, cons. 6.

⁶⁴⁵ Décision 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, (note L. Philip, RDP 1985, p. 651), cons. 31.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, cons. 32.

⁶⁴⁷ Décision 95-369 DC 28 décembre 1995, *Loi de finances pour 1996* (Note Mathieu, PA, 1996/32, p. 4), cons. 3.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, cons. 4-5.

⁶⁴⁹ Dernière occurrence dans la décision 97-391 DC du 7 novembre 1997, *Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier*, cons. 5.

On recense en tout cinq types de reformulation au moyen d'un concept plus précis et du considérant de principe qui s'y rattache : le contrôle des validations législatives⁶⁵⁰, le loisir laissé au législateur de modifier les textes (pourvu qu'il « ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles »)⁶⁵¹, le maintien des contrats légalement conclus⁶⁵² comme des situations légalement acquises⁶⁵³ et le caractère intelligible de la loi⁶⁵⁴. Par ailleurs, dans plusieurs cas, le principe de sécurité juridique était invoqué à l'appui d'arguments tout autres : la clarté de la loi pénale, ainsi, exigée par l'article 8 DDHC, n'a pas besoin d'être rattachée à ce principe, ni donc à l'article 16 DDHC⁶⁵⁵.

Dans tous ces cas, ce travail de reformulation insiste implicitement sur le refus d'assimiler la sécurité juridique à une norme constitutionnelle en soi ; récemment, le Conseil a même pu affirmer que « le grief tiré de l'atteinte à la sécurité juridique doit, en tout état de cause, être écarté »⁶⁵⁶. Cette affirmation péremptoire et inhabituelle doit sans doute s'expliquer par la formulation de la requête : celle-ci invoquait la sécurité juridique en soi, et non en l'accolant à une de ses expressions autorisées par le Conseil constitutionnel⁶⁵⁷.

⁶⁵⁰ Décisions 88-250 DC du 29 décembre 1988, *Loi de finances rectificative pour 1988* (note Mathieu, RFDA, 1988, p. 862) ; 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000* (note Ribes, RFDC 2000, p. 125), cons. 56 sq. ; 2012-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]* (note Hamon, PA, 2010/150, p. 4-9), cons. 20-22 ; 2010-78 QPC du 10 décembre 2010, *Société IMNOMA [Intangibilité du bilan d'ouverture]* (note A. Le Quinio, RFDC, 2011, 87, p. 586-588), cons. 2 sq.

⁶⁵¹ Décisions 95-369 DC du 28 décembre 1995, *Loi de finances pour 1996* (note Mathieu, PA, 1996/32, p. 4), cons. 3-4 ; 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, cons. 4-5 (note Mathieu, PA, 1999, p. 89 sq.) ; 2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, cons. 75-77.

⁶⁵² Décision 2009-578 DC du 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, cons. 11-13.

⁶⁵³ Décisions 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finance pour 2006*, cons. 45-46 ; 2011-175 QPC du 7 octobre 2011, *Société TRAVAUX INDUSTRIELS MARITIMES ET TERRESTRES et autres*, cons. 2 et 9 ; 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finance 2013* (note Chaltiel, PA, 2013/105, p. 6-19), cons. 106-107.

⁶⁵⁴ Décisions 2003-474 DC du 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer* (note Luchaire, Revue du droit public, 2003 (6), pp. 1789-1801), cons. 27 sq. ; 2012-661 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (III)* (note Pando, PA, 2013/23, p. 4-6), cons. 33-38. La décision 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* (note Larralde, PA, 2012/133, p. 5 sq.) est un peu à part : les requérants avaient certes invoqué le principe de sécurité juridique et l'intelligibilité de la loi, mais de façon tout à fait distincte (cf. cons. 84 sq.).

⁶⁵⁵ Ainsi dans les décisions 2012-240 QPC du 24 mai 2012, *M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]* (note Parizot, PA, 2012/104, p. 3), cons. 2 sq. et 2013-318 du 7 juin 2013, *M. Mohamed T.*, cons. 4.

Voir par ailleurs la décision 97-391 DC du 7 novembre 1997, *Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier* (notes Melin-Soucramanien, Dalloz, 1999, p. 235 ; Mathieu, PA, 1998/27) : le principe de non-rétroactivité ne concerne que les lois pénales et relève de l'article 8.

Dans certains cas, quand l'argument paraît à première vue très discutable, il n'est même pas évoqué. Ainsi dans la décision 2010-96 QPC du 4 février 2011, *M. Jean-Louis de L. [Zone des 50 pas géométriques]*, où le Conseil ne raisonne qu'au regard du droit de propriété.

⁶⁵⁶ Décision 2013-669 DC (*Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*), cons. 30.

⁶⁵⁷ Cf. saisine par 60 députés, III. C. (disponible sur le site du Conseil : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-669-dc/saisine-60-deputes.137055.html>)

Le concept peut cependant être utilisé par le Conseil lui-même dans son raisonnement, mais comme un élément parmi d'autres dans une pratique qui ressemble à celle du faisceau d'indices. À trois reprises, ainsi, il a permis (mais jamais à lui seul) d'affirmer l'existence d'un intérêt général justifiant une atteinte à un principe constitutionnel : il s'agissait d'une validation législative⁶⁵⁸ et d'atteintes au respect des conventions légalement conclues⁶⁵⁹ – précisément deux des principes qu'on peut rattacher à la sécurité juridique, donc. Le fait que le considérant de principe taise l'expression, et qu'on ne la retrouve que dans la pondération des intérêts en présence, une fois la question de principe décidée, nous semble particulièrement révélateur du traitement réservée à la sécurité juridique : l'expression est bien consciemment exclue des critères de constitutionnalité. Dans les autres cas, d'ailleurs, cela est aussi évident, puisqu'on retrouve la formule dans un raisonnement apparemment plus pragmatique et rhétorique que strictement juridique : elle est mentionnée, sans qu'on en comprenne vraiment le fondement ou la logique juridiques, pour justifier une intervention du législateur, mais sans être formellement opposée à une disposition constitutionnelle⁶⁶⁰. Dans un seul cas, il a pu sembler qu'elle aurait pu jouer un rôle à part entière : confronté à une restriction apporté au recours en excès de pouvoir dans certains cas en Polynésie française, le juge décide que « le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique des décisions de l'assemblée ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel »⁶⁶¹. On pourrait interpréter cette phrase *a contrario* et en déduire que la sécurité juridique aurait pu justifier une atteinte moins grave. Il semble cependant, et l'absence d'une semblable occurrence dans la jurisprudence ultérieure nous conforte dans cette idée, que la tournure employée n'invite justement pas à cette interprétation *a contrario* et souligne au contraire la différence de statut entre les deux principes, qui ne peuvent pas donner lieu à une pondération.

Enfin, dans un seul cas (la QPC portant sur l'attribution des noms de domaine Internet), le principe de sécurité juridique a été utilisé pour justifier la modulation dans le temps des effets d'une

⁶⁵⁸ Décision 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007* (note Mathieu CJP G, 2007 (1-2), pp. 3-5 ; Luppi, RFDC, 2007 (72), p. 749-766), cons. 19-21.

⁶⁵⁹ Décision 2012-659 DC du 13 décembre 2012, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013*, cons. 80 ; utilisation identique dans la décision 2014-691 DC du 20 mars 2014, *Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, cons. 9.

⁶⁶⁰ Dans la décision 2007-547 DC du 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer* (note Verpeaux, JCP G, 2007/24, p. 13-19), elle sert à justifier une précision apportée par le législateur organique, mais dont l'éventuel fondement d'inconstitutionnalité n'est pas évoqué (ce qui s'explique entre autres par le caractère automatique de la saisine dans le cas des lois organiques). Dans la 2008-568 DC du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, la sécurité juridique est aussi utilisée pour justifier l'intervention du législateur dans l'organisation des élections professionnelles, sans pour autant qu'elle puisse s'opposer frontalement au principe constitutionnel en cause (la participation des travailleurs dans l'entreprise garantie par l'alinéa 8 du Préambule de 1946) (cons. 6).

⁶⁶¹ Décision 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (note Trémeaux, RFDC, 1996, p. 587 sq., Mathieu/Verpeaux, PA, 1996/107, p. 4), cons. 85.

décision⁶⁶². En matière pénale, cette pratique est généralement justifiée par les « objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions »⁶⁶³ ; dans la plupart des autres cas, il paraît naturel de la fonder sur la sécurité juridique (en ce qu'elle exige une certaine stabilité de l'environnement juridique qui permette aux acteurs d'agir en connaissance de cause), puisqu'on cherche à éviter la remise en cause trop brusque d'une situation largement acceptée. Pourtant, le Conseil se contente le plus souvent de renvoyer aux « conséquences manifestement excessives » d'une abrogation immédiate de la loi pour expliquer le report, sans même se donner toujours la peine de citer précisément une exigence, ni *a fortiori* un texte, constitutionnel⁶⁶⁴.

Là encore, c'est une forme de pragmatisme qui semble l'emporter : la motivation repose sur le bon sens plus que sur un énoncé juridique précis. C'est déjà d'une certaine façon le cas, comme on vient de le signaler, en matière pénale : la référence à l'ordre public indique surtout qu'on ne peut pas tout d'un coup laisser impuni ce que l'on continue de considérer comme un délit ou un crime. De la même façon, lorsqu'une disposition est censurée pour n'être pas assez protectrice, le report des effets dans le temps est fondé sur l'idée, qui paraît évidente, que la protection, déjà en soi insuffisante, ne doit pas complètement disparaître le temps qu'une nouvelle réglementation entre en vigueur⁶⁶⁵. La référence à la sécurité juridique, dans ce cadre aussi, nous semble plutôt relever d'un contrôle pragmatique que d'un strict mécanisme de pondération entre différents énoncés constitutionnels.

Le Conseil constitutionnel refuse donc consciemment d'employer la formule « sécurité juridique » lorsqu'il énonce les principes présidant au contrôle qu'il mène. Il ne l'emploie que dans des contextes où il s'agit plus de convaincre de la pertinence au fond de la solution retenue que d'offrir un raisonnement juridique rigoureux.

⁶⁶² Décision 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]* (note E. Borner-Kaydel, RFDC, 2011, 86, p. 292-295), cons. 7.

⁶⁶³ Ainsi dans la décision 2010-14/22 QPC (*Garde à vue*), cons. 30.

⁶⁶⁴ Voir ainsi la décision 2011-182 QPC (*M. Pierre T.*), cons. 9.

⁶⁶⁵ Cf. par exemple les censures fondées sur le principe de participation du public introduit dans le corpus constitutionnel avec la Charte de l'environnement : dans ces cas, en général, la censure brute de la disposition reviendrait à ôter toute protection à l'objet concerné, et aboutirait donc, temporairement, à un résultat inverse de celui attendu. Voir notamment la décision 2012-269 QPC du 27 juillet 2012, *Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et autres* (note D. Girard, *Revue juridique de l'environnement*, 2013-2, p. 279-295), cons. 8.

b. Refus des équivalents offerts et limitation à un petit nombre d'expressions

La « sécurité juridique » ni la « confiance légitime » ne forment donc des critères du contrôle de constitutionnalité, au contraire de « l'intelligibilité de la loi », du « respect [ou du maintien] de l'économie des contrats [ou conventions] légalement conclues » ou de l'« atteinte aux situations légalement acquises ». Cette distinction ne semble pas tenir à des questions matérielles, puisque, comme on l'a vu, les principes retenus coïncident de fait avec la sécurité juridique ou la confiance légitime. Du point de vue formel, ni les uns, ni les autres ne se retrouvent tels quels dans les textes qu'utilise le juge : ce n'est donc pas là non plus qu'on trouvera la raison de cette différence de traitement.

Il nous semble donc qu'il faut encore s'en rapporter à l'écriture constitutionnelle palimpseste pour expliquer cela. Le juge chercherait ainsi à utiliser des formules qui, parce qu'elles sont déjà familières au juriste (par exemple en ce qu'il les rencontre régulièrement sous la plume d'une autre juridiction), s'inscrivent naturellement dans son propre discours et n'attirent pas l'attention sur la part de création du droit qu'il y a dans son office. La substitution du maintien de l'économie des contrats au principe de sécurité juridique en est un bon exemple. Lorsqu'elle apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (« le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte » trop grave⁶⁶⁶), N. Molfessis relève que la notion « pour être tout de même originale, n'est pas inconnue » : elle serait apparue récemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Or son usage serait condamnable ici, car il existe déjà dans cette branche du droit suffisamment de concepts qui règlent le droit des contrats, louable là car « la jurisprudence du Conseil constitutionnel, parce qu'elle s'adresse à la loi, change naturellement le sens même de certains concepts employés par le juge judiciaire »⁶⁶⁷. Sans doute aussi parce que cette jurisprudence ne dispose pas d'un stock de formules déjà prêtes à être employées dans ce contexte. Cependant, la raison qui semble expliquer le plus simplement l'apparition de ce syntagme est son caractère tout à fait familier à l'oreille du publiciste. On sait en effet que le Conseil d'État fait un usage constant et ancien de l'économie des contrats, notamment pour ce qui relève de la mutabilité du contrat administratif. Depuis l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*⁶⁶⁸, au moins, il y fait ainsi référence pour se prononcer en cette matière ; si les critères du contrôle évoluent, le principe selon lequel l'économie du contrat ne doit pas être bouleversée demeure⁶⁶⁹. Enfin, on relèvera encore que ce syntagme a l'avantage de se présenter comme un sociolecte : à la

⁶⁶⁶Décision 98-401 DC (*loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*), cons. 29.

⁶⁶⁷ MOLFESSIS (Nicolas), « Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », RTDCiv., 1998/3, p. 796.

⁶⁶⁸ CE 30 mars 1916, GAJA p. 179.

⁶⁶⁹ Pour un exemple récent, voir CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, le Cannet, Mandelieu la Napoule*, n° 318617.

différence de la « sécurité juridique », qui reste immédiatement compréhensible, « l'économie des contrats » ne peut être comprise que si l'on prend en compte le sens tout à fait particulier d'« économie » comme l'harmonie générale d'un système, ce qui demande un certain effort pour s'affranchir des sens les plus courants du mot⁶⁷⁰.

La généalogie des « situations légalement acquises » ne se laisse pas retracer si aisément. Elle ne paraît en effet pas former une expression lexicalisée comme l'est « l'économie générale des contrats ». On voudra donc voir ici l'apparition d'un nouveau syntagme par assimilation avec cette dernière expression. Cela est d'autant plus probable qu'on le trouve pour la première fois dans la décision 2005-530 DC, comme la reformulation d'un grief formulé par les requérants (ceux-ci reprochaient au texte de porter atteinte aux contrats légalement conclus, le Conseil, une fois établi qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un contrat, énonce cette nouvelle exigence du respect des situations légalement acquises). Ce qui est remarquable, c'est que, ce faisant, le Conseil ne semble rien apporter, matériellement de neuf : de fait, la décision *Liberté de la presse* de 1984⁶⁷¹ avait déjà censuré une loi qui remettait en cause des situations légalement acquises⁶⁷². Cependant, ce principe n'est régulièrement appliqué qu'à partir du moment où il est ainsi fixé dans une formulation plus satisfaisante, car morphologiquement proche de formules déjà établies.

Pour résumer et mieux appréhender cette façon de faire, on peut utiliser la différence entre la morphologie et la sémantique. On peut en effet étudier un mot d'une part du point de vue des relations morphologiques qu'il entretient avec d'autres (les dérivés de toutes sortes), d'autre part du point de vue de son champ sémantique, et dès lors le rattacher à tous les lexèmes qui possèdent un champ sémantique commun. Dans le premier cas, la relation est formelle, elle est matérielle dans le second. La première fait la joie des surréalistes ou des humoristes en autorisant les rapprochements spontanés et irrationnels, la seconde garantit au contraire une certaine cohérence. Les auteurs qui ont voulu voir une reconnaissance du principe de sécurité juridique utilisent, on l'a vu un point de vue rationnel : c'est la logique qui veut que l'hyper-principe soit nécessairement reconnu lorsque tous ses hypo-principes le sont ; à vrai dire, eux ne peuvent être dégagés que parce que lui l'a déjà été. C'est en ce sens que fonctionnent les principes matriciels évoqués par B. Mathieu. Mais cette

⁶⁷⁰ Dans le TLFi, ce sens de « Distribution des éléments d'un ensemble complexe » est traité comme un point de détail de la deuxième vedette « économie » ; dans la 9^e édition du Dictionnaire de l'Académie française, l'économie comme « disposition équilibrée des parties qui composent un ouvrage littéraire ou scientifique, une œuvre d'art » est elle aussi rejetée à la fin de l'article. Ni dans un cas, ni dans l'autre il n'est question d'appliquer ce sens au contrat (mais soit aux organismes, soit aux œuvres d'art, notamment littéraires). Le fait que, dans la 4^e édition du Dictionnaire de l'Académie française (1762), ce sens occupe encore la moitié de l'article nous invite à penser qu'il peut être une forme d'archaïsme, comme tel particulièrement adapté à un emploi spécifique dans la langue juridique.

⁶⁷¹ Décision 84-181 DC du 11 octobre 1984, cons. 47.

⁶⁷² Voir dans VALEMBOS (Anne-Laure), *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, 2005, 534 p., p. 303-305.

construction, tout séduisante qu'elle soit (et d'autant plus séduisante qu'elle permettrait de soutenir l'idée d'un système juridique lui-même rationnel, complet et cohérent), ne semble pas correspondre à la réalité⁶⁷³. Le juge français, au moins (la méthode du juge allemand semble autre), ne raisonne pas tant qu'il ne résonne du discours juridique préexistant. Il refuse donc, du moins tant qu'il juge, les raisonnements logiques et préfère se fonder sur des appuis plus superficiels, mais paradoxalement moins fragiles. Tant qu'il juge, disons-nous, car il est tout à fait remarquable que lorsque des membres du Conseil s'expriment en dehors de leur office⁶⁷⁴, ou même lorsque le Conseil fait entendre sa voix en dehors des décisions (dans les commentaires⁶⁷⁵, notamment, ou dans les tables analytiques⁶⁷⁶), la sécurité juridique peut être invoquée à l'appui de la solution adoptée, dans un dialogue conscient et assumé avec la doctrine. À l'occasion d'un colloque⁶⁷⁷, Nicole Belloubet a ainsi pu affirmer que le Conseil, consciemment, marchait en direction d'une reconnaissance du principe de confiance légitime ; qu'il ne puisse pas, dans ce cas, utiliser le concept comme s'il allait de soi, tient au fait que le syntagme est encore reconnu comme d'origine étrangère : pas suffisamment intégré à l'ordre juridique français pour être accepté sans discussion⁶⁷⁸.

C'est ce qu'a illustré la décision 2013-682 DC : en ajoutant au considérant déjà connu qui mentionne les « situations légalement acquises » les « effets qui peuvent être légitimement attendus »⁶⁷⁹, le Conseil constitutionnel a reconnu sur le fond une norme fort proche de la confiance légitime. Certains commentaires ont, de fait, voulu y voir l'intégration de la confiance légitime au bloc de constitutionnalité français ; ils peuvent s'appuyer, pour cela, entre autre sur le fait que la décision 2012-662 DC utilisait ce même considérant (dans sa forme ancienne, donc) pour justifier un contrôle qui, en fait, relevait de la confiance légitime : l'apparition du terme sous sa forme adverbiale doit dès lors asseoir une reconnaissance quasi explicite⁶⁸⁰. L'argument, cependant, peut être renversé : le syntagme « confiance légitime » n'est toujours pas énoncé tel quel : quitte à déformer un peu son raisonnement, le Conseil préfère maintenir l'illusion d'une norme fondée

⁶⁷³ On retrouve ici l'opposition tracée par Bourdieu entre théorie (logique) et pratique (laquelle supporte la contradiction, ou plutôt qui ne peut pas être appréhendée au moyen de la logique). Voir, de manière générale, dans *Sens pratique* (op. cit.) et, plus précisément pour le droit « Habitus, code et codification », ARSS, 64, 1986, p. 40-44.

⁶⁷⁴ Cf. l'article d'Olivier Dutheillet de Lamothe cité *supra*.

⁶⁷⁵ Voir par exemple le long développement consacré à la place de la sécurité juridique dans la jurisprudence du Conseil dans le commentaire aux Cahiers de la décision 2012-662 DC (document disponible sur le site du Conseil, p. 29-30).

⁶⁷⁶ Lesquelles proposent une entrée « sécurité juridique » qui regroupe les sous-principes déjà évoqués : atteinte aux actes ou situations légalement acquis, mesures rétroactives, validations législatives, application de la loi dans le temps et stabilité des normes juridiques.

⁶⁷⁷ Colloque portant sur la Question prioritaire de constitutionnalité, Conseil constitutionnel, 24 janvier 2014.

⁶⁷⁸ On peut là encore comparer cette position avec celle, extrêmement proche quant à la forme, du Conseil d'État dans l'arrêt KPMG déjà cité : le juge administratif rejette en effet, hors des cas où il lui faut appliquer le droit européen, le principe de confiance légitime – tout en adoptant une solution finalement assez proche du point de vue des conséquences pratiques.

⁶⁷⁹ Décision 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, cons. 14.

⁶⁸⁰ Voir la note d'Emmanuel Joannard-Lardant, *Revue de droit fiscal*, 2014/10, p. 12-23.

uniquement sur l'art. 16 DDHC. Dans le cas d'espèce, en effet, puisqu'il s'agissait d'une exonération d'impôts qui devait certes se produire dans l'avenir, mais était déjà certaine, il peut conserver la perspective des situations légalement acquises, sans utiliser la « confiance légitime » comme un élément autonome.

On peut voir une autre preuve que l'approche rationnelle et matérielle (au sens où elle se repose sur le contenu des normes) est rejetée par le Conseil précisément en comparant sa position au raisonnement proposé par B. Mathieu. Selon celui-ci, on l'a signalé, le refus de reconnaître un principe de confiance légitime se justifie par l'absence d'un équivalent matériel dans le système juridique français ; le caractère universel de la sécurité juridique, au contraire, devrait lui assurer de pouvoir être introduite dans ce même ordre juridique⁶⁸¹. Puisque le Conseil a persisté, on peut au contraire en conclure que les raisons les plus logiques du monde ne suffisent pas, et qu'il faut au Conseil constitutionnel des arguments plus directement convaincants. En cela, il se distingue, comme on l'a vu, du Bundesverfassungsgericht, qui dialogue dans ses décisions mêmes avec la doctrine, et peut ainsi élaborer de nouvelles normes de contrôle en les fondant rationnellement, et non formellement.

Il y a donc une nette discordance entre le fond et la forme : celle-ci a des exigences que celui-là ne connaît pas nécessairement. Il ne suffit pas, ainsi, de constater qu'une loi va créer une situation (matérielle) d'insécurité juridique pour faire censurer cette loi, mais il faut pouvoir faire rentrer cette situation dans une des formulations précises retenues (ou susceptibles de l'être) par le Conseil constitutionnel⁶⁸². Celui-ci, d'une certaine façon, retrouve ainsi le formalisme du droit romain.

Ces techniques d'interprétation de l'institution française ont un intérêt du point de vue théorique : elles permettent de contester, notamment, les reconstructions uniquement rationalistes du droit, qui tendent à faire du système juridique un ensemble cohérent duquel on pourrait déduire un ensemble de normes harmonieux. Au contraire, l'observateur se retrouve plutôt rejeté vers un pôle opposé, le caractère extrêmement concret, car extrêmement contraint par le langage, qu'a le droit. Précisément, sans doute, parce que le propre du langage juridique est d'être performatif, le caractère magique des mots et des formules (dont témoigne tout aussi bien l'amour des juristes pour les adages) y est plus marqué ; en conséquence, la force de l'habitude et le caractère d'évidence que revêtent des formules bien établies peuvent avoir plus de poids que les raisonnements les plus

⁶⁸¹ Note sous la décision 96-385 DC, PA, 1997/29, p. 5 sq.

⁶⁸² Ce cas dans la décision 2013-669 DC du 17 mai 2013 (à propos du mariage homosexuel), cons. 84 sq.

subtils. Ils ont en effet une force de conviction plus sourde, et d'autant plus pénétrante. On explique ce faisant différemment une remarque déjà faite par ceux qui ont étudié les rapports entre la jurisprudence constitutionnelle et celle du juge ordinaire : le Conseil a tendance à respecter celle-ci. Il y a là certes des contraintes institutionnelles⁶⁸³, mais ce n'est pas seulement une marque de respect, ou une peur de bouleverser l'ordonnement juridique (quoique cette considération, on le verra dans la deuxième partie de notre travail, est bien présente). C'est aussi une conséquence du travail de légitimation et de judiciarisation effectué par le juge constitutionnel pour s'inscrire dans l'ordre juridique existant.

⁶⁸³ Comme le remarque Nicolas Molfessis (« Le droit privé, source de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in DRAGO (Guillaume), FRANÇOIS (Bastien), MOLFESSIS (Nicolas), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1996, 415 p., p. 15-38, not. p. 36).

Chapitre 2 L'hypotexte intraconstitutionnel

Le juge peut également trouver les expressions qui lui servent à construire les critères de son contrôle dans les textes constitutionnels. La chose est d'abord moins choquante du point de vue de la hiérarchie des normes, puisque ce n'est pas un texte législatif qui sert à déterminer le sens d'une disposition constitutionnelle. Cependant, le procédé demeure étonnant si l'on part de l'idée qu'une norme est la signification d'un énoncé normatif, et qu'elle doit comme telle rester rattachée à celui-ci. Or ce sont deux choses différentes de fournir un effort pour étendre le domaine d'application d'un énoncé à une situation qui ne paraît pas d'abord devoir s'y rattacher (ainsi des raisonnements fondés sur l'analogie), et d'appliquer, sans plus d'explication, les exigences édictées par un article à un autre champ (parfois d'ailleurs déjà couvert par un autre article). Le premier cas relève encore du travail juridique tel qu'il est toujours présenté : le juge interprète un texte de façon à démontrer qu'il doit aussi s'appliquer à tel cas qu'il ne paraissait pas d'abord concerner. Dans le second, au contraire, il n'est plus trace d'une argumentation rationnelle. La force de conviction repose uniquement sur la pratique hypertextuelle. Pour reprendre les catégories de Genette, le raisonnement conduisant à étendre le champ d'application d'un énoncé relève de l'imitation en ce qu'il nécessite un effort inductif puis déductif, alors que les cas que nous allons présenter se rattachent à la transposition en ce que manque toute réflexion générique. En établissant suffisamment un syntagme parmi ses normes de référence, le juge peut lui donner une existence autonome, détachée du champ d'application d'abord prévu par l'article où ce syntagme apparaît, afin de l'utiliser dans d'autres cas. On rencontre deux fonctions principales de cette pratique : une assimilation progressive de l'expression dans d'autres articles constitutionnels, auxquels elle apporte de nouveaux critères (section 1) ; le détournement plus brutal du syntagme pour en faire une norme à part entière, sans

même la rattacher à un autre énoncé déjà existant (section 2).

Section 1 Une « rigueur nécessaire » et contagieuse

On sait l'importance des garanties relatives à la procédure pénale dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Dans la lignée de l'*Habeas corpus anglais*, ce texte offre une grande place à la protection de l'individu contre les conséquences les plus immédiatement graves de l'arbitraire, celles qui regardent sa liberté⁶⁸⁴. Trois articles sont consacrés en particulier à cette question. L'article 7 représente une protection générale contre l'arbitraire en soumettant toute arrestation ou détention aux formes prévues par la loi, l'article 8 entend limiter la sévérité des peines infligées en exigeant qu'elles soient « strictement et évidemment nécessaires », l'article 9 enfin, instaurant au passage la présomption d'innocence, concerne les privations de liberté antérieures à la condamnation. Là encore est interdite « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire ». Si l'on veut offrir de ces dispositions une présentation systématisée, on avancera simplement que l'article 7 énonce un principe général qui trouve dans les deux articles suivants ses deux applications concrètes, chaque partie du processus pénal, l'enquête et la punition, étant prise en compte. On voit d'ailleurs, en lisant les débats de la première Assemblée Nationale, que les articles 8 et 9 étaient conçus par leur auteur (Adrien Duport) comme un diptyque permettant de protéger l'individu aussi bien comme condamné que comme suspect, ce dernier point n'ayant pas d'abord frappé les esprits. Les dispositions qui formaient l'article 7, au contraire, étaient dès le premier moment pensées comme des dispositions autonomes⁶⁸⁵.

Dans la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel, le principe de « rigueur nécessaire »⁶⁸⁶ dépasse cependant le seul cadre de l'article 9 DDHC, où il trouve son origine

⁶⁸⁴ On ne reviendra pas sur le débat, autrefois violent, sur l'origine de la Déclaration de 1789 : on sait que Jellinek tenait d'une influence anglo-américaine qui devait être rattachée en dernier lieu à Luther, à quoi Boutmy opposait la tradition philosophique française (voir JELLINEK (Georg), *Die Erklärung des Menschen-und Bürgerrechts*, Leipzig, 1895 ; trad. française par Georges Fardis, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'étude du droit constitutionnel moderne*, Paris, Fonterroing, 1902 ; BOUTMY (Émile), « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales de l'École libre des Sciences politiques*, 1902, t. XVII, pp. 415 sq. ; sur cette polémique, on se reportera à RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, 771 p., pp. 355-361, ainsi qu'à KLIPPEL (Diethelm), « La polémique entre Jellinek et Boutmy : une controverse scientifique ou un conflit de nationalisme ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, Paris, 1, 1995).

⁶⁸⁵ *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises*, première série (1787 à 1799), tome VIII, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1875, p. 470-472 (séance du 22 août).

⁶⁸⁶ L'expression même « principe de rigueur nécessaire » ne va sans doute pas sans maladresse, puisqu'il s'agit, en toute rigueur, d'une limitation aux atteintes portées à une liberté – ce que l'allemand nomme une « *Schranken-Schranke* », soit une restriction aux restrictions. Il nous semble cependant, dans ce cas et après ce *caveat*, nécessaire de sacrifier

textuelle. Tantôt rattaché à d'autres normes constitutionnelles, tantôt invoqué sans référence précise à aucune, il offre un exemple typique de transposition intraconstitutionnelle : par une force de persuasion propre due à une construction particulièrement reconnaissable, à une proximité phonétique ou morphologique avec d'autres expressions employées par le texte constitutionnel et enfin à un emploi stable et qui ne fait pas l'objet de polémiques particulières dans la doctrine, le syntagme concerné peut gagner une forme d'autonomie qui le fait rayonner ensuite bien au delà des bornes de sa sphère. Nous verrons ici comme le principe de rigueur nécessaire s'est établi puis, toujours en restant rattaché à l'article 9, étendu, et quelles circonstances ont favorisé cette extension (§ 1) ; comment ensuite il a pu s'affranchir de ses fondements textuels grâce au processus d'hypertextualité que nous étudions (§ 2).

§ 1 L'établissement du principe dans la jurisprudence – ses premières extensions

Nous nous tournerons d'abord vers les cas d'utilisation de l'article 9 DDHC qui relèvent d'une application stricte de cet article : où l'on retrouve à la fois la référence explicite à celui-ci et une situation qui relève de celles qu'il devait régir à l'origine. Ce sont en effet ces cas faciles qui permettent, d'une part d'établir le syntagme dans le discours commun (condition nécessaire pour en faire un hypotexte), d'autre part de prendre un point de départ pour observer les glissements successifs qui s'opèrent, jusqu'à une autonomisation complète. Par facilité de langage, nous engloberons ces premiers cas sous l'appellation « utilisation classique » (a). Nous en viendrons ensuite à la première forme d'élargissement du champ de ce syntagme, l'utilisation étendue qui en est faite lorsque demeure la référence à l'article 9 DDHC, mais que la situation à laquelle celui-ci est appliqué semble au premier abord sortir du cadre originel (b).

Bien sûr, on pourra nous opposer que distinguer entre une utilisation classique et une utilisation *lato sensu*, c'est déjà faire nous-même un travail d'interprétation que le texte n'exige en aucun cas. Pourtant, il nous semble qu'il est justifié, à partir du moment où l'on étudie le discours d'une juridiction, de prendre pour raisonner les cadres que peut bâtir habituellement la doctrine (en l'occurrence, d'ailleurs, même au-delà de la seule doctrine, puisqu'une part non négligeable des théoriciens du droit se reposent sur la distinction entre cas faciles et cas difficiles). Notre étude demeurant une étude de théorie, c'est-à-dire de réflexion sur le droit tel qu'il est pratiqué et étudié, il nous paraît possible d'employer ce langage tout en gardant à l'esprit qu'il n'a pas valeur de vérité et

à la lisibilité de notre texte la rigueur de l'expression. Nous utiliserons sans gêne, quoique non sans remords, l'expression « principe de rigueur nécessaire » dans la suite de ce travail.

qu'il n'entraîne pas d'obligation à laquelle le juriste ne pourrait pas échapper. Ce n'est pas parce que nous rangeons, ou non, tel ou tel cas dans la catégorie de l'utilisation classique que nous émettons un jugement de valeur sur la pertinence de la solution retenue par le juge. Nous nous contentons simplement de constater que la charge de la preuve n'est pas la même lorsque la situation envisagée relève directement du texte invoqué que lorsqu'elle s'en écarte – le fait même que cet écart ne provoque pas dans la doctrine les cris qu'on pourrait attendre conforte à notre avis l'hypothèse selon laquelle le recours aux hypotextes est un moyen de s'assurer l'assentiment plus ou moins conscient des acteurs d'un même champ sociologique.

a. L'utilisation classique

Avant de passer aux décisions à proprement parler, il semble nécessaire de dégager le sens le plus probable de cette disposition. Celle-ci doit être lue, nous l'avons déjà signalé, comme l'un des volets du diptyque qu'elle forme avec l'article 8. Duport, en proposant son double amendement à l'Assemblée Nationale, entend soustraire le suspect à ce qui ressemble jusqu'alors fort à une première punition ; de là le rappel que tout homme est présumé innocent tant qu'il n'est pas reconnu coupable : étant innocent, il ne doit pas être puni. Or, Duport

expose qu'il existe en France un usage barbare de punir les coupables, lors même qu'ils ne le sont pas encore déclarés ; qu'il a vu deux fois les cachots de la Bastille ; qu'il a vu ceux de la prison du Châtelet, et qu'ils sont mille fois plus horribles ; que cependant c'est une vérité que les précautions que l'on prend pour s'assurer des coupables ne font pas partie des peines. C'est d'après ces idées qu'il propose le projet suivant.⁶⁸⁷

L'article 9 est donc formé pour encadrer toute forme de détention provisoire, en évitant d'une part qu'elle soit utilisée sans raison, d'autre part que son régime soit trop rude. On peut également, en se fondant sur le texte et sans se soucier de l'intention de son auteur, imaginer d'appliquer la disposition au moment de l'arrestation : elle imposerait aux autorités de police une sorte de principe général de proportionnalité dans l'usage de la force. Remarquons enfin que cet article est lui-même plutôt répressif, puisqu'il n'interdit pas à proprement parler de traiter les suspects avec la plus grande rigueur, mais invite seulement à réprimer cette rigueur ; puisqu'il semble cependant difficile de punir une action qui ne ferait que suivre une loi elle-même trop rigoureuse, on admettra sans trop de peine pouvoir lire indirectement dans cet article une interdiction faite à la loi de prévoir un régime inutilement sévère.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 471.

C'est ce que reconnaît en tout cas le Conseil constitutionnel depuis la décision 93-326 DC⁶⁸⁸. Conduit à se prononcer sur l'extension du régime de la garde à vue aux mineurs de treize ans, il fait droit à l'argumentation des requérants : une telle mesure devrait en effet être particulièrement contrôlée par un juge des enfants, et mise en œuvre seulement dans des cas particulièrement graves⁶⁸⁹. Cette première utilisation du texte par le Conseil rentre tout à fait dans le cadre dessiné : la personne gardée à vue est en effet privée de sa liberté sans avoir été déclarée coupable de quoi que ce soit, il est donc nécessaire de ne pas faire de cette procédure une punition anticipée, et de ne l'utiliser que dans les cas les plus strictement nécessaires.

Le régime de la garde à vue a d'ailleurs donné lieu à la plupart des utilisations classiques de l'article 9. Mise à part la décision 93-334 DC (concernant la loi adoptée suite à la censure formulée par la décision 93-326), le gros de ces décisions est apparu avec la QPC, lorsqu'un contrôle de la loi déjà promulguée a été rendu possible. Les première et troisième décisions *Garde à vue*, ainsi, sont fondées notamment sur cette disposition⁶⁹⁰, tout comme celles qui concernent le relevé d'empreintes génétiques⁶⁹¹, le régime de retenue par les douanes⁶⁹², l'utilisation du bracelet électronique pour des mineurs avant le jugement⁶⁹³ ou la convocation forcée de témoins⁶⁹⁴. Une fois, même, le Conseil en a profité pour délimiter un ensemble de critères qui permettrait d'apprécier plus concrètement ce qui relève ou non d'une rigueur nécessaire⁶⁹⁵ ; cependant, il semble que cette décision constitue un hapax dans la jurisprudence constitutionnelle. Dans une décision récente, enfin, (concernant les enregistrements effectués pendant les gardes à vue ou mises en examen), la disposition est même citée alors qu'elle n'intervient en aucune façon dans le contrôle, effectué sur le fondement du principe d'égalité⁶⁹⁶, comme si le seul cadre de la garde à vue provoquait spontanément la référence à cet article.

On doit cependant remarquer qu'un nouveau considérant de principe s'est adjoint à la seule mention de l'article 9. Il apparaît en 2004, et se trouve depuis cette date systématiquement associé aux recours à l'article 9 DDHC dans le cadre de l'utilisation classique de celui-ci :

⁶⁸⁸ Décision 93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, not. les cons. 26 à 30. Notes P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1994, 68, p. 172-173 ; T. Renoux, *RFDC*, 1993, p. 848.

⁶⁸⁹ Cons. 29.

⁶⁹⁰ Décision 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, cons. 21 à 29.

⁶⁹¹ 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.*

⁶⁹² 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres*.

⁶⁹³ 2011-635 DC du 4 août 2011, *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*, cons. 32 à 35.

⁶⁹⁴ 2012-257 QPC du 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autre*.

⁶⁹⁵ Décision 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, *M. Michel F.*, cons. 5 (note E. Daoud et A. Talbot, *Constitutions*, 2011/4, p. 525-530).

⁶⁹⁶ Décision 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012, *M. Kiril Z.*

Considérant, [...] que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions⁶⁹⁷

Légèrement modifié (raccourci, mais identique en ce qui concerne les éléments les plus importants que nous allons souligner tout à l'heure), ce considérant se retrouve dans toutes les décisions récentes que nous venons de citer. Il convient de souligner, non pas tant le fond de ce considérant, qui se contente d'appliquer à ces matières aussi le critère de l'incompétence négative du législateur, que la référence faite dans ce cadre à l'article 34 de la Constitution. En effet, en appliquant l'incompétence négative à la protection du suspect, le Conseil attache l'un à l'autre les articles 34 C et 9 DDHC et énonce un principe commun interdisant toute « rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ». La formation de ce principe est une première étape sur le chemin menant à une autonomisation du principe de rigueur nécessaire : à partir du moment où ce considérant est suffisamment établi, il pourra, on le verra, être utilisé avec la seule référence à l'article 34 C, sans plus s'appuyer sur l'article 9 DDHC, sa source textuelle pourtant.

Dans cette nouvelle formulation, le fait de compléter la « rigueur nécessaire » par la locution « lors de la recherche des auteurs d'infractions » participe également à ce mouvement d'autonomisation. « La recherche des auteurs d'infractions » est en effet entrée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel avec la « prévention d'atteintes à l'ordre public », afin d'offrir un contrepoids constitutionnel permettant d'exercer un contrôle de proportionnalité lorsqu'il s'agit d'atteintes à la liberté d'aller et venir⁶⁹⁸. Cette formule participe donc d'un concept juridique propre, et déjà établi, appuyé quant à lui sur la notion d'ordre public, hypertexte s'il en est : on sait bien que ce concept n'est pas présent dans le texte constitutionnel⁶⁹⁹, qu'il est en revanche consubstantiel à l'exercice de la police administrative, et qu'il a, comme tel, une importance fondamentale en droit administratif. On pourrait à la rigueur, comme le fait remarquer Patrick Wachsmann, fonder rationnellement la qualité normative-constitutionnelle de l'ordre public à partir de la Déclaration des droits et de son article 4 (l'ordre public serait la traduction de la limitation de la liberté individuelle par la liberté d'autrui). Mais il est justement significatif que ce raisonnement n'apparaisse pas : ce

⁶⁹⁷ Décision 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 5 ; note S. Nicot, RFDC, 2004, 58, p. 347-363.

⁶⁹⁸ Décision 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 54 sq. (et notamment le cons. 56, qui contient le nouveau considérant de principe : « Considérant que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle »).

⁶⁹⁹ S'il figure à l'article 10 DDHC, ce n'est pas comme une règle générale, mais seulement comme un point particulier en matière religieuse. Nous ne prenons pas en compte l'occurrence de l'article 73 C, introduite seulement par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

faisant, poursuit P. Wachsmann, le Conseil justifie certes l'utilisation de l'ordre public par le recours au discours des libertés individuelles, mais il ne le fonde pas sur celles-ci (ce qui ouvre la voie à de fortes limitations de ces libertés au nom de l'ordre public, puisque c'est un concept autonome)⁷⁰⁰.

Ainsi, au moment où le juge mêle la recherche des auteurs et la rigueur nécessaire, il crée un nouveau point d'équilibre entre cette rigueur et la nécessité de protéger l'ordre public. Cette pondération s'exprime dans un énoncé qu'on peut qualifier d'autonome dans le sens où il apparaît comme un condensé de syntagmes constitutionnels détachés d'une référence textuelle immédiate – cela, bien que les articles adéquats soient toujours évoqués lors de l'énumération des normes de référence.

Le principe de rigueur nécessaire est donc fermement installé dans la jurisprudence constitutionnelle, et sans que son intrusion, quoique relativement tardive, ait soulevé la moindre difficulté⁷⁰¹. La fréquence avec laquelle l'article est cité, même lorsqu'il n'est pas utilisé dans le contrôle à proprement parler, atteste encore qu'il est devenu pour le Conseil constitutionnel une sorte de passage obligé dès lors qu'il est question de ces matières. Il reste d'abord sur le terrain qui lui est réservé, celui de la protection accordée au suspect tant qu'il n'est pas reconnu coupable ; nous avons cependant aussi vu apparaître, dans l'association des articles 9 DDHC et 34 C, une première évolution : en reliant le principe de rigueur nécessaire à celui de protection de l'ordre public, lui-même introduit pour permettre un contrôle de proportionnalité en matière de protection des libertés, le juge a inscrit l'article 9, dont le texte s'y prête particulièrement, à ce mouvement plus général d'extension du contrôle de proportionnalité dans la justice constitutionnelle⁷⁰².

b. L'utilisation étendue

De nouvelles combinaisons de l'article 9 DDHC avec d'autres articles de la Déclaration des Droits ou de la Constitution de 1958 ont entraîné une évolution dans l'emploi de la « rigueur nécessaire ». On assiste en effet à une utilisation plus large de ce syntagme (toujours appuyé

⁷⁰⁰ P. Wachsmann, note sous CC 85-187 DC, AJDA, 1985, p. 362 sq. L'auteur voit dans la décision 80-127 DC une étape sur le chemin menant à la reconnaissance pleine de l'ordre public comme norme constitutionnelle (laquelle interviendrait dès lors dans la décision 85-187 DC). Au plan dogmatique, cela ne fait pas de doute ; nous nous référons tout de même de préférence à la première des deux, dans la mesure où nous nous intéressons à l'apparition des mots plus qu'à la systématisation des concepts.

⁷⁰¹ Au contraire, pour Thierry Renoux, ce n'est « [pas] sans raison » que le Conseil constitutionnel franchit cette étape (note sous 1993-326 DC, RFDC, 16, 1993, p. 852).

⁷⁰² Pour une présentation générale et récente de la façon dont le Conseil constitutionnel utilise ce principe, on pourra se reporter au rapport sur le juge constitutionnel et la proportionnalité donné par Valérie Goesel-Le Bihan à l'AIJC (2009, p. 191-212).

cependant sur une référence à son texte d'origine), qui dépasse son cadre premier (1), jusqu'à devenir le fondement d'un contrôle général de proportionnalité en matières de libertés publiques (2).

1) *Le rattachement à la liberté individuelle*

La première évolution notable peut être relevée dans la décision 2002-461 DC⁷⁰³. Il y est fait mention à quatre reprises de cette limitation à une rigueur nécessaire énoncée par l'article 9. Les deux premières ne doivent pas attirer particulièrement l'attention : l'une (cons. 34) concerne la retenue des mineurs, et appelle le même traitement que, par exemple, dans la décision 93-326 DC mentionnée plus haut ; l'autre (cons. 68), la disposition enjoignant au juge d'instruction de motiver son refus de placer une personne en détention provisoire malgré la requête du parquet. Dans ces deux cas, l'utilisation du syntagme est parfaitement classique. Les deux autres, en revanche, apportent, quoique discrètement⁷⁰⁴, une même nouveauté. Les requérants contestent ainsi l'utilisation de la surveillance électronique dans le cadre d'un contrôle judiciaire en se fondant sur la protection de la liberté individuelle, qu'ils rattachent parmi d'autres (art. 2, 4 et 8 DDHC) à l'article 9 DDHC (cons. 84). Le Conseil, quant à lui, contrôle cette disposition au seul regard de celui-ci, et vérifie donc l'absence d'une rigueur qui ne serait pas nécessaire (cons. 85). Il nous semble cependant (malgré le contexte de la disposition, qui répond bien à la nécessité de s'assurer d'un suspect) que nous n'avons pas tout à fait affaire à un cas classique d'utilisation du syntagme : en effet, ce sont certes les requérants qui font le lien avec la liberté individuelle, et cela à soi seul ne saurait engager le Conseil ; celui-ci, pourtant, semble endosser cet argument en constatant que la disposition contestée « [a] nécessairement pour effet de restreindre la liberté individuelle »⁷⁰⁵. Nous avons signalé que la « rigueur nécessaire », à l'origine, sert de limite dans un contexte bien précis, celui qui entoure l'arrestation et la détention de suspects avant le jugement. Ici, elle se trouve rattachée, non plus à un ensemble de situations, mais à un principe, celui de la liberté individuelle. Celui-ci est, cela s'entend, un principe surplombant : c'est pour lui obéir qu'on pouvait introduire une disposition plus précise comme l'article 9 DDHC. En la rattachant directement à ce principe surplombant, donc, le juge se donne la possibilité de faire de cette expression un élément général de son contrôle, sans le limiter à son champ d'action originel.

Certes, à soi seul, cette façon que le Conseil a d'endosser l'argumentation des requérants pourrait être une preuve un peu faible. Dans la même décision, cependant, il fait de lui-même le lien

⁷⁰³ Décision 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* ; notes A. Pena-Gaïa, RFDC, 2003, 54, p. 363-373 ; B. Mathieu, PA, 2003/4, p. 10-13 ; J. Roux, RDP, 2002, 6, p. 1731-1768.

⁷⁰⁴ Raison pour laquelle, sans doute, elle a, alors, échappé à la doctrine ; celle-ci a plutôt commenté les acquis les plus importants concernant les aspects matériels de la justice des mineurs. Il est par ailleurs évidemment plus facile de relever une piste discrète lorsque l'on s'appuie sur l'évolution ultérieure – c'est notre cas ici.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

entre l'article 66 C qui protège la liberté individuelle et l'article 9 DDHC. Les requérants reprochaient en effet au « référé-détention » instauré par la loi en cause d'enfreindre la liberté individuelle ; par ailleurs, ils y voyaient encore une atteinte à la présomption d'innocence (cons. 70). Plutôt que de considérer les deux aspects séparément, le juge cite ensemble les deux normes constitutionnelles et semble faire de l'article 9 un élément du contrôle des atteintes à l'article 66 (cons. 72). En effet, celui-ci établirait le principe (interdiction de la détention arbitraire, contrôle de l'autorité judiciaire), celui-là les moyens de le concrétiser (critère de la rigueur nécessaire, qui se traduit par un contrôle au regard des garanties offertes au justiciable)⁷⁰⁶. Là encore, donc, le lien n'est pas entièrement explicite, ou plutôt pas tout à fait assumé. Il nous semble pourtant possible de lire dans ces deux cas un faisceau d'indices tendant à prouver que le critère de la « rigueur nécessaire » est élevé jusqu'au principe général de liberté individuelle.

Le pas est accompli (en biais, nous en convenons) trois ans plus tard, dans la décision 2005-527 DC⁷⁰⁷. La loi portée devant le Conseil prévoyait en effet de soumettre les personnes libérées mais jugées toujours dangereuses à une surveillance électronique mobile : un bracelet équipé d'un GPS devait les dissuader de commettre de nouveaux délits. Les requérants, considérant que cette mesure devait être considérée comme une peine, la voulaient voir soumise à un contrôle au regard de l'article 8 DDHC qui aurait notamment permis de la censurer pour ce qu'elle attentait au principe de non-rétroactivité des peines (cons. 11). Cet argument n'a pas été reçu par le Conseil qui a vu dans cette mesure une simple mesure de surveillance judiciaire, laquelle ne saurait se confondre avec une peine ou une sanction (cons. 13-15)⁷⁰⁸. Les choses n'en restent cependant pas là, car le juge substitue à ce contrôle de la légalité de la peine un contrôle fondé sur « le principe, résultant des articles 4 et 9 de la Déclaration de 1789, selon lequel la liberté de la personne ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire » (cons. 16).

Le lien avec la décision 2002-461, évident à notre sens mais pouvant être éventuellement mis en doute par la différence de formulation (« liberté de la personne », et non « liberté individuelle ») comme par la combinaison de l'article 9 DDHC avec l'article 4 DDHC, et non plus avec le 66 C, est affirmé pleinement par le commentaire aux Cahiers du Conseil⁷⁰⁹. En toute rigueur,

⁷⁰⁶ Cons. 73-74.

⁷⁰⁷ Décision 2005-527 DC du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales* ; note S. Nicot, RFDC, 2006, 66, p. 348-355.

⁷⁰⁸ Le Conseil s'appuie pour ce faire sur plusieurs éléments matériels qui apparentent la surveillance judiciaire à une mesure préventive plus qu'à une mesure répressive : formation de jugement (juge de l'application des peines), but de prévention, fondement de cette mesure dans la dangerosité de la personne libérée. Sur ce point, et le justifiant, voir la note, citée à la note précédente, de S. Nicot.

⁷⁰⁹ « S'applique cependant le principe qui, en matière de restrictions apportées à la liberté individuelle, à la liberté personnelle ou au respect de la vie privée, prohibe la rigueur non nécessaire (par exemple : n° 2002-461 DC [...]) »,

la combinaison des articles 4 et 9 ne pourrait pas permettre de déduire logiquement l'existence d'un tel principe. En effet, il n'existe aucun terme, ni même aucun thème commun à ces deux énoncés. On peut à la rigueur considérer que l'édition d'un article tel que l'article 9 ne peut se comprendre que parce que l'article 4 énonce un principe général de liberté : cela n'autorise pas pour autant à faire le chemin inverse, en appliquant à ce principe général de liberté en entier les exigences prévues dans le cas particulier de l'arrestation et de la détention préventive (ce serait l'exemple typique du faux syllogisme). Ou bien, donc, le Conseil constitutionnel énonce un principe sans se soucier de le justifier, ou bien, comme c'est notre hypothèse, il ne peut établir ce principe que parce qu'il se repose sur un syntagme devenu en lui-même principiel, et peu à peu détaché, à force d'être employé, de son fondement textuel pour gagner une forme d'autonomie.

Cette décision est charnière dans ce processus d'autonomisation. Le champ d'application du principe de rigueur nécessaire excède pour la première fois visiblement celui de l'article 9 DDHC, en ce qu'il était question en l'espèce d'une mesure intervenant après qu'un condamné a purgé sa peine, sans donc qu'il soit nécessaire de s'assurer d'une personne dont on pense qu'elle a commis un crime. Le Conseil se refusant à contrôler la disposition en cause au regard de l'article 8, il ne lui reste donc, s'il veut tout de même exercer un contrôle, d'autre solution que de trouver une nouvelle aune constitutionnelle. La « rigueur nécessaire » la lui fournit, quoiqu'elle ne puisse plus être rattachée à l'énoncé qui l'avait fait d'abord apparaître.

On pourrait faire les mêmes remarques à propos de la décision 2008-562 DC⁷¹⁰, où le Conseil constitutionnel assoit le nouveau considérant de principe, en revenant, suivant sa première intuition, à une association de l'article 9 DDHC avec l'article 66 C⁷¹¹. Le cas s'y prêtait d'autant plus que la problématique était semblable : la loi mise en cause inventait une rétention de sûreté et une surveillance de sûreté destinées aux personnes libérées, mais néanmoins considérées comme dangereuses. Il s'agissait donc de restreindre la liberté individuelle hors (ou plutôt ensuite) de toute condamnation pénale. Les requérants, retenant la leçon, se fondaient à la fois sur l'article 8 DDHC et l'article 9 DDHC, afin de couvrir aussi bien l'hypothèse où les mesures en cause seraient considérées comme des sanctions que celle où elles ne le seraient pas. À remarquer d'ailleurs qu'ils s'appuyaient, dans ce dernier cas, sur le principe découlant des articles 4 et 9 DDHC que nous venons de voir apparaître. Le Conseil reformula cependant leur argument en énonçant « le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté

Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2006, 20.

⁷¹⁰ Décision 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* ; note W. Benessiano, RFDC, 2008, 76, p. 846-881.

⁷¹¹ La même formulation est réutilisée par la suite dans la décision 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres*. Celle-ci a cependant un intérêt propre, et nous y reviendrons.

individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire » (cons. 13). La parenté avec la formulation retenue en 2005 est évidente : on voit que seule une des normes de référence change, ce qui implique le passage de la « liberté de la personne » à la « liberté individuelle ». Là encore, cependant, si l'on veut être rigoureux, on est obligé de constater qu'il n'est pas de relation logique permettant de passer des articles 9 DDHC et 66 C à ce principe nouvellement découvert. Dans ce cas, il y a certes une proximité thématique qui rend le rapprochement plus facile qu'avec l'article 4 DDHC : dans les deux énoncés, il est question de détention arbitraire. Si l'on essaie de reconstruire le raisonnement du Conseil, on parvient à ceci : l'article 9 DDHC impose de ne limiter la liberté individuelle avant une condamnation hypothétique qu'à raison d'une rigueur nécessaire ; or l'article 66 C protège la liberté individuelle⁷¹² ; donc on ne doit porter atteinte à la liberté individuelle protégée par l'article 66 C qu'en usant de la rigueur nécessaire, et pas plus. Certes, on pourrait raffiner la démonstration, ici si sommairement présentée qu'on ne peut pas la croire sérieuse. Le résultat resterait le même : on aurait dans tous les cas encore affaire à un faux syllogisme, de ceux qui démontrent que Socrate est un chat. En toute logique, ce n'est pas parce qu'une atteinte particulière à une facette de la liberté individuelle doit respecter le principe de rigueur nécessaire que toutes les atteintes à la liberté individuelle y sont également soumises. Voilà pourtant la conclusion à laquelle le Conseil constitutionnel parvient, afin de pouvoir apporter la réponse qu'il juge adéquate au texte qui lui est soumis, mais qui ne rentre tout à fait dans aucun des cadres de contrôle dont il dispose⁷¹³. Ici aussi, donc, nous pensons que le principe qu'il énonce est plutôt fondé sur la matière de la langue que sur un raisonnement abstrait.

Dans ces trois décisions, nous avons donc pu observer deux mouvements parallèles dans le temps et convergents quant au fond. D'une part, une autonomisation de la rigueur nécessaire comme « limitation des limitations » (pour traduire, aussi mal qu'on le puisse, la *Schranken-Schranke* allemande) apportées à la liberté individuelle (ce qui s'accompagne d'un éloignement du seul article 9 DDHC) ; d'autre part, une extension du champ d'application du syntagme, désormais appliqué également à des restrictions postérieures à une condamnation, ce que ne permettait pas le recours au seul article 9 DDHC⁷¹⁴.

⁷¹² Tout du moins dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : on sait en effet que l'article se contente de confier incidemment cette liberté à la garde de l'autorité judiciaire.

⁷¹³ La rétention de sûreté n'entraîne ainsi dans aucune des deux catégories de mesures de sûreté dégagées par le Conseil dans ses décisions antérieures, dont l'une aurait permis l'application de l'article 8, l'autre non. Se trouvant entre les deux, la rétention de sûreté ne pouvait pas se voir appliquer l'article 8, mais ne pouvait pas non plus demeurer incontrôlée. Dans sa note, W. Benessiano insiste tout particulièrement sur le caractère pragmatique de cette décision, proche en cela de ce qu'on peut observer dans la jurisprudence européenne (p. 864).

⁷¹⁴ Ce qui provoquait sans doute, aux yeux du Conseil, une lacune dans l'ordre constitutionnel français, puisqu'il n'était pas de texte qui permît de contrôler une atteinte à la liberté individuelle après une condamnation (ou plutôt, le texte

2) La rigueur nécessaire comme fondement à un contrôle de proportionnalité général

Cette autonomisation a également des conséquences au plan des méthodes utilisées par le Conseil constitutionnel. Le recours au syntagme de « rigueur nécessaire » invite inévitablement à effectuer un contrôle de proportionnalité : il s'agit en effet de vérifier que le texte contrôlé n'emploie que les moyens dont il ne peut pas se passer pour arriver à ses fins. Dans le cas de l'article 9 DDHC, la détention provisoire peut ainsi être justifiée uniquement dans la mesure où la personne concernée pourrait risquer de s'enfuir avant d'être condamnée. La nécessité de cette rigueur se mesure alors d'après les garanties offertes : décision rendue par un juge après débat contradictoire, cas déterminés par la loi et justifiant cette mesure particulièrement grave. En étendant l'usage du syntagme, le juge constitutionnel se donne aussi un fondement pour utiliser de façon plus systématique, en matière de liberté individuelle, le contrôle de proportionnalité (qu'aucun texte ne lui attribue par ailleurs)⁷¹⁵.

Ce contrôle de proportionnalité est l'un des outils essentiels parmi ceux dont dispose le Bundesverfassungsgericht. S'il a, comme en France, une première origine administrative en matière de police administrative⁷¹⁶, il apparaît très tôt de façon autonome dans la jurisprudence constitutionnelle, comme une technique servant à limiter les restrictions mises par le législateur à l'exercice des libertés individuelles. Il prend alors la forme d'une relation entre le but visé par le législateur et les moyens mis en œuvre pour y parvenir : il faut non seulement que ceux-ci soient appropriés (« geeignet »), mais encore qu'ils respectent le principe de proportionnalité (« Grundsatz der Verhältnismäßigkeit »)⁷¹⁷. Le principe connaît ensuite deux évolutions principales. D'une part, alors qu'il en est tout à fait dépourvu dans les premières décisions signalées, il gagne un fondement textuel : le juge le rattache en effet au principe d'État de droit énoncé dans le Grundgesetz⁷¹⁸. Selon

ayant été celui des articles 4 ou 8 DDHC, il aurait nécessairement conduit à des censures de grand style).

⁷¹⁵ Sur ce sujet, voir notamment PHILIPPE (Xavier), *Le Contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990, 541 p., ainsi que, plus précisément quant à notre thème, XYNOPOULOS (Georges), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995, 463 p.

⁷¹⁶ XYNOPOULOS, *Contrôle de proportionnalité*, p. 16-117, p. 309-312.

⁷¹⁷ BVerfGE, 3, 383, 399 : « Die Voraussetzung, die der Gesetzgeber in § 20 Abs. 2 Satz 2 aufstellt, ist ein geeignetes Mittel, diesem Zweck zu dienen. Sie überschreitet auch nicht die Grenzen, die durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel gezogen sind. Innerhalb dieser Grenzen aber ist der Gesetzgeber mangels einschlägiger besonderer Bestimmungen der Verfassung frei » (« La condition [relative à la recevabilité d'une candidature] établie par le législateur [...] est un moyen propre à remplir cet objectif [d'éviter l'éparpillement des suffrages]. Elle ne franchit pas non plus les limites tracées par le principe de proportionnalité entre but et moyen. Dans ces limites, cependant, le législateur est libre, en l'absence de dispositions précises de la Constitution »).

Nouvelles affirmations du principe par la suite par exemple dans BVerfGE, 8, 71, 80 et 8, 274, 310.

⁷¹⁸ cf. SCHMIDT-ASSMAN (Eberhard), « Der Rechtsstaat », in ISENSEE (Josef), KIRCHHOF (Paul), dir., *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, t. II, p. 541-612 : le mot se trouve à l'article 28 al.1 GG, mais le Bundesverfassungsgericht se réfère tout aussi volontiers en premier lieu à l'art. 20, al. 3 GG, ensuite aux articles 1,

lui,

il découle en effet du principe d'État de droit, et plus profondément d'ailleurs de l'essence même des droits fondamentaux, lesquels, comme expression de la liberté que peut revendiquer, en général, le citoyen face à l'État, ne peuvent être limités par la puissance publique que dans la mesure indispensable à la protection des intérêts publics⁷¹⁹.

D'autre part, ce principe général de proportionnalité a été précisé : le juge a énoncé la série, désormais stabilisée, des critères qui permettent d'en exercer le contrôle. Comme on le sait, l'atteinte à un droit fondamental ne peut être justifiée que si, d'une part, elle est fondée sur un motif d'intérêt général, et qu'elle est d'autre part appropriée (*geeignet*), nécessaire (*erforderlich*) et proportionnée au sens strict (*verhältnismäßig im engeren Sinne* ou *angemessen*)⁷²⁰.

Le juge constitutionnel allemand a donc développé un outil nécessaire au regard de la conciliation qu'il doit inévitablement assurer entre des principes opposés, mais de même rang dans la hiérarchie des normes⁷²¹ ; un outil puissamment ancré dans son texte de référence et comme tel peu susceptible d'être remis en cause ; un outil enfin suffisamment précis et fin pour lui permettre de s'intéresser à l'opportunité d'une décision sans paraître verser dans le gouvernement des juges⁷²².

En France, le mouvement général paraît un peu différent. Le contrôle de proportionnalité est en effet d'abord un instrument du juge administratif, et l'on n'entend pas tant par ce terme la proportionnalité comme limitation des limitations (quoique cela soit, lors du contrôle des mesures de police, l'un des champs d'action principaux du juge administratif), mais d'abord comme l'outil permettant de juger les décisions discrétionnaires⁷²³. Il représente en effet, selon G. Xynopoulos,

al. 3 et 19, al. 4 GG (dignité humaine et droit au recours), et plus largement à « la conception générale de la loi fondamentale » (« Gesamtkonzeption des Grundgesetzes ») ; cf. BVerfGE 2, 380, 403.

⁷¹⁹ BVerfGE, 19, 342, 348 sq. : « Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist. »

⁷²⁰ BVerfGE, 30, 292, 316 sq.

⁷²¹ Voir XYNOPOULOS, *Contrôle de proportionnalité*, p. 158.

⁷²² *Ibid.*, *passim* : l'une des thèses principales de l'ouvrage est qu'on ne peut pas limiter le contrôle de proportionnalité à une conciliation, mais qu'on trouve, au-delà, la question du contrôle, minimal, des décisions prises par un pouvoir discrétionnaire (en particulier p. 393-394) – lequel doit, en dernier lieu, garantir l'établissement de la nouvelle démocratie constitutionnelle appelée par l'auteur, après Dominique Rousseau, de ses vœux (p. 418-419).

⁷²³ Bien entendu, la distinction est artificielle en ce que, comme le montre G. Xynopoulos, ces deux acceptions du contrôle de proportionnalité, qui paraissent au premier abord différentes, reposent en fait sur le même principe : concilier des normes de même rang. Cependant, le discours continue de distinguer entre le contrôle de proportionnalité tel qu'il est exercé par le juge constitutionnel allemand, et celui que met en œuvre le juge administratif français.

« un moyen privilégié de déplac[er] la frontière entre [l'opportunité et la légalité] »⁷²⁴. D'origine administrative, le concept n'est pas fondé sur une norme particulière ; il paraît même si inhérent au droit (est-il au fond autre chose, après tout, que la traduction de la maxime qui orne la salle où se réunit l'Assemblée du Conseil d'État : *suum cuique* ?) qu'il n'est même pas considéré comme une technique à part, mais plutôt comme « une logique juridictionnelle que le juge utilise, à travers diverses techniques juridictionnelles, mais respectant une cohérence fondamentale, pour surveiller discrètement l'appréciation administrative a priori discrétionnaire »⁷²⁵.

Le juge constitutionnel a d'abord suivi cette voie, en appliquant un contrôle de proportionnalité à des matières où les textes, pourtant, ne le prévoyaient pas. On sait que la première utilisation de ce contrôle servit à examiner la loi autorisant la réquisition de personnels en cas de grève à la radio ou à la télévision nationales : le juge a vérifié que ces restrictions à l'exercice du droit de grève étaient bien « nécessaires »⁷²⁶. On assistait alors à l'apparition d'un principe général de proportionnalité en matière constitutionnelle⁷²⁷, dont l'utilisation est vite devenue habituelle, sans pour autant connaître de véritables développements : il s'agissait plutôt d'une adaptation de cette « logique juridictionnelle » évoquée à propos du Conseil d'État ; en conséquence de quoi les réflexions de la doctrine portaient spontanément plutôt sur le degré du contrôle que sur sa nature, suivant en cela le réflexe administrativiste⁷²⁸. Cependant, V. Goesel-Le Bihan a pu montrer, en plus, l'adoption par le Conseil de critères qui tendaient à faire apparaître, certes implicitement d'abord, un contrôle de proportionnalité comparable à celui exercé par le Bundesverfassungsgericht (et entre-temps également repris et adapté par les cours européennes⁷²⁹) : cela lui permettait en effet notamment un contrôle plus approfondi des lois⁷³⁰.

Jusque là, cependant, c'est la doctrine qui qualifie de contrôle de constitutionnalité certaines façons de faire du Conseil, en constatant la proximité de la méthode utilisée pratiquement et de l'instrument reconnu comme « contrôle de proportionnalité ». On n'en est pas encore à disposer d'un

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 112.

⁷²⁶ Décision 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, cons. 1 ; notes Hamon, D., 1980, p. 333 sq. ; Favoreu, RDP, 1979, 1705 sq. ; voir aussi aux *grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2009, p. 287-302.

⁷²⁷ cf. GOESEL-LE BIHAN (Valérie) : rapport sur le Juge constitutionnel et la proportionnalité (France), AIJC, 2009, p. 191-212, p. 192.

⁷²⁸ GOESEL-LE BIHAN (Valérie), « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », RFDC, 1997, 30, p. 227-267, p. 227-229 ; on remarquera d'ailleurs que l'ensemble de l'article se situe dans le même paradigme, puisqu'il s'agit de déterminer l'intensité du contrôle exercé en fonction de la matière.

⁷²⁹ XYNOPOULOS, *Contrôle de proportionnalité*, p. 249-278.

⁷³⁰ GOESEL-LE BIHAN (Valérie), « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel » : le contrôle de proportionnalité tel qu'il est exercé par le Conseil lui permet notamment de ne pas se contenter de normes de références constitutionnelles, mais d'entrer dans le domaine infra-constitutionnel et de relever des détournements de pouvoir (voir p. 236-240).

outil autonome et assumé comme tel : cela risquerait en effet de heurter la tradition, vivace en droit administratif, de respect du pouvoir discrétionnaire de l'administration – respect plus vif encore quand il s'agit, pour le Conseil constitutionnel, du législateur⁷³¹. Cependant, peut-être pressé par sa légitimité moins affirmée que celle du Conseil d'État, et trouvant dans l'exemple de cours étrangères un modèle qui lui permettrait de donner des gages de juridicité, le Conseil a fini par assumer l'exercice d'un contrôle de proportionnalité – à partir du moment où il a su le fonder sur un texte constitutionnel.

Cette évolution trouve son accomplissement dans la décision 2008-562 DC qui nous occupait déjà à l'instant⁷³². Au moment où le Conseil constitutionnel applique à la rétention de sûreté le contrôle de la rigueur nécessaire, il fait de ce dernier un contrôle de constitutionnalité reprenant les éléments de son modèle allemand⁷³³. Comme on l'a déjà signalé, le Conseil ne dispose pas, dans ses normes de références, de celle qui permettrait de fonder le contrôle de proportionnalité. En jouant sur les sens strict et large des mots, il parvient pourtant à paraître tirer ce contrôle, lorsqu'il est exercé en matière de liberté individuelle, de l'article 9 DDHC. Le considérant de principe suivant apparaît dans la décision 2008-562 DC :

Considérant que [1] la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu' [2] il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu' [3] au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que [4] les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi⁷³⁴

Pour faciliter le commentaire de cet extrait assez complexe, nous en distinguerons les quatre membres. En [1], le Conseil énonce le principe selon lequel le principe de rigueur nécessaire s'applique aux entraves à la liberté individuelle (et donc à la rétention comme à la surveillance de

⁷³¹ C'est en tout cas la thèse défendue par G. Xynopoulos (*Contrôle de proportionnalité*, p. 15-38).

⁷³² Le caractère de rupture que présente cette décision se manifeste notamment dans le traitement qu'en font les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* : en faisant son entrée dans ce recueil (dans l'édition de 2011), elle exclut brutalement les autres décisions qui étaient classées auparavant sous l'espèce du contrôle de proportionnalité, notamment la décision 79-105 DC évoquée plus haut (encore citée dans l'édition de 2009 comme celle qui voit l'apparition de ce mode de contrôle).

⁷³³ Sur l'évolution du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil, on renverra à nouveau aux travaux de Valérie Goesel-Le Bihan : rapport sur le Juge constitutionnel et la proportionnalité (France), AIJC, 2009, p. 191-212 ; « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Juspoliticum*, 2012, 7.

⁷³⁴ Cons. 13. Les chiffres entre crochets renvoient à l'analyse que nous proposons.

sûreté). En [2], il relie cette affirmation à la question plus générale de la conciliation entre le maintien de l'ordre public et l'exercice des libertés constitutionnelles. En [3], il range au nombre des libertés constitutionnelles celle d'aller et venir et le droit à la vie privée (fondés sur les articles 2 et 4 DDHC) d'une part, la liberté individuelle d'autre part (d'après l'article 66 C). Enfin, le [4] énonce les éléments composant le contrôle des atteintes portées à ces libertés, lesquels sont ceux du contrôle de constitutionnalité allemand (atteintes adaptées, nécessaires et proportionnées).

Ce résumé un peu fastidieux, et d'autant plus fastidieux que nous n'avons pas voulu, en toute conscience, établir de lien logique entre les quatre parties du considérant, doit nous permettre de faire apparaître plus clairement le cheminement du Conseil. Au vrai, on se rend compte qu'il est deux façons de le comprendre.

On peut tout d'abord lire le texte tel qu'en lui-même, sans se soucier du contexte juridique. Dans ce cas, le [1] paraît être la conséquence des [2], [3] et [4]. Le lien logique pertinent à cet égard est la locution adverbiale « en effet » qui articule les [1] et [2] et déduit l'application du principe de rigueur nécessaire à la liberté individuelle du principe plus général selon lequel une conciliation doit être opérée entre maintien de l'ordre public et exercice des libertés constitutionnelles. Les « libertés constitutionnelles » constituent ici un ensemble plus large, auquel appartient selon [3] la liberté individuelle, qui est une liberté parmi d'autres. Le [4] ensuite constituerait une forme de solution d'un syllogisme dont cependant la majeure serait en partie seulement énoncée : non seulement une conciliation doit être effectuée, mais cette conciliation doit encore respecter les trois éléments du contrôle de proportionnalité (cela suppose de considérer, ce qui nous semble le plus pertinent d'un point de vue linguistique, que le démonstratifs « ces » renvoient non pas à toutes les libertés constitutionnelles, mais à celles-là seulement qui se trouvent énoncées en [3]). Dès lors, le [1] ne serait en fait qu'une seconde solution du syllogisme, appliqué particulièrement au cas de la liberté individuelle. Si l'on veut formaliser et résumer, on pourrait écrire :

Majeure 1 : les atteintes aux libertés constitutionnelles doivent être proportionnées (résulte de [2] + énonciation implicite du principe de proportionnalité)

Mineure 1 : les libertés énoncées en [3] sont des libertés constitutionnelles

Solution 1 : les atteintes à ces libertés doivent respecter le principe de proportionnalité ([4])

Majeure 2 : Solution 1

Mineure 2 : La rétention de sûreté et la surveillance de sûreté sont des atteintes à la liberté

individuelle (postulat implicite de [1])

Solution 2 : elles doivent donc respecter le principe de rigueur nécessaire (soit [1])

Bien entendu, il est deux éléments qui rendent cette reconstruction fragile. D'abord, d'un point de vue rhétorique, il serait étonnant de commencer ainsi une démonstration par son résultat. Surtout, car ce premier point n'est tout de même pas d'une grande gravité, il faudrait encore expliquer pourquoi on est passé entre les deux syllogismes d'un contrôle au regard des trois éléments du contrôle de proportionnalité à un contrôle sur le seul fondement de la rigueur nécessaire. Si [1] est bien une simple annonce du résultat du syllogisme, pourquoi ce résultat n'est-il pas identique à ce qu'on a dégagé comme la solution 1 ? Enfin, la norme énoncée par [2] demeurant purement jurisprudentielle, le raisonnement du Conseil ne pourrait s'appuyer sur aucun texte, alors même qu'il cite les articles 9 DDHC et 66 C. On s'étonnerait donc à bon droit de cette citation superflue.

Cependant, l'autre façon d'expliquer le raisonnement du Conseil est, d'un point de vue logique, plus douteuse encore. On suit alors le considérant sans penser que le [1] en est en fait la fin. Au contraire, [1] constituerait bien le fondement de [4], ce qui correspond bien mieux à la manière de faire habituelle des juges administratif et constitutionnel français, habitués à dérouler de façon linéaire les syllogismes sur lesquels ils s'appuient.

À cette interprétation s'oppose d'abord la relation de causalité énoncée par le « en effet », qui nous avait d'abord amené à voir [1] comme la conséquence lointaine de [2]. Par ailleurs, cette deuxième reconstruction impose de considérer, au contraire de ce que nous faisons dans la première, que la nécessité évoquée en [1] n'est pas la même que celle qui apparaît en [4]. La première occurrence devrait être comprise d'après le langage ordinaire (une rigueur non nécessaire est une rigueur qui est disproportionnée), la seconde d'après le langage juridique qui fait de la nécessité l'un des trois éléments du contrôle de proportionnalité. La première serait donc un faux-ami, qui veut en fait simplement dire « contrôle de proportionnalité »⁷³⁵. Dans ce cas, le raisonnement serait le suivant : il existe un principe découlant des articles 9 DDHC et 66 C et se rattachant à une obligation plus générale de conciliation entre le maintien de l'ordre public et la protection des libertés constitutionnelles ; ce principe permettant de mettre en œuvre cette

⁷³⁵ Ces deux utilisations correspondent en fait à un sens français (celui du rapport entre le but et le moyen de l'acte) et à un sens allemand (existence ou non de moyens alternatifs pour atteindre le même but : *Erforderlichkeit* plutôt que *Notwendigkeit*, qui n'est pas employé comme un terme juridique). La distinction est déjà faite par G. Xynopoulos, *Contrôle de proportionnalité*, p. 163.

obligation plus générale, il doit s'appliquer pour protéger les libertés constitutionnelles. En l'espèce, la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée et la liberté individuelle, qui sont des libertés constitutionnellement garanties, pourraient être menacés par les dispositions contestées. Donc il faut soumettre ces dispositions à un contrôle de proportionnalité (puisque c'est ce contrôle qu'implique le principe énoncé en [1]), lequel contrôle repose sur les trois critères déjà évoqués.

Dans cette version du raisonnement, le principe découlant des articles 9 et 66 n'est pas mis au même niveau que les libertés énoncées ensuite en [3] ; il est d'une certaine façon connexe à la conciliation à opérer entre ordre public et libertés constitutionnelles, et comme tel supérieur à ces libertés (y compris à l'article 66 C considéré isolément), dont il constitue une garantie. On voit à quel point la situation est différente du premier raisonnement proposé, où le [1] représentait au contraire la dernière conséquence d'une suite de déductions. Là encore, on est contraint de s'éloigner d'une compréhension strictement logique : ce premier élément, parce qu'il se situe sur un autre plan, ne peut pas être intégré dans une reconstruction sous forme de syllogisme.

Si donc il n'est pas, contrairement aux apparences, de démonstration logique dans ce considérant, les éléments qui permettraient de fonder l'utilisation du principe de proportionnalité manquent : nous avons en effet vu que ce raisonnement repose sur une assimilation entre « rigueur nécessaire » et « contrôle de proportionnalité », laquelle ne peut trouver d'explication que dans le bon vouloir du juge constitutionnel. Il faut donc trouver une autre justification à l'apparition de ce principe : nous la voyons, pour notre part, dans la construction du discours juridique par hypertextualité qui nous intéresse ici. L'adjectif « nécessaire » apparaît en effet en [1], [2] et [4], à chaque fois dans un contexte différent : la première fois dans le syntagme « rigueur nécessaire » qui nous occupe depuis quelques pages, la deuxième comme part d'un considérant de principe très fréquemment utilisé par le Conseil (nécessité du maintien de l'ordre public pour le bon exercice des libertés), la dernière enfin comme l'un des critères du contrôle de proportionnalité. Cependant, la simple répétition du terme dans un espace si restreint provoque une forme d'assimilation entre ces différents usages. Finalement, on en arrive à un double-sens rappelant l'ambiguïté, déjà mentionnée, qui touche le contrôle de « proportionnalité » dans son ensemble : tout comme la proportionnalité au sens strict est un élément de la proportionnalité au sens large⁷³⁶, de même la nécessité comprise au sens strict comme un élément de ce contrôle de proportionnalité permet de remonter à un sens plus large de la nécessité comme proportionnalité (*lato sensu*, bien sûr). C'est ainsi, par capillarité, que s'effectue le passage de « nécessaire » à « proportionnel » : au passage, puisque la rigueur

⁷³⁶ Problème de vocabulaire qui se manifeste par exemple dans l'aire allemande par l'hésitation, pour désigner la proportionnalité comprise comme élément du contrôle de proportionnalité, entre « angemessen » et « verhältnismäßig im engeren Sinne ».

nécessaire a une base textuelle, c'est tout le contrôle de proportionnalité qui gagne un fondement plus solide. L'arrière-plan offert par l'utilisation de l'article 9 DDHC dans la jurisprudence du Conseil renforce encore le naturel avec lequel apparaît ce contrôle de proportionnalité rattaché à l'article 9 : nous avons déjà montré que l'association avec l'article 34 C avait permis de mettre en place un contrôle de l'incompétence négative du législateur. Or, de manière générale, ce contrôle de l'incompétence négative n'est pas sans parenté avec le contrôle de proportionnalité : tous deux portent en effet sur les garanties prévues (ou non) par le législateur⁷³⁷. La transition apparaît d'ailleurs sans ambiguïté à propos des gardes à vue en matière de fraude fiscale : si le Conseil utilise, dans l'énoncé des normes de références, les art. 9 DDHC et 34 C et mentionne à cette occasion le critère de la rigueur nécessaire, le contrôle qui est effectué ensuite porte uniquement sur la proportionnalité de la mesure, sans que soit plus utilisé le syntagme « rigueur nécessaire », ou quelque autre qui s'en rapprocherait⁷³⁸.

D'autres arguments invitent également à observer certaines incompatibilités entre le raisonnement juridique (du moins tel qu'il apparaît dans le discours) et le raisonnement logique et ainsi à préférer la *lectio difficilior* qui constitue la deuxième reconstruction. On a déjà signalé que de suivre le fil du discours pour rendre compte du cheminement intellectuel du juge impose de faire violence à la langue (on est contraint de ne pas prêter une attention trop stricte au « en effet »), mais s'accorde mieux avec les habitudes linguistiques des juridictions françaises, qui préfèrent offrir un discours continu, sans allées-et-venues intempestives. Surtout, on comprend mieux ainsi la présence du [3], qui invoque sans que l'on sache trop ce qu'elles viennent y faire la liberté d'aller et venir et la protection de la vie privée. Il est nécessaire, en effet, de l'envisager comme la partie du discours citant les normes constitutionnelles éventuellement enfreintes (ce que ne ferait pas [1], offrant seulement un critère de contrôle). La mention de ces libertés particulières ne s'explique pas particulièrement dans un raisonnement logique rigoureux (elle relèverait, au mieux, d'une forme de redondance), mais seulement dans le cadre d'un discours juridique (dans lequel le juge est tenu de citer les normes de référence utilisées). De la même façon, la double mention de l'article 66, d'abord en association avec l'article 9, ensuite seul, ne serait pas sans poser problème dans un discours normal (comment envisager que le même élément, la liberté individuelle, se trouve à deux niveaux différents, pris d'abord en un sens formel, puis en un sens matériel ?) ; il faut être juriste pour considérer comme tout à fait acceptable la distinction entre le recours à un principe découlant de

⁷³⁷ Voir par exemple dans GOESEL-LE BIHAN (Valérie), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Juspoliticum*, 2012, 7, p. 3.

⁷³⁸ Décision 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière* (note M. Touiller, Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 2 janvier 2014), cons. 68-70, puis cons. 77.

l'article 66 et de l'article 9 et offrant un critère de contrôle d'une part, la simple référence à la liberté individuelle comme l'un des biens protégés de l'autre. La conception des concepts juridiques comme des concepts non-référentiels, mais n'ayant de sens qu'en ce qu'ils servent d'articulation entre une situation et un régime, permet en effet de comprendre cet usage d'un même élément à deux niveaux différents du raisonnement. En définitive, il nous semble que cette deuxième manière d'interpréter le considérant en rend mieux compte ; d'ailleurs, l'élément linguistique le plus gênant dans cette hypothèse (le « en effet » qui lie [1] et [2]) est abandonné dans les décisions postérieures qui reprennent, pour le reste, cette formulation⁷³⁹.

L'analyse de ce considérant, d'une grande importance puisqu'il introduit explicitement un contrôle de proportionnalité à la méthode rigoureuse pour ce qui regarde les libertés individuelles, montre donc que le raisonnement du Conseil ne peut pas être considéré comme strictement logique. Ce qui lui permet de tenir, c'est, de manière plus certaine, le recours à l'hypotexte constitutionnel que lui offre l'article 9 DDHC. Le critère de la rigueur nécessaire lui permet en effet insensiblement de passer à la nécessité du contrôle de proportionnalité, sans avoir besoin de trouver à celui-ci d'autre source textuelle. Un pas est donc franchi en faisant de la « rigueur nécessaire » le fondement du contrôle de proportionnalité. En retour, d'ailleurs, l'interprétation de ce syntagme est modifiée : la nécessité qui a servi de point d'appui ne reste pas indemne, puisqu'elle est désormais utilisée comme l'est la nécessité importée du contrôle de proportionnalité. Comme on l'a vu, cette dernière est examinée au regard du but poursuivi par le législateur ; au contraire, la rigueur nécessaire de l'article 9 DDHC s'appréciait uniquement par rapport au besoin de s'assurer d'une personne suspecte. Dans la décision 2008-562 DC, lorsque le juge en vient au contrôle de la nécessité, il évalue celle-ci par rapport au but poursuivi⁷⁴⁰. On voit bien, dans ce cas particulièrement comme dans les autres cas où le Conseil se laissait guider par le législateur (on y reviendra), que le changement de point cardinal n'est pas innocent : il fait d'un contrôle absolu un contrôle tout à fait relatif (ayant peut-être comme tel, il est vrai, l'avantage d'être plus souple, et mieux adapté aux exigences d'une justice constitutionnelle en démocratie).

Le contentieux QPC a donné lieu à l'utilisation d'une formule légèrement différente. On a

⁷³⁹ Ainsi dans la décision 2010-71 QPC, qui fait l'objet d'un traitement plus détaillé *infra*. Le « en effet » ne serait alors qu'une scorie de la tentative faite par le Conseil constitutionnel de mieux distinguer entre liberté individuelle et liberté personnelle.

⁷⁴⁰ « la rétention de sûreté applicable aux personnes condamnées postérieurement à la publication de la loi déferée est nécessaire au but poursuivi » (cons. 21).

déjà signalé que le critère de la rigueur nécessaire avait connu une vigueur toute particulière dans les questions portant sur la procédure pénale ; à cette occasion, nous avons vu que le Conseil avait, plutôt que de reprendre le contrôle de proportionnalité évoqué ci-dessus, parfois simplement défini des critères absolus permettant de mettre en œuvre l'article 9. Dans la décision 2010-25 QPC⁷⁴¹, il recourt à un contrôle qui, pour ne pas reprendre le considérant de principe que nous venons d'évoquer, n'en demeure pas moins assez proche. Après avoir mentionné les normes de références (dont, notamment, l'article 9 DDHC) et rappelé la nécessaire conciliation entre ordre public et libertés, il affirme :

si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle en vertu de l'article 66 de la Constitution, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits et libertés constitutionnellement garantis soient *nécessaires* à la manifestation de la vérité [et] proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises⁷⁴²

La question de l'adéquation n'est pas posée, mais les deux autres éléments du contrôle de proportionnalité au sens large (la nécessité et la proportionnalité) sont évoqués ensemble, ce qui nous incite à ranger cette décision au rang de celles qui utilisent l'article 9 DDHC pour fonder un contrôle de proportionnalité. Or il nous semble que ce changement de sens imposé au syntagme n'est pas ici sans conséquence : le Conseil constitutionnel valide en effet la disposition qui lui est soumise en constatant que l'atteinte à la liberté individuelle que constitue le prélèvement des empreintes génétiques ainsi que leur centralisation dans un fichier national n'est pas disproportionnée, notamment eu égard au fait que toutes les incriminations qui autorisent ces prélèvements peuvent être punies de peines d'emprisonnement. Apparaît d'ailleurs à cette occasion le troisième terme du contrôle de proportionnalité, qui nous manquait jusqu'alors : « les rapprochements opérés avec des empreintes génétiques [...] sont aptes à contribuer à l'identification et à la recherche » des auteurs de ces infractions. La mesure envisagée est donc bien adéquate. Il semble cependant que cette adéquation suffise au Conseil, qui n'étudie pas de plus près les deux autres critères, et conclut simplement de manière générale qu'il n'est pas ici de rigueur qui ne soit nécessaire. Mais pas nécessaire, donc, au sens de ce contrôle de proportionnalité que nous avons présenté. Car, si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 9 – ou même simplement au considérant de principe en ce qu'il évoque la nécessité au sens strict – il semblerait pour le moins téméraire

⁷⁴¹ Décision 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Christophe C.* ; note J.-B. Perrier, *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, n°85, p. 117-123. Même formulation dans la décision 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012, *M. Kiril Z.*, cons. 6 (note C. Courtin, D., 2012, p. 1376-1380 – qui d'ailleurs n'évoque absolument pas l'utilisation de l'article 9, tant celui-ci est superflu pour la résolution de l'espèce).

⁷⁴² Cons. 11, nous soulignons.

d'affirmer qu'il n'existe pas de moyen plus doux (ce qui est précisément, on l'a vu, la définition de la nécessité) que le prélèvement d'empreintes génétiques pour rechercher les coupables de toutes les incriminations évoquées par la loi. En tout état de cause, la gravité de l'infraction dont témoignerait la peine d'enfermement prévue n'a rien à voir avec cette question⁷⁴³.

Dans ce cas, donc, on peut établir une claire autonomisation du critère de la rigueur nécessaire par rapport à sa source textuelle. L'autre QPC⁷⁴⁴ dans laquelle il est fait usage de ce considérant tend également, quoique d'une autre manière, à appuyer cette idée. Dans celle-ci, en effet, les requérants ne se réclamaient nullement de ce principe, mais fondaient leur QPC sur le principe d'égalité. Il est, là encore, significatif que le Conseil constitutionnel utilise l'occasion qui lui est offerte pour asseoir à nouveau cette interprétation de l'article 9 comme fondement à un contrôle plus large de proportionnalité, alors même que ce point n'était pas, en l'espèce, indispensable (la censure est fondée sur la différence injustifiée de traitement). Il montre ainsi combien lui importe l'élaboration d'un nouveau cadre de contrôle, qui n'a plus avec l'article 9 que de très lointains rapports.

On ajoutera enfin que la spécificité rédactionnelle de ces deux décisions semble particulièrement liée aux dispositions en cause : il s'agit dans les deux cas de procédures pénales ne concernant qu'un certain nombre d'infractions, censées plus graves. On trouve d'ailleurs l'origine de la formule dans la décision 2004-492 DC, à propos là encore de procédures particulières appliquées à la délinquance organisée : cette similitude dans l'objet expliquerait peut-être le maintien d'une expression un peu moins précise que celle apparue en 2008. On pourrait ainsi avancer que la jurisprudence du Conseil, particulièrement pour le contrôle plus proche des conditions concrètes d'application du droit qu'est le contrôle *a posteriori*, reste pour ainsi dire casuistique, dans la mesure où, selon l'espèce, différents considérants de principe peuvent être utilisés pour faire application d'un même principe – il ne semble pas en revanche que ces divergences aient de conséquences pour le fond du contrôle. Cela expliquerait ainsi que cette formulation n'apparaisse pas dans la décision 2012-257 QPC, qui se contente de l'exigence de conciliation entre ordre public et liberté individuelle.

⁷⁴³ Ce qu'affirme pourtant le commentaire aux Cahiers : « *A contrario*, on peut en déduire que l'enregistrement des empreintes génétiques est constitutionnellement prohibé dans l'hypothèse où l'infraction considérée ne serait pas de celles dont une empreinte génétique pourrait permettre de rapporter la preuve ». Mais, *a contrario* de même, l'éventail des infractions qu'on peut prouver à l'aide des empreintes génétiques est si vaste, que l'argument ne semble pas extrêmement concluant. Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, il reste que cette justification manque un peu son but : comme nous l'avons souligné, le fait que les empreintes génétiques permettent de prouver l'infraction n'établit pas pour autant qu'elles soient le seul moyen (ni le plus doux) pour le faire.

⁷⁴⁴ Décision 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012, *M. Kiril Z.*

Une constante demeure dans tous ces cas : le rattachement du principe de rigueur nécessaire à l'article 9 DDHC. On voit cependant comment le syntagme, à force d'être utilisé, acquiert une existence autonome dans le discours du juge constitutionnel, dont il devient l'un des éléments constitutifs. Le travail qui lui est infligé, un travail dont on devrait considérer, si l'on voulait rester fidèle à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'il le tord un peu, n'est possible que si on le détache de l'article 9, pour en faire une expression qui va de soi. À tel point que ce rattachement devenu plus ou moins artificiel, peut, on va le voir, finir par disparaître. Dans les cas qui suivent, il ne nous paraît plus possible de douter que l'on a affaire à un phénomène hypertextuel, à moins de considérer que le juge peut affirmer des principes constitutionnels selon son bon vouloir, en dehors de tout texte.

§ 2 Une autonomie quasi-complète

Alors que l'autonomie était partielle tant que demeurait la référence au texte, quitte à ce que soit pour le dépasser de manière manifeste, le développement de la jurisprudence finit, à force d'utiliser de manière automatique le critère de la rigueur nécessaire au moment de contrôler les atteintes à la liberté individuelle, par ne plus faire mention de l'article 9 DDHC (a). En l'état du droit, cependant, le principe reste trop fragile pour être entièrement livré à lui-même : si l'on relève bien des cas où il est convoqué en dehors de tout fondement textuel, ces cas relèvent précisément du cadre d'utilisation originel du principe (b).

a. La disparition de l'article 9 DDHC

Une décision semble particulièrement pouvoir faire office de charnière dans ce processus d'autonomisation. La protection de la liberté individuelle au moyen du principe de rigueur nécessaire déduite, nous avons vu avec quelle souplesse méthodologique, des articles 9 DDHC et 66 C est ainsi rattachée dans la décision 2010-31 QPC (déjà évoquée) au seul article 9. Ce cas demeure cependant unique, et l'article 9 disparaît durablement de tout un pan de la jurisprudence pour laisser la place au seul article 66. À partir de ce moment, le fondement textuel, tout à fait insuffisant, paraît bien dérisoire au regard de l'évidence avec laquelle s'impose le principe de rigueur nécessaire.

La décision 2010-71 QPC est la première à avoir fondé le principe de rigueur nécessaire

d'une atteinte à la liberté individuelle sur le seul article 66 C⁷⁴⁵. Comme on l'a déjà signalé, celui-ci détermine bien un cadre d'emploi (les atteintes à la liberté individuelle), mais nullement le contenu de la protection accordée à ces libertés. Le critère de la rigueur nécessaire ne peut en effet être trouvé que dans l'article 9 DDHC, et le principe « selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire » ne peut donc pas résulter uniquement de l'article 66 C, contrairement à ce qu'affirme la décision. Qu'il en résulte ou non est cependant de peu d'importance : bien plus que sur des textes, le principe est désormais fondé sur lui-même. Le fait que le Conseil se permette, sans semble-t-il que cela fasse pousser de hauts cris à la doctrine (qui ne s'occupe pas de l'origine de ce principe, mais seulement de son utilisation en l'espèce⁷⁴⁶), de négliger la moitié du fondement juridique originel prouve bien que le principe de rigueur nécessaire a gagné, au fur et à mesure de son utilisation, une force propre.

Cela est d'autant plus évident si l'on observe le contexte dans lequel il est utilisé : il s'agit ici des hospitalisations en hôpital psychiatrique, c'est-à-dire d'une situation tout à fait éloignée du cadre originel de l'article 9. Le critère de la rigueur nécessaire est donc doublement extrait du texte qui l'avait consacré pour devenir un moyen autonome d'application d'autres principes. Comme moyen d'application autonome, il n'a donc d'autre légitimité que celle conférée par cette origine lointaine – et par l'usage fréquent qui a été fait de l'expression dans le discours du Conseil constitutionnel depuis. C'est également par la répétition que ce critère s'impose ensuite : la longue liste des décisions QPC sur l'hospitalisation psychiatrique a systématiquement fait figurer le même considérant de principe parmi les normes de références du juge⁷⁴⁷. Cela, alors même que, dans aucune de ces décisions, cette nécessité de la rigueur employée dans les atteintes à la liberté individuelle n'est examinée en tant que telle : le contrôle, à chaque fois, porte sur un autre objet. Dans la décision 2010-71 QPC, la question principale porte ainsi, en réalité, sur la répartition des compétences entre les juges administratif et judiciaire ; cela explique certes le recours au seul article 66 C (recours qui relève de l'automatisme dans ce genre de contexte), mais conduit en revanche à s'interroger sur l'utilité de mentionner le considérant de principe sur la rigueur nécessaire, qui paraît d'autant plus superflu.

⁷⁴⁵ Décision 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, cons. 16 ; note A. Pena, RFDC, 2011, 84, p. 298-303 ; X. Bioy, AJDA, 2011/3, p. 174 sq. ; R. Noguellou, *Droit administratif*, 2011/1, p. 3-4 ; C. Castaing, PA, 2010/255, p. 5-10.

⁷⁴⁶ Soit, le plus souvent, le principe n'est même pas mentionné, soit on se contente de rappeler qu'il se fonde sur les articles 9 DDHC et 66 C – sans même relever l'absence du premier (ainsi C. Castaing, PA, 2010/255).

⁷⁴⁷ Décisions 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre*, cons. 7 (note X. Bioy, RFDC, 2011, 88, p. 844-851) ; 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, *Mme Oriette P.*, cons. 6 (note C. Lantero, *Droit administratif*, 2011/12, p. 37-40) ; 2011-202 QPC du 2 décembre 2011, *Mme Lucienne Q.*, cons. 10 ; 2012-235 QPC du 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*, cons. 8 (note C. Castaing, *Droit administratif*, 2012/6, p. 36-41) ; 2013-367 du 14 février 2014, *Consorts L.*, cons. 6.

En définitive, l'utilisation de ce syntagme relève plutôt d'une forme d'*obiter dictum* (mais d'un *obiter dictum* un peu étrange en ce qu'il ne répond pas à une autre question de droit identifiée comme telle, notamment à une interprétation concurrente par une autre juridiction) et d'un usage autotélique du langage : en martelant sans cesse le même considérant, le Conseil l'établit de plus en plus comme une évidence échappant à la discussion.

En dehors de cette série, une autre décision fait apparaître la rigueur nécessaire en la fondant sur le seul article 66 C⁷⁴⁸. Les requérants invitaient le Conseil à contrôler les dispositions permettant de prolonger la rétention d'un étranger en situation irrégulière au-delà de cinq jours au regard des articles 9 DDHC et 66 C. Cependant celui-ci fonde son contrôle sur le seul article 66 C, qu'il met en œuvre en revanche au moyen du même considérant de principe exigeant de renoncer à « toute rigueur qui ne soit nécessaire » dans la restriction de la liberté individuelle⁷⁴⁹. Le contraste entre la saisine et le fondement retenu confirme encore, s'il en était besoin, notre hypothèse d'une autonomisation progressive, et consciente, du syntagme.

La façon dont le contrôle est ensuite mené est tout aussi instructive : si la disposition prévoyant le maintien en détention au-delà de cinq jours est conforme à l'article 66 C, c'est notamment parce qu'elle assure « entre la protection de la liberté individuelle et les objectifs à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de protection de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée »⁷⁵⁰. Là encore, on voit bien que, tout comme nous l'observons dans la décision 2008-562 DC, le principe de rigueur nécessaire change de fonction pour devenir le fondement d'un contrôle général de proportionnalité. À titre de comparaison, on signalera que, auparavant, lorsque l'article 66 était convoqué dans le cadre du droit des étrangers, il l'était en général seulement pour rappeler la garantie que constitue l'intervention du juge judiciaire en cas de restriction apportée à cette liberté : il n'était donc pas question de contrôler au fond l'atteinte à la liberté, mais seulement le respect des procédures permettant de protéger celle-ci⁷⁵¹.

Certes, l'apparition d'un contrôle général de proportionnalité permis par cette utilisation autonome du principe énoncé à l'article 9 DDHC représente donc en apparence un approfondissement du contrôle exercé par le juge sur la loi. Cependant, il faut garder à l'esprit que

⁷⁴⁸ Décision 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* ; note V. Tehen, *Constitutions*, 2011/3, p. 581 sq.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, cons. 66.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, cons. 72.

⁷⁵¹ Ainsi dans la décision 92-307 DC du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 12-17 (note F. Julien-Laferrière, *AJDA*, 1992/10, p. 656 sq).

la portée du principe est par là-même limitée, puisqu'il ne s'agit pas seulement de vérifier la nécessité stricte, c'est-à-dire le fait de savoir si la mesure envisagée est la plus douce possible (dans l'absolu) par rapport au but visé, mais d'opérer une conciliation plus vaste avec d'autres principes constitutionnels. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, cela conduit en fait à pouvoir restreindre l'application de cette limite fondée sur la nécessité de la rigueur, dans la mesure où le critère de cette conciliation n'est plus déterminé par avance dans le texte constitutionnel, comme c'est le cas dans l'article 9 DDHC, mais est constitué par d'autres principes constitutionnels, énoncés par le juge. Au vrai, ce changement de fonction est nécessaire à partir du moment où la rigueur nécessaire est utilisée au-delà de son cadre d'utilisation originel : s'il n'est plus question d'une enquête, le motif prévu par le rédacteur de 1789 tombe. Si l'on peut à la rigueur faire rentrer le cas de l'étranger en situation irrégulière dans ce cadre originel, il est évident que les mesures d'hospitalisation contrainte que nous évoquions à l'instant n'en relèvent pas.

Les cas que nous venons d'étudier nous semblent marquer le point le plus avancé que connaît, en termes d'autonomisation, la rigueur nécessaire tirée de l'article 9 DDHC. Sans plus être rattachée à lui, en effet, elle devient un critère central dans différents contrôles de constitutionnalité. En apparence, il resterait encore un pas à faire, qui serait de détacher ces mots de tout texte. C'est parfois le cas, comme on va le voir, mais d'une manière plus timide en fait.

b. La disparition de toute attache dans les textes

Il est d'abord des cas dans lesquels il subsiste certes un texte de référence, mais qui n'énonce pas par lui-même de droit fondamental : il s'agit de l'article 34 C, utilisé seul dans trois cas⁷⁵². Selon le Conseil, en effet, l'exigence faite au législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale « s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions »⁷⁵³. Nous avons déjà signalé que ce considérant, qui permet de censurer en matière pénale un texte sur le fondement de l'incompétence négative, était devenu systématique dans les cas d'utilisation traditionnelle de l'article 9 DDHC. Ici encore une utilisation répétée du même texte permet d'employer le principe sans son texte de référence habituel. La chose est d'autant plus remarquable que dans, dans ces décisions, il s'agit de cas qui rentraient sans difficulté dans le champ d'application de l'article 9 DDHC. On ne voit pas d'autre raison donc à l'abandon, conscient ou non

⁷⁵² Décisions 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L.* (note J.-B. Perrier, AJP, 2011/10, p. 471-473) ; 2011-133 QPC du 24 juin 2011, *M. Kiril Z.* (note J.-B. Perrier, AJP, 2011/12, p. 602-603) ; 2011-223 QPC du 17 février 2012, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia* (note V. Nioré, GP, 2012/85-87, p. 14-17).

⁷⁵³ 2011-125 QPC, cons. 5 ; 2011-223 QPC, cons. 4.

d'ailleurs, de la référence à celui-ci que le phénomène de cristallisation qu'a connu le syntagme de « rigueur nécessaire » au fil du temps, et qui lui permet d'être convoqué de manière autonome.

Certes, il ne s'agit pas cette fois de fonder le contrôle de proportionnalité. Cependant, de la même manière, le syntagme tiré du texte constitutionnel est utilisé pour interpréter une autre disposition de la Constitution : il s'agit ici d'offrir un critère plus précis permettant de contrôler l'incompétence négative du législateur.

Une autre série de cas apporte une modulation intéressante à cette façon de faire. Il s'agit en effet de décisions dans lesquels l'article 34 C n'est pas livré à lui-même, mais rattaché à l'article 8 DDHC (dont on sait qu'il ne concerne que les délits et les peines) – alors même qu'il est toujours question de l'application du principe à la recherche des auteurs d'infractions. C'est ainsi que la décision 2006-540 DC⁷⁵⁴ évoque, dans le considérant déjà étudié à propos de l'incompétence négative, l'interdiction de toute rigueur qui ne soit nécessaire dans cette recherche des auteurs d'infractions – alors que seul l'article 8 DDHC est mentionné en même temps que l'article 34 C. Le silence fait sur l'article 9 DDHC paraît à vrai dire tout à fait raisonnable, si l'on songe qu'il ne s'agit pas dans le contrôle lui-même d'atteintes à la liberté individuelle fondées sur cette nécessité de rechercher les auteurs d'infractions (au point, d'ailleurs, que certains commentateurs de la décision ne rattachent l'exigence de rigueur nécessaire qu'à l'article 8 et à la définition de la peine, sans s'occuper de cette recherche⁷⁵⁵). Là encore, seule la volonté de faire de la rigueur nécessaire un critère autonome explique qu'on l'évoque ici, à la manière d'un *obiter dictum*. Cette combinaison se retrouve également dans les décisions 2010-604 DC et 2012-661 DC⁷⁵⁶. Dans les deux cas, il s'agit encore uniquement de dispositions punitives, dont la proportionnalité est mise en cause (la décision 2010-604 DC étant, de ce point de vue, la plus claire, puisqu'elle range ce considérant sous la rubrique « légalité des délits et des peines »). On en conclura donc à nouveau à une forme de *obiter dictum*, qui doit seulement établir, par la répétition, cette exigence comme une exigence autonome, détachée de l'article 9 DDHC où elle trouve sa source.

Enfin, un dernier cas paraît énoncer l'exigence de la rigueur nécessaire sans la rattacher à

⁷⁵⁴ Décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information*, cons. 10 (note M. Verpeaux, JCP-G, 2007/16, p. 34-37 ; C. Castet-Renard, D., 2006/31, p. 2157-2159 ; H. Alcaraz, C. Charpy, RFDC, 2007, 69, p. 85-120).

⁷⁵⁵ Ainsi de M. Verpeaux, dans la note précitée.

⁷⁵⁶ Décision 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 8 (note V. Nioré, GP, 2010/8-10, p. 8-10) ; décision 2012-661 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (III)*, cons. 7 (note A. Pando, PA, 2013/23, p. 4-6).

aucun texte, pas même indirectement par le biais de l'article 34 C. Plus précisément, on trouve successivement dans la décision 2003-467 DC⁷⁵⁷ le syntagme utilisé d'abord sans référence, puis appuyé sur l'article 9 DDHC, de la façon la plus traditionnelle donc. Au considérant 49, en effet, le Conseil reste muet sur le fondement textuel qui lui permet de contrôler la disposition en cause au regard de la rigueur nécessaire. Il est vrai que, peu avant, l'article 9 DDHC était cité dans le rappel de l'argumentation présentée par les requérants⁷⁵⁸, et qu'on pourrait donc y voir une simple économie de la part du juge. Outre cependant que cette économie ne serait pas coutumière, on peut expliquer ce silence par une certaine gêne du Conseil : les mesures en causes ne relevant pas le moins du monde de la recherche des auteurs d'infraction (il s'agit d'imposer un test à un suspect d'agression sexuelle, afin que sa victime puisse savoir s'il était porteur d'une maladie sexuellement transmissible), le juge aurait eu des scrupules (rares sinon, nous devons le reconnaître) qui l'auraient empêché d'employer ce fondement. *A contrario*, d'ailleurs, quelques considérants plus loin, le critère de la rigueur nécessaire est employé sur le fondement exprès de l'article 9, dans un cas où il s'agit bien de rechercher des auteurs d'infractions⁷⁵⁹.

Ce cas paraissant incertain, et plutôt relever d'un cas d'espèce (il se fait ancien, et ne semble pas avoir connu de postérité), nous n'en tiendrons pas compte au moment de conclure sur ces mentions de la rigueur nécessaire ne se fondant sur aucun texte (en tout cas aucun texte protégeant matériellement l'individu contre une atteinte faite à sa liberté). En règle générale, en revanche, on constate avec intérêt que ces mentions, ou bien n'avaient vraiment rien à voir avec l'article 9, mais rien à voir non plus avec le contrôle opéré et se ramenaient donc à un *obiter dictum* ; ou bien relevaient très exactement du cadre classique établi par l'article 9 DDHC. Ainsi, si le Conseil s'affranchit parfois d'une référence expresse, c'est à la condition de se trouver dans un contexte qui ne laisse pas de doute quant à l'applicabilité du principe. C'est ici, sans doute, qu'apparaissent les limites du processus d'autonomisation – à ce jour en tout cas : tant que le syntagme est utilisé de manière cavalière au regard du cadre d'application originel (que ce soit à raison de la matière en cause ou de l'utilisation faite, qui aboutit comme on l'a vu souvent à un pur contrôle de proportionnalité⁷⁶⁰), la référence à l'article 9 ou à l'article 66 demeure. En ce sens, le critère de la

⁷⁵⁷ Décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, note E. Aubin, RDP, 2003/2, p. 375-378 ; C. Lazerges, D. Rousseau, RDP, 2003/4, p. 1147-1162 ; B. Mathieu, M. Verpeaux, PA, 2003/187, p. 6-13.

⁷⁵⁸ CC 2003-467, cons. 47.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, cons. 52-57.

⁷⁶⁰ Remarquons d'ailleurs que c'était encore le cas, de manière encore assez frustrante par rapport aux développements ultérieurs, dans le cas d'espèce de la décision 2003-467 DC : le Conseil a en effet contrôlé la proportionnalité entre l'atteinte à la liberté et la protection de la santé dont bénéficie la victime d'après le Préambule de 1946. À se demander si le Conseil n'a pas cherché la première norme qui lui permettait de justifier cette procédure en offrant, du même coup, l'interdiction et la possibilité de conciliation.

rigueur nécessaire n'est pas devenu si évident qu'il puisse s'imposer sans texte.

Section 2 Le détournement des intérêts fondamentaux de la Nation.

Plus grossiers, et partant plus rares, sont les détournements purs et simples d'un syntagme constitutionnel ; des cas où celui-ci se trouve bien, en effet, dans le texte constitutionnel, mais est utilisé par le juge dans un contexte et dans un sens tout autres (la brutalité du procédé contrastant alors avec le jeu d'assimilation progressif que nous venons d'observer à propos du critère de rigueur nécessaire). On en trouve au moins un exemple, qui repose d'ailleurs à la fois sur des hypotextes infra- et intraconstitutionnels. Notre propos suppose encore une fois ici de considérer que la disposition constitutionnelle que nous allons évoquer a un sens ; pour être plus précis, que, du point de vue d'une situation de communication normale (sachant que, par définition, l'écrit ne peut pour ainsi dire jamais représenter une situation tout à fait normale, puisqu'il manque toujours – si nous acceptons d'exclure les mots que se passent écoliers en classe ou ministres en conseil – un cadre de référence exactement identique), il est un sens qui paraît plus pertinent que les autres. Ainsi, quand le préambule de la Charte de l'environnement affirme que « la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation », on pense avoir affaire à un moyen de concilier des normes éventuellement contraires, à une invitation faite au juge de ne pas systématiquement sacrifier la préservation de l'environnement à ce qu'il regarde habituellement comme les intérêts fondamentaux de la Nation, qui comme tels permettraient de fréquentes dérogations à d'autres principes.

Pourtant, le Conseil constitutionnel a utilisé ce sixième considérant du préambule dans un contexte qui semble d'abord étonnant. Dans la décision 2011-192 QPC, en effet, il avait à se prononcer sur l'accès que les magistrats peuvent avoir à des documents protégés par le secret de la défense nationale. On se souvient que la QPC avait été posée dans le cadre de la procédure judiciaire sur l'attentat de Karachi, loin donc de préoccupations environnementales. Pour justifier l'existence d'un secret défense opposable aux magistrats, le juge constitutionnel devait trouver une norme constitutionnelle ; sans quoi il lui était impossible de maintenir ce secret au vu de l'article 16 DDHHC qui garantit la séparation des pouvoirs, et surtout, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le droit au recours effectif et au procès équitable. Pour ce faire, il convoque les articles 5 et 20 de la Constitution (qui n'ont aussi qu'un rapport indirect avec la question puisque, comme on le sait bien, ils concernent les fonctions du président de la République et du premier ministre) et donc, de manière plus surprenante encore, le préambule de la Charte de

l'environnement, pour en déduire le considérant suivant :

le secret de la défense nationale participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, réaffirmés par la Charte de l'environnement, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire⁷⁶¹

Ce considérant invite à étudier deux champs de questions. D'une part, l'origine et le contenu de ces intérêts fondamentaux de la Nation qui font ici leur entrée dans la jurisprudence constitutionnelle⁷⁶² (§ 1) ; d'autre part, justement, leur statut constitutionnel (§ 2).

§ 1 Origine et contenu des « intérêts fondamentaux de la Nation »

Malgré les mots employés par le Conseil constitutionnel, qui supposent déjà affirmés les intérêts ici « réaffirmés », on ne trouve aucun trace d'une telle expression dans les textes constitutionnels – si ce n'est dans le préambule de la Charte de l'environnement, donc. En soi, certes, la difficulté n'est pas insurmontable : on sait bien que le juge peut se faire l'inventeur de principes existant de toute éternité dans le système juridique considéré, et par hasard pas encore énoncés par lui ; c'est ainsi que le juge administratif invoque les principes généraux du droit, le juge constitutionnel (à cette nuance près que les critères de reconnaissance en sont plus stricts, et que la catégorie trouve un fondement dans le préambule de 1946), les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Or, si l'expression est absente des textes constitutionnels, elle apparaît dans plusieurs normes législatives, et au premier chef dans le code pénal, qui consacre le IV^e chapitre de son premier livre aux « atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation ». À la majuscule près, donc, les termes utilisés par la Charte de l'environnement et repris par le Conseil constitutionnel dans la décision que nous étudions ici. La notion devient dans ce cadre un élément aggravant pour certains délits ou crimes, permettant notamment d'amoindrir la protection accordée, dans la procédure pénale, aux personnes suspectées d'avoir commis ces crimes ou délits. Il en allait ainsi, avant son abrogation par le Conseil constitutionnel, de la disposition qui excluait de l'obligation d'enregistrement des gardes à vue justement un certain nombre de crimes et délits, dont ceux portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation⁷⁶³ ; de même pour déterminer la compétence des juridictions militaires

⁷⁶¹ Décision 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B.* (notes F. Rome, D., 2011/40 ; F. Chaltiel, PA, 2012/4), cons. 20.

⁷⁶² L'expression a déjà été employée, mais seulement dans le renvoi fait par le Code pénal à ces intérêts, non pas comme des normes de référence propres (cf. décisions 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 29, 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, cons. 20, ou 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Christophe C.*, cons. 22 ; à nouveau, depuis, dans la décision 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012, *M. Kiril Z.*).

⁷⁶³ Anciens articles 64-1 et 116-1 du CPP (abrogés par le Conseil constitutionnel dans la décision 2012-228/229 QPC précitée).

en cas d'état de siège, ou des formations spéciales de jugement en temps de paix⁷⁶⁴. Ces mêmes crimes et délits sont également ceux qui servent de fondement, selon le Code civil, pour refuser ou, le cas échéant, retirer à leur auteur la nationalité française⁷⁶⁵. La notion d'intérêts fondamentaux de la Nation justifie encore la consultation des traitements automatisés de données personnelles pour certaines enquêtes administratives⁷⁶⁶, ou est utilisée comme critère contraignant l'administration à refuser une déduction fiscale à une entreprise⁷⁶⁷.

Ce sont ces utilisations qui ont permis de dégager une définition plus précise de ces intérêts. Le Code pénal énonce en effet qu'on peut comprendre dans cette catégorie tout ce qui relève de :

son [de la Nation] indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel⁷⁶⁸.

Faisons tout de suite remarquer, nous y reviendrons, que ce texte repose lui-même, au moins partiellement, sur un hypotexte constitutionnel : le regroupement de l'indépendance de la nation et de l'intégrité de son territoire rappelle l'article 5 C, de même que la « forme républicaine de ses institutions » ne peut manquer d'évoquer la « forme républicaine de son Gouvernement », évoquée à l'article 89 C. En ce sens, on peut voir dans cet article de loi une disposition destinée à mettre en œuvre la Constitution, en rassemblant et en protégeant plus particulièrement un ensemble d'éléments dispersés dans le texte de 1958, mais qui présentent une certaine cohérence matérielle.

La jurisprudence en cette matière demeure de son côté assez pauvre : le Conseil d'État a pu à plusieurs reprises utiliser des articles faisant mention de ces intérêts fondamentaux de la Nation, mais sans jamais devoir examiner ceux-ci par lui-même ; il en va de même pour la Cour de cassation, qui ne semble pas avoir dû contrôler le sens donné à cette expression (tout juste a-t-elle pu se borner à constater que le fait d'entrer sans autorisation dans un terrain militaire relevait, d'après le législateur, d'une telle atteinte⁷⁶⁹).

Dans l'affaire qui a donné lieu à la QPC, il était question des secrets de la défense nationale ; si ceux-ci ne sont pas d'abord mentionnés dans l'article 410-1 CP, ils le sont peu après, et toujours dans le même titre⁷⁷⁰ ; on doit en effet considérer que le maintien du secret sur certaines matières

⁷⁶⁴ Art. L2121-3 C.Déf. ; 698-6 CPP.

⁷⁶⁵ Articles 21-27 et 25 C.Civ.

⁷⁶⁶ Loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, art. 17-1.

⁷⁶⁷ Art. 217 *undecies* CGI.

⁷⁶⁸ Art. 410-1 CP.

⁷⁶⁹ Cass. crim. 31 mars 2004 — n° 01-87.493 (se fondant sur l'article 413-5 CP sans chercher, contrairement à ce que demandaient les requérants, si toute intrusion dans un terrain militaire, notamment celle de syndicalistes à l'occasion d'un mouvement social, a nécessairement le caractère d'une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation).

⁷⁷⁰ Art. 413-9 à 413-12 CP.

sert à protéger les biens énumérés en 410-1 CP : l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et les moyens de la défense en premier lieu.

Quant au contenu donné, en matière constitutionnelle, aux « intérêts fondamentaux de la Nation », il n'y a donc rien de surprenant : le Conseil constitutionnel, sans avoir besoin de s'en remettre à une jurisprudence établie (qu'il serait d'ailleurs bien en peine de trouver), en présence de textes à la fois clairs et cohérents, y range le secret de la défense nationale. Reste cependant à observer comment ces dispositions à valeur législative se trouvent invoquées pour contrebalancer, avec succès, le droit, de rang constitutionnel, à un procès équitable : on serait en effet tenté d'y voir un cas d'hypertextualité infraconstitutionnelle, n'était cette référence à un texte constitutionnel.

§ 2 Le statut constitutionnel des « intérêts fondamentaux de la Nation »

Le Conseil a en effet prétendu trouver, on l'a dit, un fondement constitutionnel à la protection des intérêts fondamentaux de l'État dans le préambule de la Charte de l'environnement. Nous soutenons pour notre part qu'il n'est pas possible de justifier par un raisonnement logique ce rattachement au texte constitutionnel, mais que le Conseil s'appuie sur la présence d'un simple syntagme dans le texte pour en déduire l'existence d'un principe tout à fait indépendant dans l'ordre juridique. C'est à nouveau un cas d'hypertextualité en ce que seule la matérialité du langage, et non sa fonction de communication, est utilisée.

On peut reconstruire ainsi l'argument développé dans la décision 2011-192 QPC : il existe des intérêts fondamentaux de la Nation, dont la protection a valeur constitutionnelle. Le secret de la défense nationale n'en fait pas directement partie, mais peut y être rattaché par le biais du maintien de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire. Donc, ce secret se rattache à un objectif de valeur constitutionnelle, et peut être invoqué pour faire obstacle à l'exigence du procès équitable fondée sur l'article 16 DDHC. Lequel est d'ailleurs utilisé doublement ici, puisqu'il sert aussi, dans son versant séparation des pouvoirs, à asseoir la protection de l'exécutif, en ce qui regarde au moins une part de sa mission (garantie de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire pour le président, conduite de la Nation pour le premier ministre). Ici apparaît cependant également une première petite fêlure dans le raisonnement. Ou bien, en effet, le Conseil voulait seulement démontrer que le secret défense faisait bien partie des intérêts fondamentaux de la Nation ; dans ce cas, la mention de l'article 5 C suffisait à faire cette articulation (encore que, comme on l'a vu, la rigueur du raisonnement eût pu aussi laisser de côté l'article 5, le code pénal étant plus explicite). Ou bien la question se posait en termes de séparation des pouvoirs (comme l'indique le

commentaire aux Cahiers) ; alors, il n'était nul besoin de mentionner les intérêts fondamentaux. Comme cela arrive parfois, il semble donc que deux argumentations se trouvent emmêlées, comme si les deux, chacune un peu boiteuse, devaient se soutenir l'une l'autre.

C'est qu'en effet, outre la question de la séparation des pouvoirs qui ne nous retiendra pas ici (mais à propos de laquelle on peut simplement signaler ce qu'a de compliqué le recours à ce concept qui justifie aussi bien l'interdiction faite au juge de se mêler de la politique du Gouvernement que la nécessité pour lui de pouvoir rendre justice, quitte à ce que ce soit en empiétant sur un domaine que l'exécutif se voudrait réserver⁷⁷¹), l'affirmation de la valeur constitutionnelle des intérêts fondamentaux de la Nation n'est pas sans poser problème. Elle est, on l'a vu, à la base du raisonnement déductif qui conduit à pouvoir opposer le secret-défense au droit au procès équitable. Nous avons déjà signalé qu'il n'est pas, hors le préambule à la Charte de l'environnement, de référence à ces intérêts dans le texte constitutionnel, mais seulement dans la loi⁷⁷². Il faut donc admettre, pour accepter la solution adoptée par le Conseil, que « [l]e considérant n° 6 du préambule de la Charte hausse [...] indirectement au rang constitutionnel certains objectifs et diverses manifestations de l'ordre public ou de l'intérêt général, ainsi que les intérêts supérieurs ou, en l'occurrence, "fondamentaux" de la Nation »⁷⁷³. De fait, on ne peut pas se résoudre à utiliser directement ce sixième alinéa, puisqu'il concerne uniquement la protection de l'environnement. Cette référence, poursuit L. Fonbaustier « peut laisser perplexe », puisque le secret-défense n'a que peu en commun avec la protection de l'environnement. Au-delà de l'illusion de principes « réaffirmés », il faut donc plutôt s'expliquer cela « par le fait que c'est finalement avec la Charte que les intérêts supérieurs de la Nation ont été formellement constitutionnalisés »⁷⁷⁴.

Dans ce cas, le préambule de la Charte de l'environnement serait utilisé dans une perspective dynamique, et non statique : seulement en ce qu'elle accorderait un certain rang dans la hiérarchie des normes aux intérêts fondamentaux de la Nation, sans se préoccuper du contenu

⁷⁷¹ Concept qui recouvre donc indistinctement séparation et indépendance des pouvoirs, ce qui mène aux confusions que nous évoquons, comme l'a montré Michel Troper il y a bien longtemps déjà (*La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1967, 251 p., notamment p. 51 pour la question du judiciaire et de l'exécutif).

⁷⁷² Pas dans une loi, cependant, qui aurait pu donner lieu à un PFRLR, puisque l'expression est entrée seulement en 1992 dans notre droit, à l'occasion de la réforme du Code pénal (voir à ce sujet WARUSFEL (Bertrand), « les notions de défense et de sécurité en droit français », *Droit et défense*, 1994/4, p. 11-20). On peut d'ailleurs se demander s'il n'aurait pas mieux valu faire du seul secret de la défense nationale, défini depuis le décret-loi du 29 juillet 1939 (art. 78) ; un PFRLR, ce qui aurait ensuite permis de mener à bien une conciliation entre celui-ci et le droit au procès équitable.

⁷⁷³ FONBAUSTIER (Laurent), « le côté obscur de la charte de l'environnement ? À propos d'une incise dans la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011 », *Environnement*, 2012, 2.

⁷⁷⁴ *Ibid.*

communicationnel de la disposition. Il est en effet hardi d'avancer que celle-ci aurait eu pour fonction de reconnaître valeur constitutionnelle à ces intérêts : elle n'est pour ainsi dire pas débattue, ni par les chambres, ni ensuite par le Congrès, et la seule mention qu'on trouve dans les travaux préparatoires, tirée d'un rapport de la commission des lois du Sénat, se contente d'expliquer que l'on a entendu, par ce considérant, rappeler que les autorités publiques devaient prendre en compte l'environnement dans leur action, c'est-à-dire simplement qu'elles devaient appliquer la notion d'intérêts fondamentaux telle qu'elle est définie dans le Code pénal⁷⁷⁵. Il n'est pas question de la place de ce concept dans la hiérarchie des normes, mais simplement des divers éléments qui doivent être pris en compte dans la définition des politiques publiques. La lettre ni la volonté du constituant ne justifient donc l'emploi fait par le Conseil constitutionnel de ce considérant.

Certes, Jacques Chirac, en ouvrant, à la Cour de cassation, un colloque sur la Charte de l'environnement, a pu affirmer que « les considérants de la Charte introduisent des notions inédites » dont la définition plus précise reviendrait à la jurisprudence – parmi elles les intérêts fondamentaux de la Nation⁷⁷⁶. Outre que la simple idée de notions *inédites* contredise le rappel que prétend voir le Conseil constitutionnel, et l'empêche ainsi de se prévaloir de l'autorité de l'ancien chef de l'État, rien, si la notion était effectivement inédite, n'imposerait d'y inclure l'indépendance de la Nation ou l'intégrité du territoire : il faudrait, au contraire, que la jurisprudence prouve qu'elles en relèvent.

Il nous paraît plus pertinent, en conséquence, de considérer l'utilisation faite par le Conseil de cette notion comme le résultat de deux raisonnements hypertextuels. Les intérêts fondamentaux de la Nation eux-mêmes, contrairement aux apparences, ne paraissent pas être conçus comme des éléments directement protégés par la Constitution : s'ils l'étaient, il serait superflu de recourir en même temps à l'article 5 de la Constitution. En le faisant, le juge reconnaît implicitement qu'il a besoin d'une autre source constitutionnelle. Mais on pourrait aller encore plus loin : l'indépendance de la Nation ni l'intégrité du territoire ne sont non plus protégées par la Constitution. Dans l'article 5, ce sont, si l'on veut, des éléments qui justifient certains pouvoirs particuliers accordés au président de la République⁷⁷⁷. À la manière, par exemple, du statut de « représentant » concédé au roi en 1791 pour rendre acceptable son droit de veto⁷⁷⁸, ces mentions sont bien plutôt rendues

⁷⁷⁵ « Il [le sixième considérant] s'adresse ainsi aux autorités publiques appelées à prendre en compte l'environnement dans la définition des politiques nationales. La rédaction retenue n'implique pas de hiérarchisation au sein de ces intérêts mais plutôt la recherche d'un équilibre qu'il appartiendra en particulier au législateur de fixer. » (Sénat, rapport n° 352 (2003-2004) de M. Patrice GÉLARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 16 juin 2004).

⁷⁷⁶ CHIRAC (Jacques), PA, 2005/134, p. 5-6.

⁷⁷⁷ Selon Guy Carcassonne, ces dispositions, dont on peut considérer qu'elles sont intrinsèquement sans portée, n'en obtiennent qu'à partir du moment où le Conseil constitutionnel les utilise comme des principes (*Constitution*, 2013, p. 55).

⁷⁷⁸ BRUNET (Pierre), *Vouloir pour la Nation*, p. 250-253.

nécessaires pour justifier l'innovation que constituent, en 1958, les pouvoirs propres, qu'elles ne forment des principes constitutionnels directement applicables (ce qui apparaît également dans d'autres articles de la Constitution, qui visent à protéger indirectement intégrité et indépendance : ainsi de la nécessité de consulter la population d'un territoire qui serait cédé par traité⁷⁷⁹). Là encore, quand le Conseil a considéré ces énoncés comme des principes, il a attribué la valeur de norme à ce qui ne paraissait pas devoir en avoir en soi, pas au sens matériel en tout cas⁷⁸⁰. Dans les deux cas, il y a donc un présupposé : l'énoncé d'un syntagme dans la Constitution suffit à donner la valeur constitutionnelle à un principe qu'on pourrait découvrir sous ce syntagme. Cela relève d'une appréhension matérielle du langage : la chose (sa présence) y compte plus qu'une éventuelle intention de communication.

Le Conseil constitutionnel, lorsqu'il avance que la Charte « réaffirme » les intérêts fondamentaux de la Nation, conçoit le langage comme l'outil d'une communication. C'est la Charte, et à travers elle le constituant, qui donnerait sa valeur constitutionnelle au concept dans le cadre d'un engendrement dynamique du droit. Le juge se contenterait de constater cette norme déjà existante et de l'appliquer. Cependant, se placer sur ce terrain ne permet pas, en fait, d'en arriver à cette conclusion : rien ne permet, dans le texte, de faire de la mention d'intérêts fondamentaux une norme de protection de ceux-ci. Le juge doit, au contraire, présupposer qu'il existe déjà (de tous temps et donc hors de toute énonciation par l'autorité) des intérêts fondamentaux de la Nation, ontologiquement déterminés et comme tels non dépendants de la simple réaffirmation du préambule de la Charte. Il se sert donc de la coïncidence entre la formulation de celui-ci et celle du Code pénal pour établir, sans souci de le fonder au regard de la hiérarchie des normes, l'objectif constitutionnel de protection des intérêts fondamentaux de la Nation (de la même façon que l'objectif de protection de l'ordre public ne pouvait être obtenu qu'en se fondant sur la notion déjà existante en droit administratif).

Dans les deux exemples que nous venons d'étudier, le texte constitutionnel permet donc

⁷⁷⁹ Article 53 C.

⁷⁸⁰ Ainsi de la protection de l'indépendance nationale, exigée dans la décision 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 57-61. À noter d'ailleurs qu'il n'est fait nulle part mention de l'article 5 de la Constitution dans la décision, et que l'on a donc bien affaire à un pur hypotexte.

d'énoncer des principes qui le dépassent tout à fait. Il ne s'agit pas là d'un raisonnement logique explicitement fondé sur les outils connus que seraient, par exemple, l'analogie ou le raisonnement *a contrario*, dont on sait qu'ils ne peuvent pas mener, faute d'une règle secondaire précisant leur emploi, à une réponse certaine. Ici, au contraire, le Conseil constitutionnel utilise comme normes constitutionnelles ou comme critères de contrôle des syntagmes qu'il recueille dans le texte constitutionnel, mais qu'il utilise d'une façon plus ou moins complètement autonome. En ne cherchant absolument pas à expliquer son geste, mais en l'accomplissant comme s'il allait de soi, le Conseil, nous semble-t-il, prouve que la décision de justice se justifie souvent mieux par une adaptation à l'auditoire fondée sur les croyances partagées par celui-ci (qu'il existe, quel que soit son champ exact d'application, un principe selon lequel seule la rigueur nécessaire doit être employée ; que, quelle que soit leur valeur exacte, il existe des intérêts fondamentaux de la Nation) que par un travail de démonstration logique.

Il n'est pas question ici de condamner ou de défendre cette pratique, mais de l'expliquer. Dans les cas que nous venons d'évoquer, le recours à des hypotextes constitutionnels permet de combler ce qui a dû paraître au juge une lacune dans l'ordre juridique : cela semble ainsi évident dans le cas de du recours à la rigueur nécessaire après la condamnation, et pourtant en-dehors de la peine elle-même, comme c'est le cas par exemple à propos de la rétention de sûreté. Bien entendu, combler une lacune présuppose qu'on invente celle-ci : si le juge n'avait pas étendu l'application du principe de rigueur nécessaire, il aurait simplement constaté que rien n'autorise à porter atteinte à la liberté individuelle hors de l'enquête et de la sanction. En le faisant, il a permis un nouveau type d'atteinte, tout en assortissant celle-ci de garanties semblables à celles qui s'appliquent déjà pour les autres restrictions apportées à la liberté individuelle.

Le recours à des hypotextes nous paraît au plus haut point humain : on apprend des mots avant d'apprendre des concepts, et l'on parle d'abord, spontanément, par imitation plus que par réflexion. De la même façon, le juriste a tendance à, spontanément, recourir aux termes qu'il connaît déjà. C'est ce qui explique particulièrement, selon nous, le recours (d'un pur point de vue normatif hautement problématique) aux hypotextes infraconstitutionnels que nous avons signalés plus tôt. Dans le cas des hypotextes intraconstitutionnels, la question n'est pas tout à fait la même : il ne s'agit pas en effet de déterminer le sens d'une expression par ce que l'on sait d'elle à partir des autres branches du droit. Ici, le problème semble se cantonner à la sphère constitutionnelle, et en même temps toucher un des problèmes fondamentaux des juridictions constitutionnelles. Dans les deux exemples développés, le recours à un hypotexte constitutionnel a permis, on vient de le voir, de

combler ce qui apparaissait comme une lacune. Si le juge a considéré qu'il y avait lacune, c'est sur un fondement axiologique (il faudrait pouvoir protéger tel ou tel principe, examiner telle ou telle loi avec les instruments adéquats). En réalité, le juge se trouve donc amené à opérer une conciliation entre le droit et la société, société dont il fait lui aussi partie. Ainsi, si l'idée d'un secret-défense est plus ou moins spontanément acceptée, c'est que ce secret doit pouvoir être protégé aussi au niveau constitutionnel. Quant à la rigueur nécessaire, on a vu qu'elle était utilisée notamment pour pouvoir examiner avec plus de finesse l'une des mesures emblématiques de la majorité politique en place. Plus profondément, d'ailleurs, l'utilisation de cette rigueur nécessaire comme fondement à un contrôle de proportionnalité dépassant le cadre pénal offre au Conseil constitutionnel un moyen de concilier les droits fondamentaux entre eux plutôt que de les considérer chacun de façon absolue. En cela, il semble mettre en œuvre une compréhension de ces droits fondamentaux plus propre à la France (ou à l'Allemagne, d'ailleurs) que la conception absolutiste qui prévaut aux États-Unis. Dans ce cadre, le principe de rigueur nécessaire fournit une base constitutionnelle à la conciliation des droits fondamentaux lorsque celle-ci n'est pas déjà prévue dans les textes.

Que l'hypotexte soit infra- ou intraconstitutionnel, l'enjeu théorique est le même : une conception du droit comme un ensemble d'ordres, c'est-à-dire d'énoncés relevant d'une situation de communication qui permette de passer d'un détenteur de l'autorité à un organe d'application, mènerait à considérer les décisions rendues comme des décisions fausses. Nos observations impliquent aussi de nuancer l'idée d'un engendrement dynamique des normes. Certes, un énoncé est bien reconnu comme une norme dans le système parce qu'il est énoncé par une autorité souveraine (ici, le Conseil constitutionnel), mais le mode d'engendrement lui-même ne repose pas tant sur le modèle de la pyramide que sur une appréhension très concrète du matériau juridique. Il semble plus (ou au moins tout aussi) important de pouvoir compter sur l'assentiment sociologique de son auditoire⁷⁸¹ que de lui présenter un raisonnement logique.

Dans le discours juridique, donc (qui, en ce sens, se rapprocherait bien plus de la littérature que ce qu'on pourrait croire au premier abord), la matière textuelle semble parfois valoir plus que le sens – nous ramenant ainsi d'ailleurs à l'origine magique du droit⁷⁸². Cela nous permet d'affirmer à

⁷⁸¹ Pour cette conception de l'auditoire, nous nous appuyons sur la nouvelle rhétorique de C. Perelman (*Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, 193 p., notamment p. 120 sq.).

⁷⁸² On peut comprendre en ce sens l'affirmation de Karl Olivecrona : « To serve as an instrument of social control legal language is, and must be, a regularized and repetitive language. The hollow words can function as sign-posts only if

nouveau, comme nous l'avions fait en nous fondant sur Sperber et Wilson, que langage et communication ne sont pas nécessairement joints, et que le langage du droit, en ce sens n'est pas communicationnel – en tout cas pas au sens d'un système (plus ou moins brutal) d'ordres. On pourrait au contraire, une fois admis que certaines institutions peuvent dire le droit, avancer que l'activité juridictionnelle elle-même relève bien plus de la conviction que de la logique, hors même des questions institutionnelles (ce qui ne veut pas dire qu'il s'agit simplement de convaincre un auditoire : le juge est sans doute le premier qui doit trouver à être convaincu par les énoncés du droit).

Un détour par un trope littéraire nous permettra peut-être de donner une image plus claire de cette idée. La syllepse est une figure qui consiste à employer « un mot à la fois au sens propre et au sens figuré »⁷⁸³, (ainsi dans *Andromaque* : « Je percerai ce cœur que je n'ai pu toucher »). Dans l'exemple racinien, la syllepse a pour fonction de provoquer un effet dramatique ; en ce sens, elle n'ouvre pas tant le texte qu'elle ne le concentre. Dans d'autres emplois, en revanche, elle sert au contraire à faire entendre, derrière le sens qui paraît le plus évident en fonction du contexte, un autre sens, et contribue ainsi à faire surgir dans le texte une forme de jeu qui en fait tout l'intérêt littéraire. C'est ce qui apparaît, chez Baudelaire, dans cet extrait du *Salon* de 1859 :

C'est l'impression glorieuse et mélancolique du soir descendant sur la cité sainte, un soir solennel, traversé de bandes pourprées, pompeux et ardent comme la religion romaine⁷⁸⁴.

Les bandes pourprées, en effet, marquent une articulation dans le mouvement général du texte qui va du concret (la description visuelle d'un coucher de soleil sur Rome) à l'abstrait (la religion catholique) : la couleur pourpre est à la fois celle du couchant et celle de la religion. Le sens le plus pertinent dans le contexte est celui de la simple couleur, mais le terme même, par son arrière-plan sémantique, permet d'annoncer le passage au spirituel.

La syllepse, on le comprend, est un outil privilégié pour faire entendre le bruissement de la langue dont parle Barthes, ce moment où « [l]e signifiant phonique, métrique, vocal, se déploierait

they are in some way « authoritatively » established as such and used in accordance with some rules » (*Law as fact*, London, Steven & Sons, 2e éd., 1971, 317 p., p. 253). Dans le contexte de la démonstration, il s'agit certes plutôt pour l'auteur de montrer que le paradigme de la référence est impuissant à rendre compte des termes juridiques (ou plutôt, de l'emploi juridique de certains mots) ; en mettant l'accent sur le caractère répétitif du langage juridique, il nous semble donner une autre piste, que lui-même ne développe pas dans ce passage : puisque c'est par la répétition que le mot gagne son effet, c'est bien son caractère matériel de morphème, non le caractère correct ou non de son emploi (généralement présupposé) qui importe le plus (sur la distinction entre « vrai » et « correct », *ibid.*, notamment p. 259-260). Ce mot qui vaut en lui-même paraît un héritage des systèmes de droit reposant sur la magie, le droit romain en premier lieu (*ibid.*, p. 240-241).

⁷⁸³ *TLFI*, ved. « Syllepse ».

⁷⁸⁴ BAUDELAIRE (Charles) *Salon de 1859*, in *Critique d'art*, suivi de *Critique musicale*, PICHOS (Claude) éd., Paris, Gallimard (« Folio Essais »), 2005, 757 p., p. 325.

dans toute sa somptuosité, sans que jamais un signe s'en détache [...], mais aussi – et c'est là le difficile – sans que le sens soit brutalement congédié, dogmatiquement forclos, bref châtré »⁷⁸⁵. Elle contraint en effet le lecteur à ne pas choisir, et à se tenir simultanément dans les deux plans que lui propose le mot sur lequel elle porte. Il en va particulièrement ainsi en droit : parce que le sens originel de l'expression transposée demeure « posé au loin comme un mirage »⁷⁸⁶, celle-ci garde sa légitimité et en couvre le nouveau texte dans lequel elle s'inscrit.

Un dernier exemple littéraire fera encore apparaître, avant de lasser notre lecteur, la façon dont la syllepse peut fonctionner en droit : c'est, dans le *Lotte in Weimar* de Thomas Mann, une forme de mise en lumière de ce trope (tout comme le roman en son entier est une forme de mise en abyme de la littérature). Lors de sa conversation avec le Dr. Riemer, Charlotte est amenée à réagir sur le peu de piété filiale dont fait preuve Goethe et à le condamner, sur un ton moqueur et faussement colérique. Son interlocuteur finit cependant par comprendre, au moment où elle clôt son discours sur le mot « tourments » (*Quälen*) que l'expression du visage et les larmes ne sont pas tant d'une colère jouée que des tourments que subit Charlotte elle-même, souffrant d'avoir été tout autant négligée par le poète. Il peut alors découvrir que tout le discours précédent était une sorte de morceau de bravoure qui devait lui permettre, à elle, d'exprimer sa propre douleur sans être découverte ; « le tout afin que l'on n'eût pas le droit, ni même l'idée, de relier cette expression à ce mot, mais qu'on continuât plutôt à l'entendre dans le sens du premier discours, par lequel elle s'était assuré à temps le droit à cette expression, veillant ainsi à en fausser la compréhension »⁷⁸⁷. Tout l'enjeu est donc pour la femme abandonnée de laisser libre cours à sa douleur sans pour autant manquer à ses devoirs sociaux. Ce que l'on voit ici, c'est à la fois la catharsis que permet la parole et la duplicité qu'offre la communication, en donnant la possibilité de réaliser cette catharsis sans risque. C'est la même pratique, seulement inversée, que nous pouvons observer dans l'utilisation de la transposition par les juges : ils se servent uniquement de la force magique que gagne le mot, sans qu'on puisse définir le sens de celui-ci dans une situation de communication précise.

On remarque à l'inverse que le juge allemand, dont la position est mieux établie et le dialogue, tant avec les juges qu'avec la doctrine, explicite (aussi bien parce que le style de rédaction de ses décisions le lui permettent qu'en raison de la plus grande proportion d'universitaires que compte le Bundesverfassungsgericht), s'en tient plutôt à l'imitation, c'est-à-dire au mode

⁷⁸⁵ BARTHES (Roland), « Le bruissement de la langue », in *Le Bruissement de la langue*, Paris, Seuil (« Points »), p. 99-102, p. 101.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ « ...damit man nicht das Recht hätte, noch auch nur darauf verfälle, ihn auf dieses zu beziehen, vielmehr ihn immer noch im Sinn des früher Geredeten verstände, durch welches sie sich bei Zeiten das Recht auf diesen Ausdruck gesichert und für seine Mißverständlichkeit gesorgt hatte. » (MANN (Thomas), *Lotte in Weimar*, Frankfurt (M.), Fischer Bücherei, 1967, 299 p., p. 70-71) ; nous traduisons.

d'hypertextualité fondé sur une approche réflexive et argumentée.

Le Conseil, pour sa part, serait particulièrement sensible aux nécessités d'une justification plus spontanée car sa position est assez particulière dans l'ordre juridique. Surtout, il n'a pas seulement à répondre aux accusations de gouvernement des juges, mais aussi aux autres juges, justement, qui le soupçonnent de vouloir, sur le fondement de la matière qu'il traite, se comporter comme une cour suprême. On verra dans la seconde partie comment cela l'amène à mettre en œuvre des stratégies lui permettant de créer une articulation là où il n'existe pas de relations déterminées et ordonnées par l'ordre juridique. La pratique hypertextuelle de transposition participe elle aussi de cette stratégie : elle permet en effet d'articuler les différents ordres juridiques entre eux d'une part, entre le droit et la société qu'il régit de l'autre. Ayant déjà évoqué ce dernier point dans cette conclusion, nous développerons seulement le premier. Par le biais, surtout, des hypotextes infraconstitutionnels (qu'ils soient législatifs ou jurisprudentiels), le Conseil constitutionnel peut faire coexister la Constitution avec le reste du système législatif – ce qui n'est pas aussi évident que pourrait le laisser croire une observation purement achronique du système juridique. En effet, avant 1958, et surtout avant 1971, la constitution formait un ensemble institutionnellement séparé du reste de l'ordre juridique dans la mesure où elle ne pouvait pas (ou seulement si peu) contrôler le fond de la loi. Il existait donc une forme de faille dans l'ordre juridique, qui s'est perpétuée de fait jusqu'à la mise en œuvre de la QPC, et qui doit être résorbée progressivement depuis. La Constitution (et surtout le bloc de constitutionnalité) s'est surimposée sur un ordre déjà existant et déjà reconnu, qu'elle a dû, d'une certaine manière, respecter. Il est tout à fait remarquable, à cet égard, que l'ouverture du contrôle *a posteriori* n'ait pas conduit à la suppression de certaines institutions dont on aurait pu penser qu'elles ne respectaient pas les principes constitutionnels (ainsi, notamment, des tribunaux de commerce⁷⁸⁸). Le juge s'est plutôt employé à organiser une conciliation entre la Constitution et le reste de l'ordre juridique, ce qui l'a amené, notamment, à utiliser la loi pour interpréter la Constitution. Gage, si l'on veut, de bonne volonté.

Il faut d'ailleurs signaler que la QPC apparaît dans le contexte qui voit le juge constitutionnel français s'affirmer de plus en plus comme une juridiction parmi d'autres (et non comme une partie du pouvoir législatif). Or, le recours à des hypotextes semble s'être

⁷⁸⁸ Décision 2012-241 QPC du 4 mai 2012, *EURL David Ramirez* ; certains commentateurs peuvent ainsi affirmer que la solution ne pouvait être autre, quelque pertinentes que soient les questions posées : « Déclarer les dispositions inconstitutionnelles aurait obligé à remettre en cause une juridiction qui existe depuis le XVI^e siècle et a même survécu à la Révolution. Cela aurait eu, en outre, des conséquences très importantes sur un plan budgétaire : il aurait fallu remplacer les juges consulaires, bénévoles et ayant l'expérience de la pratique commerciale, par des magistrats à former et à rémunérer. Entreprendre une réforme d'une telle ampleur n'est pas de la compétence des Sages, mais du Parlement. Le Conseil constitutionnel ne pouvait donc que "botter en touche" » (note C. Bléry, I. Raschel, JCP G, 2012/20, p. 986-988).

particulièrement accru (c'est en tout cas ce qui ressort de nos observations) à partir de la fin des années 90 et au début des années 2000, avant d'être pour ainsi dire systématisé dans le contentieux QPC. Dans cette dernière évolution ne joue pas seulement, à notre sens, le fait que le Conseil, confronté à des champs du droit beaucoup plus diversifiés, doit recourir à un éventail plus large de normes. Il faut aussi y voir la conséquence d'un mouvement plus général vers la juridictionnalisation de l'institution, mouvement qui passe par une plus grande attention portée à la cohérence du système juridique ainsi qu'à son articulation interne. Selon Anne Levade, on peut observer dès à partir de 2008 comme le Conseil anticipe sur la mise en œuvre de la QPC⁷⁸⁹ : cela aussi doit être compris dans ce contexte, et permet en même temps de rendre compte de cette évolution des pratiques hypertextuelles qui apparaît légèrement avant celle-là.

En définitive, donc, le Conseil n'est pas inventif. Il ressemblerait plutôt à la définition de l'écrivain que donne Gracq après Rimbaud : quelqu'un qui a un « pauvre songe », « une rêverie pauvre, ressassante, à caractère plutôt obsessionnel ». Le juge, comme l'écrivain, part donc d'un matériau restreint, et le recompose seulement sans cesse, tournant autour des mêmes thèmes. Ce qui distingue l'écrivain, pour Gracq, c'est que sa mémoire, pas plus riche que celle de quiconque, est orientée : « ce qu'elle retient d'instinct, c'est justement tout ce qui pourra refléter de plus ou moins loin, tout ce qui pourra prendre feu à la chaleur de ces quelques images privilégiées ; [...] la mémoire en effet, a retenu surtout [...] tout ce qui était en somme matériaux bons conducteurs »⁷⁹⁰. De la même façon, on pourrait avancer que le juge retient et utilise les concepts qui existent déjà, et dont il sait, ou au moins espère, qu'ils recueilleront spontanément l'assentiment de son auditoire ; tout ce qui, en somme, sera naturellement considéré comme du droit.

⁷⁸⁹ LEVADE (Anne), « Les « petits cailloux » du Conseil constitutionnel », AIJC, 2009, p. 11-27.

⁷⁹⁰ GRACQ (Julien), « Les yeux bien ouverts », in *Préférences*, Paris, José Corti, 1989, 276 p., p. 51-69, p. 67-68.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Les techniques d'interprétation ne forment pas un ensemble clairement défini, et ne peuvent pas prétendre donner le prétendu « vrai sens » d'un texte – à moins de pouvoir être hiérarchisées selon des principes supérieurs qui forment en fait la décision véritable et rendent en réalité le processus visible d'interprétation pour ainsi dire superflu. Ces techniques sont d'autant plus illusoires en droit que le texte, même apparemment clair, peut toujours être dépassé par son articulation dans un discours plus vaste (la constitution, par exemple, ou les principes du système juridique).

C'est pourquoi il nous a paru plus pertinent, comme on vient de le voir, d'étudier les deux grands paradigmes dans lesquels peuvent s'inscrire les juges lorsqu'ils décident. Celui qui vient le plus spontanément à l'esprit est le paradigme rationnel, celui que nous avons exposé à l'aide de l'imitation telle que dégagée par Genette. Il a en effet pour lui d'obéir aux normes constitutives de la pensée juridique telle qu'elle est majoritairement reçue des travaux de Kelsen : engendrement logique et dynamique des normes, respect de la hiérarchie entre elles, au premier plan. Il rend encore hommage à l'idée du droit comme un système cohérent, exigence qu'on peut sans doute faire

remonter aux Lumières et considérer comme indissociable de la compréhension contemporaine de la démocratie. Il a, enfin, ce dernier avantage de coïncider ainsi avec la conception du pouvoir apparue depuis Hobbes et qui forme encore le socle dominant d'appréhension de nos systèmes de pouvoir, d'une manière plus ou moins simplifiée : la seule puissance normative résidant dans le souverain (que celui-ci soit le peuple qui la délègue ou cette personne fictive instaurée pour être le réceptacle de la souveraineté établie en même temps qu'elle), les décisions de justice ne sont acceptables que dans la mesure où elles peuvent montrer qu'elles préservent une sorte de chaîne de la normativité, depuis l'édiction de la norme jusqu'à son application. Dans cette perspective, l'interprétation par imitation prétend se fonder sur l'auteur, le souverain, pour dégager le sens des textes. Le juge peut, à partir de ce souverain, bâtir, rénover ou modifier l'ensemble du système juridique en respectant l'économie interne.

Nous avons cependant vu qu'un certain nombre d'interprétations de textes ou de situations données par le Conseil constitutionnel ne tiennent pas au regard de ces exigences propres à la technique juridique. En revanche, elles s'expliquent du point de vue du droit considéré comme un champ sociologique parmi d'autres, constitué de discours permettant aux acteurs d'affirmer leur appartenance au champ et de s'y situer. Autant l'imitation est rationaliste et sémantique, autant la transposition est spontanée et morphologique. Si elle utilise, comme l'imitation, le langage, ce n'est pas comme un instrument de communication d'une pensée préexistante, mais comme la matière même de toute pensée.

En réalité, c'est toute une théorie du droit qui est engagée dans cette opposition : la question est bien de savoir s'il existe dans le monde le droit pur, structure reposant sur des principes stables et pour ainsi dire indépendants de l'homme et des vicissitudes de son existence, ou si on a en réalité affaire à une part de l'activité humaine parmi d'autres (concernant la structure de domination ou d'articulation des pouvoirs), et qui comme telle peut être appréhendée, comme n'importe quelle autre activité humaine, au moyen des outils sociologiques. Dans ce dernier cas, qui expliquerait l'utilisation par le juge de techniques de transposition, on est amené à appréhender cet objet dans une perspective plus souple : il ne s'agit pas tant d'atteindre par le droit une vérité, ni même une vraie validité, mais de participer au fonctionnement d'un système politique. Du point de vue du champ juridique, cela revient à considérer, comme le fait Perelman, l'interprétation d'abord comme un processus de conviction visant à emporter l'adhésion d'un auditoire. D'un point de vue un peu plus large, cela conduit également à observer les juges, non pas seulement comme des bouches de la loi, mais aussi comme des acteurs parmi d'autres dans le jeu des pouvoirs qui constitue une société. À étudier, donc, leur activité du point de vue des relations avec ces autres acteurs.

C'est d'ailleurs spontanément la perspective que l'on adopte quand on veut rendre compte de l'utilisation par les juges constitutionnels français et allemand des deux grandes voies que nous avons montrées. Le Bundesverfassungsgericht penche sans hésitation pour l'imitation : il en fait de manière tout à fait assumée le fondement de ses raisonnements ; au contraire, nous ne l'avons pas vu (cela peut certes tenir à nos propres lacunes) utiliser la transposition. Le Conseil constitutionnel, de son côté, n'a recours à l'imitation que de manière plus restreinte, et pour des objets où il se sait moins vulnérable (la conception gaullienne de l'équilibre des pouvoirs, par exemple) ; en revanche, d'importants pans de sa jurisprudence reposent sur des mécanismes de transposition. Il nous semble aisé de relier cette constatation aux différences qu'on peut observer dans la position institutionnelle de ces deux cours. Alors que le juge allemand, plus fermement établi et reconnu sans difficulté comme un tribunal parmi les autres (la question étant surtout de savoir s'il est un tribunal au-dessus des autres), peut asseoir sa position de gardien de la constitution en montrant qu'il en pénètre le sens caché, et par la même occasion, en se plaçant au plan de la raison, faire justice à l'exigence de motivation des décisions de justice, le juge français, dont la position entre droit et politique est moins assurée, se soucie d'abord de faire un portrait de lui-même comme juge en utilisant la transposition. La tradition particulièrement laconique des décisions de justice française l'invite d'ailleurs à ne pas s'engager dans des débats qui seraient infinis et risqueraient seulement de l'affaiblir.

Reste désormais à élargir cette perspective : après avoir considéré les techniques d'interprétation du point de vue de la justification qu'elles permettent au juge (un point de vue qui restait somme toute focalisé sur le seul juge, sans tenir encore compte de ses rapports avec les autres acteurs), nous allons nous intéresser dans la deuxième partie de ce devoir à la place que tiennent les techniques d'interprétation dans le travail qu'accomplissent les juridictions constitutionnelles pour se placer dans le champ institutionnel.

DEUXIÈME PARTIE – INTERPRÉTATION ET INTÉGRATION

Au commencement de ce travail, nous avons pu constater la vigueur avec laquelle s'impose le discours de la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel en France. Il est le fait aussi bien de l'institution elle-même que de la majorité de la doctrine, qui traite de plus en plus ce fait comme une évidence aussi bien qu'une nécessité. En garantissant le caractère juridictionnel de cet organe, on trouverait en effet, comme le prouverait l'exemple allemand, le moyen de dépasser les apories auxquelles se heurte la notion même de contrôle constitutionnel du législateur. Ce faisant, on surmonterait de plus la tension fondamentale qui rend le concept démocratique contemporain si difficile à appréhender : la démocratie comme pouvoir du peuple ou comme forme de gouvernement garantissant les droits et libertés fondamentaux.

On peut résumer, à nouveau, les présupposés qui fondent ce discours. Le plus profond demeure l'idée selon laquelle la démocratie, pour n'être pas vouée à l'échec, doit être une démocratie capable de protéger un certain nombre de valeurs formant sa propre base, valeurs que l'on retrouverait nécessairement dans la constitution. Sur ce fondement peut émerger une distinction entre le droit et le politique : contrairement à ce que laissent croire les apparences (les fonctions du législateur et du juge sont semblables en ce que tous deux édictent des normes), il existerait une différence de nature entre les deux activités. La décision arbitraire, l'expression illimitée d'une puissance, ne relèverait que du politique, quand le juridique serait de soi-même enfermée dans ses propres limites – comme le fait remarquer Lembcke, le concept de puissance (*Macht*) est utilisé dans le discours doctrinal précisément pour critiquer le comportement du juge : l'usage de puissance signale qu'il est passé du juridique au politique⁷⁹¹. C'est donc lorsqu'il outrepassé ses fonctions qu'il devient une puissance en quelque sorte non nulle, pour renverser la formule de Montesquieu. Cela est d'autant plus aisé lorsqu'il s'agit du juge constitutionnel, qui a affaire à l'exercice le plus direct et le plus visible du pouvoir, et qui ne connaît pour ainsi dire aucune instance supérieure pouvant le contrôler. Puisque ce contrôle est censé inhérent au droit, lorsque la décision n'est, pour le commentateur critique, pas justifiable en droit, c'est que le juge a eu recours à la puissance.

Il serait possible, ainsi, de distinguer les cas où le juge protège les décisions démocratiques fondamentales – au besoin contre les organes établis par la démocratie elle-même – de ceux où il passe du droit à la politique et empiète sur les compétences réservées à ces organes prévus pour représenter le souverain. Sur ce présupposé repose notamment le modèle développé en 1952 par

⁷⁹¹ LEMBCKE (Oliver W.), *Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 509 p., p. 27-46.

Leibholz pour justifier le statut particulier revendiqué par le Bundesverfassungsgericht : le politique, élément dynamique et irrationnel, s'y oppose au juridique, élément statique et rationnel⁷⁹².

On discerne cependant rapidement dans ce schéma un postulat nécessaire qui fragilise l'édifice : que les parlements seraient peuplés d'être humains, faillibles et irrationnels, quand seuls des Hercules dworkiniens siègeraient sur les trônes des tribunaux. Alors que le suffrage universel ne suffirait pas à transfigurer l'homme politique pour en faire l'être de pure raison capable de délibérer sous le voile d'ignorance, le juge enfilerait avec sa robe une fonction faisant disparaître l'individu – ou tout du moins, qui ne le laisserait plus s'exprimer en dehors des limites de cette fonction⁷⁹³. L'opposition entre droit et politique, en ce sens, est extrêmement injuste : on y confronte l'être à l'étant (ou, pour parler en termes plus kelséniens, le devoir-être à l'être). Rien d'étonnant, dès lors, à ce qu'elle tourne en faveur du juge. C'est d'ailleurs l'un des points principaux mis en avant par C. Sunstein et A. Vermeule pour montrer les insuffisances de la perspective institutionnelle dans les études juridiques⁷⁹⁴.

On pourrait même lire dans ce genre de présentation une dévaluation *a priori*, plus ou moins assumée, du politique, puisque celui-ci se trouve finalement réduit au risque de tyrannie de la majorité, alors même qu'existerait, au niveau de la constitution, une vérité plus haute. Dans le cas français, un tel schéma invite naturellement à faire le rapprochement avec le discours gaullien qui distingue entre la politique des partis et le destin du pays saisi et incarné par le président de la République : de la même manière, un prétendu idéal, dont on saisit d'ailleurs mal le contenu précis, est opposé aux tracasseries d'arrangements partisans soucieux au mieux d'une somme d'intérêts individuels. Ici apparaît une deuxième fonction, elle aussi critiquable, de la distinction entre droit et politique. Elle suppose en effet que le droit, et la justice constitutionnelle en particulier, représentent une forme d'élément stable et intemporel, soustrait comme tel aux luttes qui sont menées dans la société. Ils désarment donc d'avance toute opposition en se prétendant par nature impartiaux, trop proches des fondements-mêmes de la société pour avoir part aux disputes qui naissent ensuite sur ce terreau. Ce faisant, toute idée, sinon de luttes des classes, du moins d'inscription du juge dans un milieu social donné constituant sa perception du monde, est également niée dès l'abord (ou plutôt, n'est pas même prise en considération). Là encore, c'est l'idée d'une distinction de nature entre la

⁷⁹² LEIBHOLZ (Gerhard), « Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts in der sogenannten „Statusfrage“ », *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts neue Folge*, 6, 1957, p. 120-137. Voir aussi une présentation très complète dans LEMBCKE, *Hüter der Verfassung*, p. 88-166.

⁷⁹³ Voir à cet égard le discours, très instructif, de D. Schnapper (*Une sociologue au Conseil constitutionnel*, not. p. 157-172) : démontrer que l'individu se fonde nécessairement dans le conseiller constitutionnel paraît être l'un des enjeux principaux de l'ouvrage.

⁷⁹⁴ SUNSTEIN (Cass), VERMEULE (Adrien), « Interpretation and Institutions », *Michigan Law Review*, 101, 2003, p. 885-951.

politique (avec elle les opinions personnelles reposant sur des postulats indémontrables) et le droit qui rend cela possible. Cette constatation amène également, mais par une autre voie, O. Massing à utiliser une perspective institutionnelle : le tribunal constitutionnel, selon lui, ne doit pas être séparé du continuum social, mais au contraire inclus dedans. En effet, la soi-disant différence de nature entre politique et droit est seulement un moyen de désamorcer par avance les conflits possibles entre deux acteurs intervenant dans un même domaine (la législation) avec d'égales prétentions à la souveraineté⁷⁹⁵.

Ce dernier point nous amène au changement de perspective, plus fondamental qu'il n'y paraît, proposé par des auteurs comme J. Meunier ou A. Stone Sweet (ou par ceux qui théorisent un *institutional turn*⁷⁹⁶). Avant de traiter cette question plus en détail, nous signalerons une dernière faiblesse de l'opposition entre droit et politique. Comme le fait remarquer S. Rials, elle est plus une construction idéologique historiquement datée qu'une vérité ontologique suffisamment stable pour bâtir dessus tout un système (tel aujourd'hui celui de la juridiction constitutionnelle). La situation à Paris, voire le simple nom, du « Palais » (monarchique aussi bien que de justice) le rappellent en effet : historiquement, la fonction législative du roi s'est largement développée à partir de sa fonction judiciaire, au point qu'on pourrait renverser la perception devenue trop évidente et avancer « que le législateur est plus une forme de juge *in abstracto* que le juge une sorte de législateur *in concreto* »⁷⁹⁷.

Plutôt que de considérer le juge comme un arbitre entre divers participants au jeu politique, il est nécessaire de voir en lui un joueur parmi d'autres. Rien en effet, à part le postulat qui engendre notamment la distinction entre droit et politique, ne permet de le différencier. Afin de pouvoir comprendre son comportement, il paraît pertinent de prendre suffisamment de recul pour ne pas être pris dans le discours qui justifie *a priori* sa position (or la grande majorité des critiques qu'on peut lire aujourd'hui partent justement de ce postulat et veulent surtout s'assurer que la juridiction constitutionnelle ne puisse pas être autre chose qu'une juridiction ; dans les mots de Leibholz, qu'il ne participe pas à la lutte pour constituer le droit, mais qu'il la règle d'après le droit). C'est ce que propose notamment J. Meunier en distinguant entre la constitution comme règle déterminant le comportement des organes (sens qui donne lieu à la description du juge constitutionnel comme un arbitre) et, ce qui présuppose de faire un pas de plus en arrière, la constitution comme système.

⁷⁹⁵ MASSING (Otwin), *Politik als Recht – Recht als Politik. Studien zu einer Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, 276 p., p. 42-44, 81-129.

⁷⁹⁶ SUNSTEIN (Cass), VERMEULE (Adrien), « Interpretation and Institutions ».

⁷⁹⁷ RIALS (Stéphane), « Ouverture : l'office du juge », *Droits*, Paris, PUF, 9, 1989, p. 3-20, p. 5.

Dans cette dernière perspective, elle ne fait que constituer le jeu et les joueurs, mais sans qu'on puisse concevoir un arbitre, qui devrait nécessairement être extérieur à ce système (on pourrait attribuer cette fonction au seul souverain). Ainsi considéré, le juge est un joueur parmi les autres, qui comme chacun d'entre eux dispose de pouvoirs particuliers (ou plutôt de ceux qu'il peut prétendre tirer des règles constitutives et faire accepter aux autres)⁷⁹⁸. En conséquence, il faut étudier les rapports qu'il entretient avec d'autres acteurs qui, sur ce plan, sont en fait ses égaux : ainsi, avec la justice constitutionnelle, ce n'est pas seulement, selon l'expression traditionnelle, le politique qui est saisi par le droit, mais tout autant, dans la mesure où le juge ne trouve d'efficacité qu'au moyen du jeu politique, le droit qui est saisi par le politique⁷⁹⁹. Cette perspective permet de rendre compte de l'apparition de comportements ou de principes qu'on ne peut expliquer autrement (ainsi de la capacité que se reconnaît le Conseil à élargir la saisine, ou de l'insistance sur la stabilité de sa jurisprudence⁸⁰⁰). Elle permet également d'expliquer le comportement du juge, une fois admis que les constructions théoriques généralement proposées (et que nous avons présentées dans la première partie ; celles notamment qui prétendent découvrir, d'une manière ou d'une autre, la vérité de la société et décider en fonction de celle-ci⁸⁰¹) sont insuffisantes, puisqu'elles constituent tout au plus un des éléments d'un discours argumentatif.

Cette méthode n'est pas sans rappeler les travaux menés par A. Stone Sweet à propos du Conseil constitutionnel, puis des cours constitutionnelles européennes dans leur ensemble. Lui aussi fait remarquer que le juge n'est efficace que dans la mesure où il sert le jeu politique⁸⁰². Il ne tire son pouvoir en effet que de ses interventions répétées, lesquelles nécessitent que les autres acteurs qui en ont la possibilité fassent appel à lui ; pour cela, cependant, il faut encore qu'ils puissent raisonnablement espérer un profit de ce recours. Selon Stone Sweet, le processus juridique peut être représenté comme un cercle partant d'une structure normative faisant apparaître un problème entre deux acteurs, ce qui les conduit à recourir à un arbitre lequel élabore des règles particulières qui modifient donc la structure normative ; plus ce schéma est répété, plus le juge a d'influence sur la

⁷⁹⁸ MEUNIER (Jacques), « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, 2003-2, 105, p. 29-40, p. 30-32 ; en Allemagne, on trouve le même type de perspective chez Hönnige et Gschwend, qui entendent dépasser la prise en compte, traditionnelle autant qu'insuffisante, des questions institutionnelles uniquement sous l'espèce de la saisie de la politique par le droit (HÖNNIGE (Christoph), GSCHWEND (Thomas), « Das Bundesverfassungsgericht im politischen System der BRD - ein unbekanntes Wesen? », *Politische Vierteljahresschrift*, 51, 2010/ 3, p. 507-530).

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 37-38, 40.

⁸⁰¹ Voir sur ce point LIETZMANN (Hans), « "Reflexiver Konstitutionalismus" und Demokratie. Die moderne Gesellschaft überholt die Verfassungsrechtsprechung », in GUGGENBERGER (Bernd), WÜRTEMBERGER (Thomas), dir., *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, 320 p., p. 233-261.

⁸⁰² STONE SWEET (Alec), *Governing with judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 232 p., p. 197.

structure normative⁸⁰³. Ce schéma s'applique, en particulier, à la situation du juge constitutionnel : déterminant le sens de la constitution au fur et à mesure de ses décisions, il encadre de plus en plus les possibilités d'action du législateur, lequel intègre à ses réflexions la possibilité du contrôle de constitutionnalité⁸⁰⁴.

Cette situation place le juge constitutionnel dans une position plus inconfortable qu'il n'y paraît, puisqu'il est toujours soumis au risque de se voir renvoyé au manque fondamental de légitimité qui le caractérise dans un système démocratique. Le cercle juridictionnel est en effet acceptable, de ce même point de vue démocratique, lorsqu'il se double d'une relation entre *principal* et *agent* dans laquelle le principal peut reprendre la main sur son agent, comme c'est le cas lorsque le Parlement légifère pour mettre fin à une jurisprudence. Dans le cas du juge constitutionnel, en revanche, cette relation est faussée dans la mesure où, concrètement, l'agent ne peut jamais intervenir : il est en effet extrêmement rare de parvenir à faire apparaître le constituant pour renverser une jurisprudence constitutionnelle, précisément lorsque la question confronte opposition et majorité, alors qu'il faut en général une majorité qualifiée pour que le constituant se prononce (d'ailleurs, même dans les cas où la majorité aurait également la majorité qualifiée, il semble pour le moins incertain si une révision constitutionnelle visant expressément à régler un conflit majorité-opposition serait politiquement acceptable, ou si elle ne serait pas condamnée comme un abus de pouvoir). Il faut ajouter à cela qu'il existe, dans les deux systèmes juridiques que nous étudions, une forme de supra-constitutionnalité des droits et libertés fondamentaux. En Allemagne, cette supra-constitutionnalité est exprimée dans le texte constitutionnel lui-même (art. 79 al. 3), et généralement acceptée par la doctrine malgré les objections théoriques classiques⁸⁰⁵. En France, on peut avancer qu'elle existe de fait pour la plupart des droits fondamentaux : étant rassemblés dans différents textes historiques indépendants du document de 1958, on voit mal le constituant prétendre les modifier, en retouchant par exemple le texte trois fois sacré qu'est la Déclaration de 1789⁸⁰⁶.

A. Stone Sweet dégage deux tactiques qui permettent au juge de faire face à cette remise en cause de sa position. D'une part celle, déjà illustrée en évoquant Leibholz, qui consiste à affirmer sans cesse la neutralité et le caractère apolitique de la juridiction constitutionnelle, d'autre part celle

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 12-21.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 194-204.

⁸⁰⁵ VON MANGOLDT (Hermann) et al., *Bonner Grundgesetz*, München, Vahlen, 3 t., art. 79, al. 3, Rn. 33-42.

⁸⁰⁶ On pourrait, pourquoi pas ?, nous opposer la réforme constitutionnelle ayant permis l'adoption de la loi sur la parité. Outre que le cas reste assez isolé, cette révision se contentait d'offrir au Conseil le moyen d'accepter une prise en compte de l'égalité réelle, et non seulement formelle (ou de la lui imposer ; voir à ce sujet, développant notamment les stratégies rhétoriques mises en œuvre pour permettre l'adoption de la loi constitutionnelle, FONDIMARE (Elsa), MARGUET (Laurie), « La parité en France et en Allemagne », actes du colloque « Droit électoral et démocratie. Regards comparés France-Allemagne » (jeudi 11 et vendredi 12 septembre 2014), à paraître). Ce n'est donc pas tant le texte de 1789, lequel n'excluait rien en lui-même, qui était visé, que l'interprétation particulière qu'en donne le Conseil constitutionnel.

qui consiste à anticiper sur la réception que connaîtront ses décisions parmi les autres acteurs, et parmi les acteurs politiques au premier rang. Pour ce faire, il aurait par exemple tendance à déférer aux vœux de la majorité (ce qui est le meilleur moyen de ne pas paraître anti-démocratique), ou à prendre une décision suffisamment balancée pour qu'aucun camp ne puisse se proclamer vainqueur, ni aucun se déplorer perdant⁸⁰⁷. On le voit, il s'agit plutôt pour l'institution de se défendre dans le cadre de contraintes institutionnelles que pour chaque juge de prétendre imposer des solutions correspondant à ses opinions politiques personnelles⁸⁰⁸.

Nous entendons adopter, dans cette partie, une perspective semblable. Puisqu'il nous paraît, sans grande surprise, établi que les techniques d'interprétation ne peuvent pas avoir de fonction heuristique décisive, et puisqu'elles doivent tout de même avoir une fonction quelconque, nous voulons voir dans la suite de cette recherche comment le prisme institutionnel fournit un autre type d'explication aux interprétations finalement retenues par les cours.

Il s'agira d'abord d'étudier leurs relations avec le pouvoir législatif et, au-delà, avec la société dans son ensemble. Le comportement particulier du juge constitutionnel, fait d'auto-limitation (réelle ou affirmée) et de contrôle parfois extrêmement poussé, s'explique en effet, par le fait que les Parlements sont censés l'émanation du peuple. Nous compléterons ensuite cette perspective d'un deuxième volet, négligé par A. Stone Sweet qui part du cas américain où la hiérarchie entre les juridictions est établie dans le système lui-même, celui des relations entre les juges constitutionnels et les juges ordinaires, particulièrement les différentes cours suprêmes qui peuvent être instituées dans l'ordre juridique concerné. Là encore, il existe des contraintes institutionnelles qui se reflètent souvent dans les solutions retenues.

Que ce soit envers le pouvoir législatif, la société dans son ensemble ou les autres juridictions, la tâche du juge constitutionnel est de parvenir à concilier au moyen des interprétations qu'il en propose la constitution et l'ordre juridique qui lui préexiste. La question n'est pas seulement celle de l'adaptation d'un texte ancien aux évolutions historiques et sociales. Au contraire, il s'agit de voir comment on peut greffer un texte nouveau (quoique, pour partie, ses mots soient anciens) sur un ensemble qui existe déjà et a donné naissance par son existence même à un ensemble de normes sociales (que ce soit à l'échelle de l'ensemble de la société ou à celle d'un champ particulier – notamment le champ des juristes). Ni dans un cas, ni dans l'autre, il n'y a eu, pour présider à l'établissement de la constitution, de révolution remettant en cause tous les fondements du régime

⁸⁰⁷ STONE SWEET, *Governing with judges*, p. 200.

⁸⁰⁸ *Ibid.*

précédent (on se permet d'adopter une vision longue de l'histoire allemande, et de considérer que la République fédérale d'après-guerre demeure, d'une certaine façon, l'héritière de celle de Weimar, qui elle-même s'inscrit dans une forme de continuité avec l'empire des Hohenzollern plus qu'elle ne le renverse de fond en comble). De ce fait, les structures sociales et les structures de pensée n'ont pas été remises en cause comme elles avaient pu l'être, par exemple en France pendant la Révolution. Elles ont donc gardé leur autorité propre, et tout l'art du juge a été de faire coïncider ces deux systèmes normatifs, l'un tirant sa légitimité plutôt du droit, l'autre plutôt du fait⁸⁰⁹. Dans cette perspective, tout l'art du juge est de rendre son contrôle acceptable ; or cette acceptabilité « est construite [...] par la pratique, la politique constitutionnelle, et le processus à travers lequel les discours sur la Constitution, générés par les Cours constitutionnelles, sont intégrés par les législateurs dans les discours sur la législation » - cela ne va pas, du point de vue de l'observateur scientifique, sans une remise en cause de la prétendue distinction entre politique et droit⁸¹⁰.

C'est à partir de cette légitimité que possède également le fait social qu'il faut lire, à notre avis, la fonction du juge constitutionnel. Les entorses à la hiérarchie des normes qu'on peut relever dans ses décisions (comme celles que nous avons vues en étudiant l'interprétation donnée à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789) s'expliquent ainsi d'abord par ce que ce principe même de hiérarchie des normes, s'il est d'une grande utilité pour se représenter une validité purement juridique et pour justifier l'existence même d'un ordre juridique démocratique, ne suffit pas à rendre compte de la vie d'une société et de la façon dont le droit y est reconnu de fait (il n'est d'ailleurs pas certain que ce soit son ambition). On pourrait même se demander, d'ailleurs, si la perspective d'une théorie pure du droit ne doit pas être seulement considérée comme un type d'argument, parmi d'autres, mis à la disposition des acteurs du processus juridique. Dans cette perspective, les techniques d'interprétation peuvent servir, à assurer un double mouvement de pénétration : du champ social dans la constitution, de la constitution dans le champ social. C'est ce que nous verrons dans les deux titres qui suivent, au travers des rapports entre le juge constitutionnel et le législateur d'une part (titre 3), les autres juges d'autre part (titre 4).

⁸⁰⁹ Ulrich Herbert considère ainsi que le rôle principal du Bundesverfassungsgericht au moins lors de ses débuts, a été d'accompagner l'évolution de la société allemande vers la modernité que lui proposait sa Loi fondamentale ; il a ainsi permis à cette société de supporter et d'absorber le choc que représentait pour elle cette modernité (HERBERT (Ulrich), « Integration der jungen Republik durch Verfassungsrecht ? », in STOLLEIS (Michael), dir., *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berliner Wissenschaftsverlag, 2007, 103 p., p. 85-102).

⁸¹⁰ STONE SWEET (Alec), « La politique constitutionnelle », in DRAGO (Guillaume), FRANÇOIS (Bastien), MOLFESSIS (Nicolas), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1996, 415 p., p. 117-140, p. 140.

Titre 3 Constitution et société : assimilation réciproque

Dans le processus d'auto-légitimation que nous venons d'évoquer, la partie qui s'adresse à l'auditoire politique (peuple et représentation nationale) se présente sous un jour particulièrement paradoxal. D'une part, elle paraît la plus difficile à établir car le juge constitutionnel s'adresse directement au pouvoir qu'il contrôle expressément. C'est-à-dire qu'il doit faire accepter sa position à la victime de son contrôle. D'autre part, elle semble être de fait celle qui s'est le plus naturellement installée : le Conseil constitutionnel comme le Bundesverfassungsgericht jouissent d'un solide prestige en France et en Allemagne⁸¹¹, et seules des voix minoritaires s'élèvent contre leur existence au nom, par exemple, de la souveraineté du peuple. Parmi les acteurs du champ politique, de la même façon, rares sont ceux qui se fondent sur la légitimité du Parlement pour contester celle du juge, lorsque celui-ci empêche la majorité au pouvoir de mettre en œuvre des points importants, ou du moins particulièrement représentatifs, de leur programme. Ainsi, la censure du taux d'imposition à 75 % en 2012 n'a pas fait naître les tonnerres de réprobation qu'on aurait pu attendre. Et si Nicolas Sarkozy a bien pu s'élever publiquement contre le Conseil en s'adressant au premier président de la Cour de cassation pour trouver les moyens de contourner une censure constitutionnelle (décision 2008-562 DC du 21 février 2008), c'est bien peu de choses au regard de la violence des assauts lancés, dans les années 80 et 90, contre la Rue Montpensier lorsqu'elle entravait la mise en œuvre de

⁸¹¹ Pour l'Allemagne, on peut se reporter à LEMBCKE (Oliver), *Über das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts. Ansichten und Meinungen in der Öffentlichkeit 1951-2001*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, 271 p. L'auteur y montre l'établissement du tribunal constitutionnel au travers notamment de sa réception dans la presse, et conclut à une acceptation de plus en plus large et de mieux en mieux établie de son autorité, qui doit se distinguer du prestige de l'institution (en particulier p. 33-40 et 59-61).

dispositions particulièrement centrales des programmes politiques⁸¹². Aujourd'hui, au contraire, le traitement médiatique fait plutôt apparaître les gouvernements subissant une censure comme des élèves distraits ou indisciplinés que doit venir corriger la fêrule magistrale⁸¹³.

Puisqu'il apparaît peu probable que le droit constitutionnel soit enseigné dès l'école primaire, et de manière encore à inspirer le plus profond respect, et le plus inconditionnel, pour la justice constitutionnelle, nous avancerons plutôt l'hypothèse selon laquelle, en plus d'un mouvement général d'imprégnation du débat par les thèses néo-constitutionnalistes, la jurisprudence des cours a contribué à leur assurer cette position désormais bien établie. Dans ce cadre, au-delà des décisions marquantes qui, formant autant de bornes de l'histoire constitutionnelle, sont traditionnellement énumérées pour décrire la marche en avant de ces cours, il nous semble aussi qu'à son importance la conciliation réalisée par elles entre la constitution et le fait social. Il s'agit bien d'un compromis, dans la mesure où chaque pôle a un argument décisif à faire valoir, mais manque précisément de l'argument, tout aussi décisif, que possède l'autre. Si le fait social peut déjà, par définition, se prévaloir de l'acceptation sociale, la constitution lui oppose, du point de vue pur du droit, sa position au sommet de la hiérarchie des normes. De sorte qu'on doit rendre compte d'une circulation plus que d'une opposition : nous n'essaierons pas de voir qui, du fait ou du droit, l'emporte, mais plutôt comment le juge cherche, en général, à concilier les deux.

En adoptant ce point de vue, nous nous distancions d'une autre fonction intégrative généralement attribuée au juge constitutionnel, en particulier en Allemagne : il faudrait étudier, dans ce cadre « si, de quelle manière et dans quelle mesure le tribunal est capable d'intégrer par son activité des convictions politiques antagonistes et les appréciations axiologiques les plus différentes que l'on rencontre dans la société, afin que soit conservée l'unité politique »⁸¹⁴. Sans doute nécessaire du point de vue politique, cette perspective demeure cependant tributaire du système de justification dans lequel se meuvent les cours constitutionnelles : plutôt que d'en rendre compte, elle est un argument parmi d'autres en faveur de la justice constitutionnelle. Nous entendons faire un pas de plus en arrière et ne pas considérer le tribunal comme l'arbitre neutre d'intérêts divergents (cela présupposerait sa légitimité, laquelle est pourtant loin d'être évidente), mais comme un acteur pris

⁸¹² Nous songeons notamment aux réactions de Charles Pasqua, et surtout de son conseiller Jean-Claude Barreau, après la décision 93-325 DC du 13 août 1993 ; le dernier se demandait même si l'on était « encore en République » (« Le droit de veto est de retour », *Le Monde*, 17 août 1993).

⁸¹³ Ainsi lorsqu'un journaliste constate qu'une disposition législative « n'a pas trouvé grâce aux yeux du Conseil constitutionnel » (« Fraude fiscale : la garde à vue de 96 heures censurée », *Le Monde*, 5 décembre 2013). À croire que le législateur est un enfant sur les passades duquel le Conseil constitutionnel pourrait parfois fermer les yeux.

⁸¹⁴ « ...ob, auf welche Weise und in welchem Umfang das Gericht fähig ist, durch seine Tätigkeit widerstehende politische Überzeugungen und unterschiedlichste gesellschaftliche Werthaltungen zu integrieren, dass die politische Einheit erhalten bleibt » (SCHUPPERT (Gunnar Folke), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden, Nomos Verlag Wissenschaft, 264 p., p. 8).

dans le même champ que les acteurs qu'il doit contrôler. C'est pourquoi nous étudierons la manière dont il intègre la constitution, et lui-même par la même occasion, au système déjà existant, notamment en faisant preuve d'une certaine retenue quant à des questions qu'il ne se croit pas à même de trancher.

Parler de « retenue » plutôt que du *self-restraint* souvent évoqué dès qu'il s'agit du juge constitutionnel n'a pas pour but de défendre la langue française contre l'invasion de termes techniques étrangers. C'est simplement que le mot fait plus clairement voir ce que nous voulons dire. Le *self-restraint*, en effet, porte en soi une part d'auto-contradiction : utilisé comme un argument pour prouver la compatibilité de la justice constitutionnelle avec la démocratie (il est une promesse que le juge n'empiétera pas sur le domaine du politique), il suppose encore la toute-puissance du juge, seul à même de mettre en œuvre cette auto-limitation relevant en dernier lieu de sa propre volonté. De plus, nous voulons, tant que faire se peut, éviter d'avoir à nous appuyer sur une « volonté » du juge qui serait une simple transposition de la volonté des individus composant la formation de jugement : savoir si leur jus d'orange matinal les a aigris ou non, ou s'ils sont proches de la majorité ou de l'opposition ne nous semble pas suffisant pour expliquer les décisions prises. Cette perspective est à la fois trop ambitieuse (en s'intéressant à la psychologie individuelle, et s'engageant par là dans un puits sans fond) et, peut-être, un peu naïve en ce qu'elle méconnaît les contraintes auxquelles est exposé le juge. L'approche institutionnaliste que nous adoptons nous conduit précisément à étudier plutôt ces contraintes. On peut trouver de cette manière, semble-t-il, un juste milieu entre l'illusion du juge bouche de la loi et la théorie réaliste de l'interprétation, dont la pertinence scientifique ne permet pas pour autant de rendre compte de la manière dont les juges peuvent utiliser leur liberté théorique. Pour reprendre la formule de James Gibson, « Judges' decisions are a function of what they prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do »⁸¹⁵, et ce sont précisément ces contraintes qui nous paraissent l'élément le plus intéressant, en ce qu'elles réinscrivent le juge dans un paysage institutionnel complexe. On ne peut plus prétendre l'en distinguer, que ce soit pour affirmer sa neutralité et donc sa légitimité, ou pour relever l'arbitraire de son pouvoir, et ainsi le remettre en cause.

Cette fonction de justification plus que d'intégration des forces opposées – ou plutôt, d'affirmation d'une fonction d'intégration à des fins de justification – s'observe d'abord dans la manière dont le juge constitutionnel appréhende les postulats sur lesquels se fonde l'ordre social (ou du moins les postulats qui dominent cet ordre social), même lorsqu'ils n'ont pas été explicitement

⁸¹⁵ GIBSON (James L.), « From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior », *Political Behaviour*, 5-1, 1983, p. 7-49.

affirmés dans les textes. Il arrive en effet souvent que diverses techniques servent au juge pour adapter le texte à ce qui lui semble relever de l'évidence (chapitre 1). Les relations avec le législateur sont plus complexes : comme représentant du peuple, et précisément donc de cette société à laquelle la constitution ne peut pas s'imposer trop brutalement, celui-ci bénéficie souvent d'une certaine marge d'appréciation censée garantir la compatibilité de la justice constitutionnelle avec la démocratie ; comme institution avec laquelle le juge entretient un dialogue, en revanche (ce en quoi il se distingue du peuple, avec qui on ne peut pas parler), il est plus directement concerné par les stratégies que met en œuvre le juge pour, tout de même, informer l'ordre juridique d'après la constitution (chapitre 2).

Chapitre 1 Respect de la forme sociale

On sait que le terme même de « constitution » peut désigner des réalités tout différentes : il peut ainsi, notamment, désigner aussi bien un ensemble de normes (recueillies ou non dans un écrit identifié comme la constitution) que, par analogie avec l'acception physiologique du terme, la façon dont est organisée, de fait, un État⁸¹⁶. Dans cette ambivalence du terme, on retrouve la tension qui marque les rapports d'une constitution (au sens d'un document écrit et adopté à un moment précis de l'histoire) avec le reste de l'ordre juridique qui lui préexiste. Alors que la théorie de la formation du droit par degrés, qui est aujourd'hui généralement acceptée par la doctrine, suppose la constitution au fondement de l'ordre juridique, et les normes inférieures adoptées sur son fondement, les constitutions, dans les faits, ne font pas entière table rase des normes préexistantes, même lorsqu'elles ont pour but avoué de changer le régime politique (ainsi, la Révolution a fini par accepter de laisser en vigueur toutes les normes qu'elle n'avait pas explicitement abolies ; ainsi, plus proche de nous, seuls ne sont plus en vigueur, parmi les textes édictés par le régime de Vichy, ceux qui ont été expressément abrogés⁸¹⁷). Il devient alors nécessaire de faire coexister ces deux ordres, celui de la nouvelle constitution et l'ordre ancien, et l'intégration qui est faite de l'un à l'autre n'est pas à sens unique. On assiste aussi bien à une adaptation de l'ordre juridique préexistant au nouveau texte hiérarchiquement supérieur qu'à l'adaptation de ce texte à cet ordre qui, s'il est hiérarchiquement inférieur, a pour lui d'exister déjà et d'avoir informé les esprits de ceux qui

⁸¹⁶ Cf. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, p. 116.

⁸¹⁷ Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental, art. 2 (JORE, 10 août 1944, n° 65, p. 688-694).

l'appliquent. Ce travail n'est pas spécifique, d'ailleurs, au juge constitutionnel : le juge ordinaire également a dû développer des outils pour intégrer la « normalité » parmi ses normes de référence⁸¹⁸ ; c'est qu'il se trouve en effet dans « les lieux où s'exacerbent et se réduisent les tensions entre la société et son droit »⁸¹⁹, et qu'il est lui-même l'instrument de résolution de ces tensions.

Nous avons déjà affirmé l'insuffisance scientifique, si ce n'est la malhonnêteté profonde, des thèses de Carl Schmitt sur la constitution positive et les lois constitutionnelles. Ce qu'on ne peut, en revanche, pas lui ôter, c'est de mettre ainsi en lumière cette opposition entre le fait et le droit que le juriste ne doit pas négliger s'il veut pouvoir expliquer le comportement des acteurs juridiques. Il semble en effet évident qu'il existe une différence entre l'état du droit tel qu'il existe dans les textes et tel qu'on le trouve dans les consciences individuelles des non-spécialistes : on ne compte pas le nombre de soi-disant règles qui circulent de proche en proche, sans en fait pouvoir s'appuyer sur aucun fondement juridique véritable – lorsqu'elles ne méconnaissent pas purement et simplement le droit⁸²⁰. Ces mythes juridiques peuvent être de peu d'importance, et ne comptent pas, pour la jurisprudence, comme des sources du droit (encore faudrait-il mener une enquête pour vérifier si, tout en appliquant le droit véritable, le juge ne peut pas être plus compréhensif devant ce genre d'illégalités de bonne foi), mais ils rendent visible la distance entre droit réel et droit vécu. Or cette distance peut se révéler particulièrement difficile à franchir lorsqu'un justiciable demande l'application d'un principe général (de rang constitutionnel, par exemple) à une situation qui paraissait jusque là tout à fait normale, alors qu'elle enfreint visiblement ce principe. C'est le cas, souvent, dans des domaines qui paraissent trop spécifiques pour être régis par le droit commun, quoique rien, en droit, ne justifie cette appréhension. Ainsi, par exemple, du sport professionnel : en 1995, l'arrêt Bosman de la CJCE⁸²¹ a bouleversé l'économie du football professionnel en exigeant qu'y soient respectés les principes de libre-circulation des travailleurs et de non-discrimination en fonction de la nationalité, alors que tout le système était bâti jusque là sur le présupposé (plus qu'un présupposé, une évidence même) que ce domaine particulier pouvait être régi par des règles dérogatoires (pouvant par exemple limiter le nombre de joueurs étrangers, y compris communautaires, participant à une rencontre).

⁸¹⁸ Stéphane Rials a ainsi établi « la réalité et la profondeur, par le truchement de la technique du standard, du rôle jurisprudentiel de la normalité » (RIALS (Stéphane), *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980, 564 p., p. 229).

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 498.

⁸²⁰ Ainsi de la prétendue existence d'une détection de loisir qui autoriserait l'utilisation des détecteurs de métaux pour rechercher des objets archéologiques dans les couches superficielles du sol, alors que l'article L. 542-1 du Code du patrimoine interdit strictement cet emploi – pourtant, entre 25 000 et 80 000 personnes s'adonneraient à cette pratique (« La France, zone de pillage », *Le Monde*, 4 juin 2014).

⁸²¹ CJCE, 15 décembre 1995, C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL c/ Jean-Marc Bosman.

D'une manière semblable, des dispositions constitutionnelles peuvent, pour peu qu'on y songe, entrer en conflit avec des normes si bien implantées qu'elles en paraissent incontestables. Dans de tels cas, le juge constitutionnel peut être amené à utiliser l'interprétation constitutionnelle pour concilier texte constitutionnel et constitution positive. Ainsi, il ne s'oppose pas frontalement à la volonté générale, et ne passe pas non plus pour une institution hors-sol, inconsciente des réalités sociales et comme telle manquant en fait de la légitimité nécessaire à sa fonction⁸²².

Nous allons donc chercher à montrer, dans ce chapitre, comment le juge réalise la conciliation entre forme sociale préexistante et principes constitutionnels. Il ne s'agit pas, d'ailleurs, de prétendre qu'il le fait de manière entièrement consciente : s'il est bien certains cas dans lesquels il paraît chercher le moyen de ne pas déclarer inconstitutionnelle telle ou telle part de l'ordre juridique ou social (section 1), il en est d'autres où, nous semble-t-il, lui-même interprète, spontanément, les dispositions légales ou constitutionnelles d'après des présupposés partagés par l'ensemble des membres d'une communauté – ou du moins par la classe dominante (section 2). Les juges faisant, généralement, partie de cette classe dominante, et les cours pouvant être considérées, on l'a vu, comme l'une des institutions servant à maintenir le système de domination en place, il ne serait pas outre-mesure étonnant que leurs décisions s'appuient, sans doute tout à fait inconsciemment, sur les postulats de ce même système.

Section 1 Respect de la « constitution positive » ?

Lors d'une confrontation directe avec un principe qui ne paraît pas pouvoir s'appliquer, le juge peut agir différemment selon que cette impossibilité est générale ou liée à une situation particulière. Dans le premier cas, il s'agit de vider de son venin le texte constitutionnel (§ 1), dans le second, de le mettre sous le boisseau pour un instant seulement (§ 2).

⁸²² Les membres du Conseil constitutionnel eux-mêmes reconnaissent cette nécessité de céder au consensus politique : Mazeaud (Pierre), « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », discours prononcé à Erevan en 2005 et disponible sur le site du Conseil (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf).

§ 1 Désamorcer

Il est de certains droits que le constituant a pu proclamer dans l'ivresse fondatrice mais auxquels on peut appliquer le proverbe cité par Érasme : « Je hais le convive qui se souvient »⁸²³. Ils sont aux yeux de ceux qui doivent les appliquer les témoins d'espérances louables mais impossibles à mettre en pratique. Il en va ainsi, notamment, des droits fondamentaux qui supposent une action positive de l'État, et non une simple protection de l'individu contre ses menées.

La doctrine est en général mal à l'aise avec les droits sociaux, ou droits de seconde génération, apparus surtout au XXe siècle dans les textes constitutionnels, particulièrement après la seconde guerre mondiale⁸²⁴. Elle se refuse fréquemment à les considérer comme de véritables droits : il y aurait entre eux et les droits-libertés une irréductible différence de structure. En effet, on pourrait observer une « adéquation de la structure des droits fondamentaux classiques, comme droits-protection limitant la puissance étatique, avec le contrôle des normes par une juridiction constitutionnelle »⁸²⁵ : eux seuls, par conséquent, permettent de maintenir la distinction entre le droit et la politique, donc de respecter la séparation des pouvoirs entre le juge et le Parlement. Au contraire, les droits sociaux ne pourraient pas être directement protégés par les tribunaux, mais requerraient la participation de l'État, sous peine de laisser, de fait, la conduite de l'action politique aux magistrats. Ainsi, si le juge constitutionnel peut bien interdire au législateur d'adopter des textes permettant, par exemple, d'emprisonner arbitrairement n'importe quel citoyen, il ne peut pas contraindre le législateur d'offrir un emploi à chacun, alors même que ce droit serait proclamé dans la constitution (en France, au cinquième alinéa du Préambule à la Constitution de 1946). En effet, les droits sociaux ne se suffiraient pas à eux-mêmes, mais seraient nécessairement vagues, et donc dépendants du contenu précis que leur donnera l'État et, en particulier l'administration. Les revendications de prestations sociales en fournissent un exemple typique : si la constitution prenait sur elle d'établir le montant et les conditions d'attribution de ces prestations, elle se transformerait non seulement en un monstre technique, mais devrait, en plus, être sans cesse révisées pour s'adapter, simplement, à l'inflation. Par ailleurs, le juge, en mettant en œuvre de telles dispositions, empiéterait nécessairement sur l'action du pouvoir politique : il ferait en effet lui-même le travail de

⁸²³ « μισῶ μνάμονα συμπόταν » (ERASME, *Moriae encomium id est stultitiae laus*, in *Opera omnia*, Amsterdam – Oxford, North-Holland publishing company, 1979, IV, 3, 224 p., p. 194).

⁸²⁴ « Surtout » et « particulièrement » car on sait que tant le projet de constitution montagnard que la WRV en mentionnaient.

⁸²⁵ « Hier [in der Kontrolle des Gesetzes durch ein Gericht anhand „juristischer Mitteln“] zeigt sich die Adaequanz der Struktur der klassischen Grundrechte als die Staatsmacht begrenzende Abwehrrechte mit der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle » (STARCK (Christian), *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, 319 p., p. 55)

sélection parmi un ensemble de possibles qui est censé le propre de l'action politique⁸²⁶.

Comme on le voit, l'impossibilité prétendue n'est donc pas tant le fait de ces droits que de la distinction, que nous avons déjà évoquée et contestée, entre droit et politique. Si l'on voulait faire du droit pur, après tout, on ne voit pas pourquoi la mention d'un « droit à l'emploi » devrait être traitée autrement que celle du « droit à la liberté d'expression ». Si le constituant a décidé de lier le législateur à ce point, de quel droit le juge le délierait-il ? En refusant de donner des conséquences concrètes à ce droit, en effet, il bafoue plus encore la décision du constituant qu'il ne respecte la marge d'action du législateur. Du moins peut-on raisonner en ce sens. La raison la plus déterminante du rejet spontané des droits sociaux se trouve sans doute plus profondément, et apparaît lorsqu'il s'agit de conclure en affirmant « qu'il est impossible, pour des raisons pratiques, d'inclure dans une constitution des droits sociaux de la même façon, c'est-à-dire en tant que normes immédiatement applicables, que des droits-libertés »⁸²⁷ : ce qui soutient cette position, c'est l'idée que, quoi que dise le texte, la chose est en pratique impossible. Mais cette impossibilité elle-même repose sur un ensemble de présupposés axiologiques et politiques, comme le montreront quelques exemples choisis dans les deux pays. Si les fondements textuels n'offrent pas la même prise (ou la même contrainte) pour déclarer des droits sociaux, le juge a été confronté de manière semblable, et a réagi de semblable manière à cette question, en Allemagne (a) comme en France (b).

a. L'articulation entre *Abwehrrechte* et *Leistungsrechte* en Allemagne

En Allemagne, la question ne se pose pas, ou presque. Le constituant de 1949, en effet, a pris soin d'éviter tant que possible les formulations pouvant donner lieu à la revendication par les individus de prestations de la part de l'État. Au rang des *Leistungsrechte*, on trouve ainsi principalement le droit de la mère « à la protection et à l'assistance de la communauté » (art. 6, al. 4 GG). La doctrine allemande contemporaine, après des débats dans les années 70⁸²⁸, reconnaît aujourd'hui unanimement la sagesse de cette décision : contrairement à la constitution de Weimar, la Loi fondamentale n'aurait pas pris le risque de se fragiliser elle-même en promettant l'impossible⁸²⁹.

⁸²⁶ RÜFNER (Wolfgang), « Leistungsrechte », in MERTEN (Detlef), PAPIER (Hans-Jürgen), dir., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F. Müller, 9 t., t. 2, p. 679-708, p. 700.

Pour une présentation un peu plus systématique et approfondie de ces arguments, qu'on rencontre incessamment et sans trop de variations dans les textes consacrés à la question, voir MURSWIEK (Dietrich), « Grundrechte als Teilhaberechte », HdStR, IX, p. 569-620, not. p. 590-592.

⁸²⁷ RÜFNER, « Leistungsrechte », p. 699 (« daß es aus praktischen Gründen untunlich ist, soziale Grundrechte in gleicher Weise als unmittelbar vollziehbare Normen in eine Verfassung einzufügen wie Freiheitsrechte. »)

⁸²⁸ Dont témoigne le volume de l'association des professeurs allemands de droit public : MARTENS (Wolfgang), HÄBERLE (Peter), *Grundrechte im Leistungsstaat*, Berlin, de Gruyter (VVDSStRL), 1972, 382 p.

⁸²⁹ Rüfner signale cependant (s'appuyant sur LANGE (K.), « Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Landesverfassungen », in BÖCKENFÖRDE (Ernst-Wolfgang), JEKEWITZ

Si les constituants des Länder n'ont pas su faire preuve de la même mesure, la constitution bavaroise affirmant par exemple le droit de tout habitant à un logement décent (art. 106), les juges ont corrigé cela en ne conférant pas de réelle portée normative à ces dispositions. Ainsi, le juge constitutionnel bavarois refuse de mettre en œuvre le droit au logement⁸³⁰.

Reste en revanche l'article 6, al. 4 GG. Le Bundesverfassungsgericht lui reconnaît une invocabilité et une portée directes : « Cette norme ne contient pas un simple énoncé programmatique [argument généralement utilisé pour refuser d'appliquer les droits sociaux], mais une mission adressée au législateur, qui l'oblige et qu'il n'est pas libre de remplir ou non selon son bon vouloir »⁸³¹. On doit cependant remarquer que l'application faite par le Bundesverfassungsgericht de ce principe ne le conduit que peu à exiger une action positive de l'État. Dans la plupart des cas, il se contente d'interdire au législateur de léser les femmes du fait de leur grossesse (soit directement par un licenciement, soit par les conditions mises à l'obtention de l'assurance-chômage⁸³²), ou de lui permettre de l'interdire dans des rapports de droit privé (interdiction du licenciement d'une femme enceinte). Il est également remarquable que, selon certains commentateurs, l'application de ce droit trouve sa limite dans ce qui est « raisonnablement possible », quitte à s'appuyer pour le prouver sur une décision qui ne paraît pas l'affirmer avec autant de force. C'est sans doute que cette auto-limitation est si innée à la catégorie des droits sociaux qu'elle peut être découverte au moyen d'*a contrario* implicites pour le moins audacieux : certes, le juge, au moment d'examiner le cas des mères laissées de fait sans travail du fait de la réorganisation administrative ayant suivi la réunification, considère que cette réglementation a fait preuve à leur encontre d'une « dureté intolérable », et que l'atteinte qui a été faite à la protection qu'on leur doit « ne peut pas être justifiée, même par l'importance des biens communs » dont la protection justifiaient l'action du législateur. On peut ainsi argumenter qu'une dureté tolérable, ou que des motifs d'intérêt général plus impérieux, auraient pu justifier l'atteinte. Cependant, le fait que même les « charges extrêmement lourdes pesant de ce fait sur les budgets publics » n'aient pas suffi en l'espèce, ainsi que la formulation retenue, qui peut être interprétée aussi bien comme une interdiction absolue de porter atteinte à ce devoir de protection (puisque'il n'y ne peut pas y avoir de pondération, même avec d'autres manifestations de l'intérêt général) invitent à la prudence⁸³³.

(Jürgen), Ramm (Thilo), dir., *Soziale Grundrechte*, Heidelberg, Müller, 1981, 147 p.) que la législation de Weimar n'a pas été si inefficace à mettre en œuvre les droits sociaux qu'on l'admet en général.

⁸³⁰ Bay VerfGE 15, 49, 50 ; cité par Rübner, « Leistungsrechte », à qui l'on doit également l'examen des constitutions fédérées et de leur mise en œuvre (p. 688-690).

⁸³¹ « Diese Norm enthält nicht nur einen Programmsatz, sondern einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber, dessen Erfüllung nicht in seinem freien Belieben steht » (BVerfGE, 32, 273, 277).

⁸³² Voir BVerfGE 115, 259.

⁸³³ « Für Schwangere und Mütter nach der Entbindung stellt die angegriffene Regelung eine unzumutbare Härte dar. Ihnen gegenüber kann der Eingriff auch durch die wichtigen Gemeinschaftsgüter nicht gerechtfertigt werden, deren Schutz die angegriffene Regelung dient. Sie sind besonders schutzbedürftig [...]

La fortune, cependant, sourit aux audacieux : dans l'une de ses dernières décisions sur la questions, le Bundesverfassungsgericht a effectivement soumis le droit prévu par l'art. 6, al. 4 GG aux mêmes limitations que l'art. 6, al. 1 : à celles que représentent les autres exigences sociales, c'est-à-dire, en fait, à ce qu'il est raisonnablement possible que l'individu exige de la société⁸³⁴. Cette évolution est particulièrement intéressante en ce qu'elle applique à un *Leistungsrecht* (« droit à une prestation ») au sens strict le régime dégagé pour une *Schutzpflicht* (« devoir de protection »).

Les deux notions ont en commun d'imposer une action à l'État. En revanche, alors que le *Leistungsrecht* est un droit subjectif, directement attribué à l'individu et invocable par lui, la *Schutzpflicht* est une obligation objective qui s'impose à l'État ; elle découle, en dernier lieu, de l'idée selon laquelle l'État ne se justifie que parce qu'il offre aux individus une protection plus grande que celle qu'ils trouvent dans l'état de nature⁸³⁵. Or, le propre de cette catégorie est d'être plus aisée à dégager du texte constitutionnel (il n'est pas besoin d'une mention aussi explicite que « tout individu a droit à... »), mais d'être en revanche plus difficile à utiliser par les individus eux-mêmes. Ils peuvent parfois contraindre l'État à agir, mais pas sous la forme de prestations individuelles s'apparentant à des droits sociaux⁸³⁶. Il suffit pour cela de songer à la décision qui a vu la naissance de la catégorie : le Bundesverfassungsgericht a vu dans l'interdiction de l'avortement un devoir qui s'imposait à l'État pour protéger la vie humaine⁸³⁷. On peut donc interpréter le fait d'assimiler le régime de l'art. 6, al. 4 GG à cette catégorie comme une manière de limiter le seul droit social explicitement prévu par la Loi fondamentale en lui donnant le même statut, en dernier lieu secondaire, que toutes les dispositions qu'on peut déduire des droits fondamentaux et qui nécessitent une intervention de l'État.

De fait, les fondements juridiques à une obligation d'action de l'État ne se limitent pas aux *Leistungsrechte* explicitement concédés par le texte constitutionnel. Outre les devoirs de protection que nous venons d'évoquer, on peut encore se fonder sur les droits-libertés, c'est-à-dire de ces droits

Darüber durfte sich der Bundesgesetzgeber auch nicht mit Rücksicht auf die extremen Belastungen der öffentlichen Haushalte und die Notwendigkeit einer tiefgreifenden Umstrukturierung der öffentlichen Verwaltung in den neuen Bundesländern hinwegsetzen » (BVerfGE 84, 133, 155-156). C'est Gerhard Robbers qui y lit, *a contrario*, la possibilité d'une atteinte au devoir de protection (*in* von Mangoldt/Klein, GG, art. 6, Rn. 282) ; en sens contraire, voir SCHMITT-KAMMLER et COELLN, *in* SACHS (Michael), BATTIS (Ulrich), HUBER (Peter), dir., *Grundgesetz : Kommentar*, München, Beck, art. 6, Rn. 81.

⁸³⁴ BVerfGE 82, 60, 81-82. Ainsi, la diminution des aides apportées aux parents n'est pas incompatible avec le devoir qu'a l'État de favoriser les familles.

⁸³⁵ Sur la question des Schutzpflichten en général, voir SZCZEKALLA (Peter), *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht : Inhalt und Reichweite einer "gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion"*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 1334 p.

⁸³⁶ Pour cette distinction entre appréhension subjective ou objective, voir STERN (Klaus), « Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte », HdStR, IX, p. 57-120, p. 82.

⁸³⁷ BVerfGE 39, 1, 41 sq. (not. 47). De même, le devoir de protection de l'État peut être invoqué contre la décision de stocker des armes chimiques dans le voisinage d'habitation (BVerfGE 77, 170, 214).

de première génération qui sont justement censés directement invocables par l'individu. On connaît en effet la critique adressée par Marx à ces droits : par opposition aux droits du citoyen, les droits politiques car orientés vers la communauté, « aucun des soi-disant droits de l'homme ne dépasse l'individu égoïste », le bourgeois en somme qui a en vue ses seuls intérêts personnels⁸³⁸. Par conséquent, ces droits, loin de libérer l'homme, ne font que l'isoler ; la propriété, par exemple « ne fait pas trouver à chacun dans son prochain la réalisation, mais bien plutôt les barrières de sa liberté », de sorte que la « liberté » prétendument garantie par la Déclaration de 1789 et les constitutions révolutionnaires « ne se fonde pas sur la relation de l'homme à l'homme, mais bien davantage sur l'isolement de chacun par rapport aux autres »⁸³⁹.

Afin de corriger cette perception des droits-libertés qui les oppose, en fin de compte, à l'existence politique elle-même, certains juristes ont avancé l'idée selon laquelle, dans un État social qui ne veut pas se contenter de mettre en place une égalité formelle dont seule la part aisée de la population pourra profiter, les droits-libertés peuvent être interprétés comme une obligation faite à l'État de donner à chacun les moyens de les exercer⁸⁴⁰. L'État ne devrait donc pas seulement intervenir lorsque son inaction rendrait, de fait, le droit entièrement impossible à exercer (ce qui est admis sans difficulté : ainsi, puisque la liberté de l'enseignement est garantie sans pouvoir conduire à une discrimination en fonction des revenus des parents⁸⁴¹, le législateur doit prévoir des aides suffisantes pour permettre l'établissement d'écoles privées viables et financièrement accessibles⁸⁴²), mais encore lorsque certaines parties de la population ne peuvent pas l'exercer, de fait.

Cependant, cette conception pose les mêmes problèmes que les droits-créances : puisque les ressources étatiques ne sont pas illimitées, imposer une action, notamment financière, au législateur revient à limiter considérablement son intervention dans d'autres champs, et restreint donc en réalité l'appréciation de l'opportunité des mesures, censée constituer la différence ontologique entre le politique et le juge. De plus, comme encore les droits-créances, les revendications tirées de droits-libertés risqueraient de porter atteinte à l'exercice de ces libertés elles-mêmes : le droit de choisir librement son travail, s'il est mis en œuvre au moyen de mesures administratives permettant sa réalisation effective, doit nécessairement conduire à une organisation au niveau étatique, et donc à

⁸³⁸ « Keines der sogenannten Menschenrechte geht also über den egoistischen Menschen hinaus » (MARX (Karl), « Zur Judenfrage », in id., ENGELS (Friedrich), *Werke*, Berlin, Karl Dietz Verlag, 1976. t. 1, p. 347-377, p. 366).

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 364-365 (« Sie läßt jeden Menschen im andern Menschen nicht die Verwirklichung, sondern vielmehr die Schranke seiner Freiheit finden » ; « Aber das Menschenrecht der Freiheit basiert nicht auf der Verbindung des Menschen mit dem Menschen, sondern vielmehr auf der Absonderung des Menschen von dem Menschen. »).

⁸⁴⁰ Voir notamment la position de Häberle in MARTENS (Wolfgang), HÄBERLE (Peter), *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL, Berlin, De Gruyter, 1972, 382 p., p. 43-131 ; présentation et critique de cette position dans RUFNER, « Leistungsrechte », p. 693-707.

⁸⁴¹ Art. 7, al. 4 GG. On voit que c'est cette condition particulière, interdisant de faire des écoles privées des écoles ploutocratiques, qui fait la spécificité du droit-liberté ici confié, et rend nécessaire l'intervention de l'État.

⁸⁴² BVerfGE 75, 40, 61-65.

une restriction de la liberté individuelle⁸⁴³.

La majeure partie de la doctrine en conclut que ces droits aussi, bien plus nombreux que les droits-créances dans la Loi fondamentale, doivent être limités comme eux dans leur effet. Ce qui est remarquable, cependant, c'est que cette limitation semble dépendre de la matière traitée. Ce ne serait donc pas tant la structure d'un droit particulier que l'importance qui lui est reconnue par la société (ou plutôt, mais il en va toujours de même lorsque nous parlons de « société » dans ce chapitre, de la perception commune qu'en a la classe sociale supérieure à laquelle appartiennent les juges) qui déciderait de l'intensité avec laquelle le juge accepterait d'imposer une action à l'État.

Les questions matérielles, on l'a dit, peuvent rendre vaine une liberté proclamée par le texte constitutionnel. À quoi vous sert, ainsi, d'avoir le droit d'exprimer vos opinions si vous ne touchez que vos voisins, alors qu'un magnat peut éditer un journal à perte tant que sa fortune suffira ? À quoi sert encore d'avoir le droit de manifester si, habitant d'un village et trop démuné, vous ne pouvez vous rendre dans une autre ville où se tient précisément la manifestation correspondant à vos idées ? Ces deux exemples révèlent les limites généralement considérées comme raisonnables : si l'État ne doit pas empêcher l'exercice des libertés en question, on ne peut pas pour autant lui demander de les subventionner sans frein : faudra-t-il, pour rendre justice à la liberté artistique, offrir à toute personne qui se considérerait comme un artiste une bourse pour lui permettre d'exercer en toute quiétude ? Tel du moins l'argument du bon sens, suivi par les tribunaux qui refusent de subventionner la participation à une manifestation⁸⁴⁴, s'en remettant par ailleurs à l'État qui, par d'autres canaux, cherche en général à favoriser ces libertés (ainsi du financement public des syndicats – avec les limites que cela emporte pour ce qui regarde le caractère individuel de la liberté en question).

Cependant le Bundesverfassungsgericht, s'opposant au Bundesverwaltungsgericht et conduisant celui-ci à changer sa jurisprudence, a considéré que le père divorcé n'ayant pas la garde de ses enfants pouvait, s'il n'en a pas à lui seul les moyens, exiger de l'aide sociale qu'elle lui fournisse les sommes nécessaires à exercer le droit de visite qui lui a été reconnu lors du divorce. Pour le tribunal, en effet, le droit de visite est le moyen de concrétiser pour le parent divorcé le droit qui lui est reconnu d'exercer la responsabilité parentale à l'égard de ses enfants (art. 6, al. 2 GG). Il en découle donc un devoir de l'État de rendre cet exercice possible⁸⁴⁵. La seule distinction qu'on puisse faire avec la demande d'aide pour se rendre à une manifestation regarde le contenu du droit mis en cause : vie familiale dans un cas, manifestation dans l'autre. C'est donc vraisemblablement

⁸⁴³ RUFNER, « Leistungsrechte », p. 697-699.

⁸⁴⁴ BVerwGE, 72, 113.

⁸⁴⁵ Bundesverfassungsgericht (Kammer), 1 BvR 1197/93 (25 octobre 1994).

parce que le juge considère que la protection de la famille est « un droit fondamental particulièrement important » qu'il fait droit à la demande dans un cas, mais pas dans l'autre⁸⁴⁶.

Sans doute n'est-ce pas un simple hasard si le seul droit-liberté donnant lieu directement à des prestations concerne le même domaine que le droit-créance le plus évidemment reconnu par le texte constitutionnel. Outre le fait que, comme on l'a déjà signalé dans la première partie, la protection de la vie familiale fait partie selon le juge constitutionnel des valeurs les plus importantes de la *Wertordnung* de la Loi fondamentale, il n'est rien de surprenant à ce que la famille, souvent spontanément considérée comme une institution préétatique, si ce n'est le modèle de toute organisation étatique, se voit accorder une place à part par un juge lui-même inscrit dans le contexte social qui donne cette place prépondérante à la famille.

Dans ces cas aussi, le prétendu bon sens finit par l'emporter sur les arguments juridiques au sens strict : on a vu que le Bundesverfassungsgericht semble dans ses dernières décisions limiter les revendications des individus à ce qui est raisonnablement possible ; la détermination précise de ce raisonnable est laissée au législateur. Ce n'est pas dire pour autant que les droits-créances ou les devoirs tirés de droits-libertés soient dépourvus de tout effet pour le tribunal constitutionnel. La fonction principale de ces droits est en effet de justifier une atteinte portée aux droits traditionnels ou d'empêcher que le législateur n'abolisse entièrement telle ou telle prestation qu'il a déjà accordée. En ce dernier sens, ils constituent plutôt une sorte de cliquet, dont l'efficacité n'est pourtant pas encore confirmée, puisque le seuil critique ne semble pas avoir été déjà atteint⁸⁴⁷. Certains commentateurs peuvent ainsi attribuer à la protection sociale déjà largement suffisante le fait que ces revendications n'aient pas encore été mises en œuvre par le juge⁸⁴⁸.

b. Atténuation des droits-créances de 1946 en France

En France, la situation de départ est différente, mais les conclusions semblent proches. Situation différente, car le préambule de la Constitution de 1946 offre de très nombreuses prises aux tenants des droits sociaux : on peut citer parmi les plus évidentes l'article 5 qui énonce le droit à l'emploi, l'article 8 portant sur la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise, l'article 10 protégeant l'individu et la famille et surtout l'article 11 qui fait un devoir à la Nation d'assurer la sécurité matérielle de tous. Conclusions proches, car il ne semble pas que le Conseil se soit appuyé

⁸⁴⁶ RÜFNER, « Leistungsrechte », p. 705. Sont aussi signalées (p. 706) des décisions accordant des aides à des parents à l'occasion de rites religieux (baptêmes, communions ou confirmations) ; nous les laissons de côté en ce que ces questions ne sont pas parvenues jusqu'au Bundesverfassungsgericht.

⁸⁴⁷ RÜFNER, « Leistungsrechte », *passim*.

⁸⁴⁸ MURSWIEK, « Grundrechte als Teilhaberechte ».

sur ces textes pour imposer au législateur des contraintes particulièrement rigides. Au contraire, il les a interprétés de manière à désamorcer ce qu'ils pouvaient avoir de subversif pour la structure sociale existante.

D'après le cinquième alinéa du Préambule de 1946, « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ». La formule retenue peut aussi bien fonder un simple droit-liberté (liberté d'exercer une profession) qu'un droit-créance. Plusieurs arguments, même, paraissent favoriser cette dernière lecture. Historiques d'abord : l'Assemblée de 1946, on le sait, est largement dominée par la gauche, et l'idée d'intervention et de planification étatiques est alors une évidence (comme en témoigne, d'ailleurs, le reste de la déclaration). De fait, les débats parlementaires, brefs et laconiques, semblent plutôt considérer comme un présupposé non discutable le fait que ce droit au travail devra être activement mis en œuvre par l'État. Ainsi, un amendement reformulant la chose pour donner seulement à chacun le « droit de trouver par son travail les ressources nécessaires à sa subsistance » est rejeté ; le débat porte encore sur l'introduction ou non d'un critère d'aptitudes (l'État doit-il respecter la formation de chacun ?), ce qui suppose que l'État offre un emploi. Comme le rappelle le rapporteur de la commission, le droit doit être compris comme le pendant du devoir : toute personne qui est prête à travailler doit pouvoir trouver à s'employer⁸⁴⁹. À ce dernier argument tiré du texte du Préambule, on peut en ajouter d'autres : qu'il serait superflu, notamment, de proclamer un droit-liberté au travail, alors qu'on peut déjà le déduire de la DDHC pour les emplois publics, et que la deuxième phrase du cinquième alinéa l'étend aux emplois privés, par exemple.

Pourtant, cet alinéa n'est pas utilisé aujourd'hui pour établir un droit à l'emploi exigible de l'État. Par exemple, les auteurs du code Dalloz de droit constitutionnel considèrent qu'on a affaire ici à un simple droit-liberté, qui ne justifierait pas que le juge impose au législateur d'ouvrir de nouveaux ateliers nationaux. De fait, le Conseil constitutionnel a beau avoir proclamé le caractère constitutionnel du droit à l'emploi, il ne l'interprète pas comme un droit-créance. L'ambiguïté de ce droit apparaît de manière très visible dans la première décision qui l'affirme. Il y est invoqué par les requérants pour contester une taxation si forte d'une activité professionnelle cumulée avec la perception d'une retraite, qu'elle reviendrait, affirment-ils, à interdire de travailler⁸⁵⁰. Dans cette requête, donc, le droit à l'emploi apparaît comme un droit-liberté : il est fait interdiction à l'État d'empêcher l'individu de travailler librement. Le juge, cependant, rejette cette argumentation au

⁸⁴⁹ JO, 1946, 84, p. 3370 (séance du 28 août 1946). Le même débat avait eu lieu, avec le même résultat, lors de la discussion du premier projet de constitution, qui contenait la même formule (JO, 1946, 27, p. 878, séance du 19 mars 1946).

⁸⁵⁰ Décision 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, cons. 3.

nom du même droit au travail, en considérant qu'il appartient au législateur « de poser des règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre d'intéressés possible »⁸⁵¹. L'obligation qu'a l'État de garantir le droit à l'emploi lui permet d'intervenir pour ce qui regarde l'organisation du marché du travail, et de porter atteinte, ainsi, à d'autres droits individuels (en l'occurrence, la liberté d'entreprendre).

Pour l'observateur, cette décision fait apparaître l'ambiguïté du droit au travail, laquelle pourtant n'apparaît pas vraiment dans les mots du Conseil lui-même, qui se fonde plutôt sur l'art. 34 C, et ne se prononce pas très clairement sur le statut du droit au travail. La décision par laquelle, en 1998, il reconnaît explicitement ce droit confirme en revanche cette analyse. Parmi les normes de références de son contrôle, celles donc qui doivent encadrer l'action du législateur et permettre, éventuellement, de censurer les lois qu'il adopte, le Conseil évoque le droit à l'emploi⁸⁵². Dans la suite de la décision, cependant, on voit que cette disposition n'est pas utilisée pour contrôler l'action du législateur mais, au contraire, pour la justifier. Les requérants s'appuient, là encore, sur la liberté d'entreprendre pour contester l'abaissement de la durée du travail. Le Conseil, pour lui, rappelle que le législateur peut concilier cette liberté avec d'autres exigences constitutionnelles, et qu'il est compétent, en vertu de l'art. 34 C, pour fixer les règles permettant de mettre en œuvre le droit à l'emploi. En fait, donc, ce droit à l'emploi se trouve ramené à une position subalterne : il est seulement l'une des composantes des compétences attribuées par l'article 34 au législateur. En conséquence, il n'est utilisé que pour justifier l'intervention du législateur, dont la liberté d'appréciation, pour mettre en œuvre les objectifs qui lui sont confiés, s'impose au juge. À vrai dire, dans le texte de la décision, le droit à l'emploi n'est même pas opposé directement à la liberté d'entreprendre⁸⁵³.

On observe donc ici une façon de faire semblable à celle du Bundesverfassungsgericht. Le droit-créance potentiel se voit reconnu dans la mesure seulement où il est purgé de son venin : d'un possible droit, il devient le simple support à l'atteinte portée par le législateur à un autre droit fondamental individuel⁸⁵⁴.

Le Conseil a en fait créé des catégories particulières de droits fondamentaux, ne conférant pas à ceux qu'il y regroupe la même force qu'aux autres, puisqu'ils ne servent pas à agir directement

⁸⁵¹ *Ibid.*, cons. 4.

⁸⁵² Décision 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* (obs. L. Favoreu, *D.*, 2000/5, p. 60), cons. 3.

⁸⁵³ *Ibid.*, cons. 26-28.

⁸⁵⁴ Dans la dernière décision en date qui mentionne le droit à l'emploi, on retrouve le même raisonnement, à nouveau appliqué aux deux interprétations possibles de l'alinéa 5 P1946 : la mise à la retraite d'office ne porte pas atteinte au droit [liberté] à l'emploi car elle est fondée sur la volonté de mettre en œuvre le droit [créance] à l'emploi (décision 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M. Jacques N.*, note. C. Radé, *Constitutions*, 2011/2, p. 238-240).

à l'encontre du législateur (soit en censurant un texte, soit en le contraignant à en adopter un), mais seulement à justifier son action. Il s'agit des exigences constitutionnelles ou des objectifs à valeur constitutionnelle. Ces deux déterminations jouent le même rôle : elles permettent d'affirmer que le Conseil rend justice au texte constitutionnel tout en ne conférant qu'une portée limitée aux droits ainsi créés. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer cette fonction des objectifs de valeur constitutionnelle dans la première partie, en nous appuyant sur l'analyse proposée par F. Luchaire⁸⁵⁵ et avons signalé à cette occasion que le droit au logement tiré des premier et onzième alinéas P1946 voit ainsi sa portée considérablement réduite. Il en va de même pour des exigences constitutionnelles, telle celle, tirée également du onzième alinéa qui « implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités »⁸⁵⁶. Alors que la formulation comme une norme de référence laisse envisager une application positive du principe, jusqu'à fonder une obligation d'agir imposée au législateur, l'utilisation de cette exigence demeure mesurée. Il ne semble pas en effet, comme le fait remarquer L. Gay, que des conséquences concrètes s'attachent à la formulation du principe, car celui-ci ne reçoit pas de contenu prédéterminé – cette détermination est en effet la tâche, encore une fois, du législateur⁸⁵⁷.

On pourrait s'étonner de voir mentionnée ici la question des retraites : au contraire du droit au logement ou du droit à l'emploi, il ne semble pas qu'on ait affaire ici à un droit trop utopique pour être mis en œuvre – la preuve en est l'existence d'un système de retraite. Il n'y aurait donc rien de surprenant à ce que le Conseil reconnaisse ce principe. À suivre ce raisonnement, cependant, on devrait dire qu'il n'y aurait rien de surprenant à ce que le Conseil reconnaisse ce principe à l'égal des autres droits fondamentaux. Or, comme on le voit dans la décision citée, il le range dans la catégorie subalterne des exigences constitutionnelles, laissant une très large liberté au législateur, limitée seulement par l'interdiction de les « priver de garanties légales »⁸⁵⁸. Le contenu du droit à la retraite, en réalité, n'est autre que l'interdiction d'abolir les retraites : en réalité, le juge transforme donc un droit-créance potentiel en un droit-liberté, comme si les retraites existaient naturellement et qu'on devait seulement empêcher le législateur d'y porter atteinte. Précisément, ce faisant, il s'ôte toute possibilité de contraindre le législateur à l'action, puisque le droit est devenu un pur droit de défense. En fixant cette seule limite ultime, comparable à la « dénaturation » apparue dès les premières années de son activité, le Conseil fait apparaître en même temps son aporie : à partir de quel moment, de quel seuil, l'activité du législateur passe-t-elle de la mise en œuvre du droit à sa

⁸⁵⁵ LUCHAIRE, « objectif de valeur constitutionnelle », p. 678.

⁸⁵⁶ Décision 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites* (note L. Gay, RFDC, 57, 2004, pp. 85-95), cons. 7.

⁸⁵⁷ L. Gay, note sous 2003-483 DC, RFDC, 57, 2004, pp. 85-95, p. 88.

⁸⁵⁸ Décision 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 7

suppression ? Et si le juge décide de ce seuil, en réalité, où est la différence avec une mise en œuvre positive du droit ? Comme dans le cas allemand, il semble que la réponse soit empirique : puisque le juge n'a pas encore censuré le législateur de ce point de vue, c'est que la protection sociale est encore suffisante – mais cela est encore une prise de position politique.

Ainsi, en soi, le fait de proclamer le droit à la retraite, par exemple, donne au juge le pouvoir d'enjoindre une action au législateur. Ce pouvoir paraît cependant excessif au vu de la distinction entre droit et politique, qui est on l'a vu au fondement du système de justification de la justice constitutionnelle. C'est en ce sens que ce droit est inacceptable, et doit être purgé de son venin. En Allemagne, ce peut être notamment par le recours à l'argument fonctionnel⁸⁵⁹ ; en France, par la transformation en exigence constitutionnelle ou en objectif à valeur constitutionnelle. On doit également faire remarquer que la tâche est facilitée au juge français par le fait qu'il n'a pas les moyens institutionnels (qu'il ne se les est pas donnés, en tout cas) de contraindre le législateur à agir : le contrôle qu'il exerce portant seulement sur les lois, il ne peut pas (à moins d'un effort d'imagination qu'il se refuse régulièrement à faire) contrôler une omission complète du législateur (mais seulement l'incompétence négative dans un texte de loi). Au contraire, le juge allemand peut constater qu'une omission du législateur a pour effet de léser les droits fondamentaux d'un individu, et donc forcer l'État à agir, au moyen de la *Verfassungsbeschwerde*⁸⁶⁰.

§ 2 Suspendre

Il peut également sembler nécessaire au juge constitutionnel de laisser de côté, pour un cas ou une série de cas, une norme constitutionnelle par ailleurs constamment employée. Dans cette situation, l'infraction grossière au principe de hiérarchie des normes, généralement couverte par des raisonnements plus fragiles que les argumentations habituelles, doit encore trouver son explication dans une forme de bon sens tendant à ne pas faire table rase de tout ce qui existe au prétexte qu'un nouveau texte a été adopté.

Cette nécessité avait d'ailleurs déjà été ressentie par les constituants de 1946, et considérée comme suffisamment sérieuse pour appuyer le débat sur la question délicate des principes

⁸⁵⁹ Selon W. Heuner, c'est même l'un des seuls domaines où l'argument fonctionnel fonde réellement, et de manière justifiée, la limite des compétences du Bundesverfassungsgericht (HEUNER (Werner), *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, 95 p., p. 66-84).

⁸⁶⁰ La *Verfassungsbeschwerde* (littéralement, « plainte constitutionnel ») est le nom par lequel on désigne le recours qui permet au justiciable d'attaquer tout acte de la puissance publique (y compris un jugement) ayant porté atteinte à ses droits fondamentaux (art. 93, al. 1, n° 4 GG)

fondamentaux reconnus par les lois de la République. Un de leur défenseur put ainsi affirmer :

En déposant notre amendement [introduisant la référence aux PFRLR], nous avons voulu vous rappeler [...] que nous ne faisons pas une espèce de saut brusque de 1789 à 1946, qu'il y avait toute une tradition républicaine, politique, économique et sociale qui, pendant cent cinquante ans, à travers les difficultés et les drames [...] s'est maintenue et affirmée jusqu'à la libération et que nous voulons aujourd'hui consolider⁸⁶¹.

D'après M. Guérin, donc, le système social qui s'est progressivement formé depuis 1789 a, par sa seule existence, une valeur suffisante pour être constitutionnalisé. On peut rapprocher, *mutatis mutandis*, ce genre de raisonnements des positions développées par l'école historique du droit. En effet, si les traits essentiels du fonctionnement d'une société (sa véritable « constitution », dirait C. Schmitt) doivent être intégrés au texte constitutionnel, c'est parce qu'ils expriment en réalité l'essence même de cette société. On considère d'ailleurs généralement que le but à demi avoué à l'introduction des PFRLR (du moins celui que visait le MRP en défendant la référence à ces principes) était de garantir l'existence de l'enseignement privé : un objectif politiquement conservateur, donc, tout comme est généralement conservatrice l'école historique du droit. D'une certaine manière, la Constitution de 1946 menace, pour les partisans des PFRLR, l'ordre social établi et déjà juste, tout comme la codification menaçait, aux yeux de Savigny, le véritable droit, consubstantiel à un peuple et se développant naturellement en son sein.

On verra le Conseil particulièrement attentif à maintenir des faits sociaux qui pouvaient pourtant être sérieusement contestés au regard des dispositions constitutionnelles (a), et appliquer le même raisonnement à des questions techniques de répartition des pouvoirs (b).

a. Le respect des traditions

La forme du PFRLR a précisément pu servir au Conseil pour justifier des dérogations à la Constitution qu'il a sans doute considérées socialement nécessaires⁸⁶². Un exemple récent en a été fourni par l'invention pour le moins controversée du PFRLR relatif à la législation d'Alsace-Moselle. On sait que le Conseil a été pour l'instant confronté à cinq reprises, dans le contentieux QPC, à la législation particulière aux départements d'Alsace-Moselle. C'était précisément ce que craignaient les élus de ces contrées, lesquels avaient bien vu que cette législation, incompatible avec

⁸⁶¹ Maurice Guérin, séance du 28 août 1946, cité in CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), *Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la république*, Paris – Aix en Provence, Economica – PUAM, 2001, 306 p., p. 56.

⁸⁶² Puisque deux précautions valent mieux qu'une, nous nous permettons de répéter que ce que nous entendons par « nécessité sociale » décrit en fait la perception de la classe dominante ; ainsi, dans la suite de ce paragraphe, nous ne prétendons pas décider si les Alsaciens veulent ou non conserver leur législation particulière. Il nous suffit de constater que les élites politiques locales prétendent qu'ils le veulent.

le principe d'égalité de tous devant la loi mais protégée par la structure du contrôle de constitutionnalité avant 2008, était menacée par l'introduction d'un contrôle de la loi promulguée⁸⁶³. Ils ont cependant pu être rassurés par la première décision rendue sur la question, qui a soustrait de manière générale ce particularisme à une censure fondée sur l'unité de la législation républicaine en découvrant le PFRLR selon lequel « tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur »⁸⁶⁴. Commode en ce qu'il permet de ne pas supprimer soudain un ordre juridique accepté par la population qu'il régit, ce PFRLR n'en reste pas moins contestable au regard des critères habituellement exigés par le Conseil constitutionnel. On serait notamment bien en peine, nous semble-t-il, de prouver que le législateur ait voulu conférer à la loi, expressément transitoire, qui a d'abord maintenu en vigueur la législation alsaco-mosellane, le caractère absolu et surtout non dépendant de circonstances contingentes exigé par le Conseil constitutionnel pour que soit formé un PFRLR⁸⁶⁵. Il semble que la volonté de ne pas trop bouleverser l'ordre établi ait donc au moins autant joué que les critères juridiques au sens strict.

L'utilisation faite ensuite de ce principe par le Conseil constitutionnel tend à renforcer l'idée qu'on se trouve ici face à une jurisprudence éminemment pragmatique. En effet, contrairement peut-être à ce qu'espéraient les tenants de la législation particulière, celle-ci n'est pas protégée de manière inconditionnelle par le PFRLR. Elle ne l'est qu'en tant qu'elle provoque une rupture d'égalité devant la loi entre les habitants des trois départements concernés et ceux soumis à l'ordre juridique national. On le voit dans la deuxième décision où le Conseil a utilisé le PFRLR. La disposition contestée, issue de la loi de 1924 mettant en œuvre la législation civile française dans ces contrées, instaure un régime particulier (dérogatoire du droit civil commun) pour ce qui regarde le calcul de l'indemnité dû dans certains cas par le légataire d'une exploitation agricole aux héritiers réservataires⁸⁶⁶. Les requérants se fondaient donc sur l'atteinte portée au principe d'égalité. Ce grief a été décomposé par le juge : on doit, selon lui, distinguer la rupture d'égalité due à l'existence d'un régime dérogatoire (entre les héritiers réservataires d'un agriculteur alsacien et d'un agriculteur breton, par exemple) de celle qui peut survenir, du fait de ce mode de calcul, entre les cohéritiers

⁸⁶³ Voir les débats parlementaires, séances des 9 (AN) et 16 (Sénat) juillet 2008 (cité par Jean-Marie Woehrling, note sous CC 2011-157 QPC, RFDA, 2012/2., p. 131-139).

⁸⁶⁴ Décision 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA* (note J.-M. Woehrling, RFDA, 2012/2., p. 131-139 ; C. Gueydan, RFDC, 89, 2012, p. 158-163), cons. 4.

⁸⁶⁵ Voir notamment la décision 93-321 DC du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité* (note P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, 68, 1993, p. 157, 169-170, 182), cons. 18 : même si plusieurs lois ont affirmé le droit du sol pour l'obtention de la nationalité française, la seule qui ait expressément voulu revêtir un caractère absolu ne s'explique que par la volonté de gonfler ainsi le nombre des conscrits ; il n'existe donc pas de PFRLR assurant le droit du sol.

⁸⁶⁶ Décision 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, *Consorts G.* (note), cons. 1-4.

d'une même succession alsacienne. Dans le premier cas, l'argument reposant sur la différence entre les normes applicables dans un même cas de part et d'autre des Vosges, le PFRLR trouve à s'appliquer et protège la loi. Le Conseil se contente donc de vérifier que les conditions de ce PFRLR sont remplies⁸⁶⁷. Dans le second cas, en revanche, la rupture d'égalité ne concerne pas le principe d'unité du droit sur l'ensemble du territoire, mais directement les droits subjectifs des individus : s'il s'avère qu'un cohéritier est désavantagé par rapport à un autre, dans la même succession, à cause de cette disposition, le principe d'égalité tiré de l'article 6 DDHC serait concrètement enfreint. Alors, la disposition heurterait directement une disposition constitutionnelle matérielle, et non un simple principe général d'organisation du système juridique français interdisant les législations particulières. C'est pourquoi le Conseil procède, dans ce cas, à un contrôle classique au regard de principe d'égalité et vérifie la présence d'un intérêt général en rapport avec l'objet de la loi⁸⁶⁸.

On n'est pas obligé d'accepter cette distinction entre les deux types d'égalité. Elle peut en effet paraître un peu artificielle, dans la mesure où le cohéritier alsacien sera toujours défavorisé par rapport à un cohéritier breton. Même si elle demande un effort intellectuel assez considérable, on peut pourtant comprendre, en sens inverse, que ce n'est pas la même égalité qui est en jeu ; plutôt, que l'inégalité n'est pas aussi brutale dans un cas que dans l'autre. C'est précisément le fait que le Conseil ait eu recours à une distinction aussi fine, si ce n'est fragile, qui révèle à notre sens la part de pragmatisme qui le guide dans l'usage du PFRLR sur l'Alsace-Moselle : il s'agit à la fois de ne pas mettre à bas d'un coup un système pour la simple raison qu'il n'est pas exactement celui qui prévaut sur le reste du territoire⁸⁶⁹ (dans les limites, en fait, de cette marge d'appréciation qui est le propre du politique, et que l'on ne cesse de rencontrer à propos de la justice constitutionnelle) et de garantir aux sujets de droit la protection offerte par les textes constitutionnels.

La décision 2012-285 QPC nous paraît prouver, *a contrario*, la même chose. La législation particulière d'Alsace-Moselle était encore en cause, plus précisément la *Gewerbeordnung* qui datait de l'époque allemande. Les requérants contestaient l'obligation faite par ce texte aux artisans de rentrer dans les corporations (*Innung*), et de payer les taxes afférentes. Si le PFRLR récemment découvert avait eu une portée absolue et couvert toutes les lois particulières aux trois départements

⁸⁶⁷ *Ibid.*, cons. 5-7.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, cons. 8-10. Encore doit-on remarquer que la norme du contrôle, en l'espèce, paraît relever aussi d'une invention du Conseil constitutionnel fondée sur une évidence qui n'est qu'apparente. À notre connaissance, il n'existe pas d'autre mention d'un principe d'égalité devant la loi successorale (et l'on n'en trouve pas trace dans les tables analytiques), et ce principe dégagé par le Conseil ne va pas de soi, dans la mesure où il impose une manière d'effet horizontal aux droits fondamentaux qui n'est pas toujours accepté par ailleurs.

⁸⁶⁹ Ce que prouve encore la dernière décision rendue en la matière : si le PFRLR protège le maintien de la différence de situation, il interdit d'approfondir l'écart entre le droit commun et le droit alsaco-mosellan (notamment à l'occasion d'une adaptation du texte allemand originel modifiant en réalité les critères qu'il énonçait). Voir la décision 2014-414 QPC du 26 septembre 2014, *Société Assurances du Crédit mutuel*.

concernés, la question ne se serait pas même posée. Cependant, ce PFRLR n'est même pas évoqué par le Conseil : les griefs en effet sont ici des griefs directs, portant sur les atteintes que porte l'obligation d'affiliation à la liberté d'entreprendre. Celles-ci n'étant pas justifiées, les dispositions contrôlées sont déclarées contraires à la Constitution⁸⁷⁰. Là encore, on voit que le PFRLR est conçu comme un moyen d'harmoniser en douceur le droit local au droit national.

Dans cette décision, le fond du raisonnement est aussi intéressant pour notre propos que l'absence de renvoi au PFRLR sur l'Alsace-Moselle. On sait en effet que la liberté d'entreprendre peut être restreinte au nom de l'intérêt général⁸⁷¹. Isolée, donc, les corporations auraient pu bénéficier de cette dérogation. Cependant, il existe également des chambres de métiers, comme dans le reste du pays, tenant les registres où sont tenus de s'inscrire les artisans. Le Conseil constitutionnel a donc considéré que l'existence des corporations n'était pas nécessaire, ces chambres de métiers « assur[ant déjà] la représentation des intérêts généraux de l'artisanat »⁸⁷². Cette motivation ne semble pas indigne d'être commentée. En donnant la priorité au modèle le moins contraignant sur le modèle le plus contraignant, le Conseil s'est en effet inscrit dans la tradition qui remonte, en France, à la Révolution française. En effet, alors que les chambres de métiers sont une institution républicaine et plus attentives en ce sens à la liberté individuelle, les corporations, telles qu'elles s'étaient maintenues en Alsace-Moselle (alors même que les *Innungen* allemandes actuelles se rapprochent plutôt de nos chambres de commerce) conservaient le modèle des « métiers » d'Ancien Régime : en témoignent aussi bien le lexique utilisé, reprenant mot à mot les formulations de leurs statuts (ainsi de « l'honneur du travail » qu'il s'agit de protéger, ou de la tripartition entre apprentis, maîtres et compagnons), que les devoirs qui s'imposaient aux artisans (affiliation obligatoire, droit de visite des syndics, toutes choses caractéristiques de l'organisation des anciens métiers). L'aire allemande, en effet, n'a connu ni le « carnaval de Turgot » - cette première et éphémère tentative, en 1776, de mettre fin au système des corporations et d'imposer la liberté du travail – ni la dissolution de ces structures par la loi Le Chapelier et le décret d'Allarde en 1791⁸⁷³. En extirpant ce dernier reste des anciennes corporations au profit du système établi progressivement depuis la Révolution française, le Conseil fait précisément ce qu'entendait faire M.

⁸⁷⁰ Décision 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S.* (note F. Hoffmann, *Droit administratif*, 2013/2, p. 21-24).

⁸⁷¹ Voir la stabilisation du considérant de principe dans la décision 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* (note N. Jacquinot, RFDC, 45, 2000, p. 86-94), cons. 40. Application récente au contentieux QPC dans la décision 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres*, cons. 4.

⁸⁷² Décision 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S.*, cons. 11.

⁸⁷³ Sur cette question, voir KAPLAN (Steven L.), *La fin des corporations*, Paris, Fayard, 2001, 740 p.. Pour plus de précisions sur le fonctionnement des métiers et l'importance du lexique, nous nous permettons de renvoyer à un mémoire de maîtrise : *De l'Ancien régime à la Révolution française, vie et mort du compagnonnage en France à l'époque moderne*, Paris I, 2006.

Guérin en introduisant les PFRLR dans le préambule à la Constitution de 1946 : rappeler que toute une tradition républicaine s'est établie et consolidée depuis 1789. Au seul vu des pouvoirs qu'il accordait aux *Innungen*, le texte allemand pouvait continuer à prévaloir : finalement, il ne semble pas que les ordres des médecins ou des avocats soient moins puissants. Mais il est peut-être d'autant plus révélateur que ces bastions auto-gestionnaires échappant plus largement au contrôle étatique soient réservés à ces professions.

On remarquera que, dans le même sens et pour les mêmes raisons (ou presque : il était plus utile pour le juge de trouver une solution qui pût s'appliquer aussi au cas, semblable mais sans le moindre PFRLR, de la Guyane), la question particulièrement sensible du traitement assuré aux pasteurs par l'État n'a pas été résolue à l'aide du PFRLR. Pour valider cette disposition, qu'on imaginerait mal être modifiée par un autre que le législateur, il s'appuie sur un autre fondement, assez fragile lui aussi. Il affirme en effet que l'introduction dans la Constitution du principe de laïcité en 1946 puis en 1958 s'est accompagnée d'une réserve émise par le constituant pour ce qui regarde le statut de l'Alsace-Moselle⁸⁷⁴. Cependant, outre que le recours aux travaux préparatoires est toujours délicat, le raisonnement est ici d'autant plus fragile que le Conseil s'appuie sur le fait que la question précise de l'Alsace-Moselle n'ait pas été débattue (ou plutôt, qu'elle l'ait été, dans le sens d'une suppression du statut particulier, uniquement dans la première constituante ; *a contrario*, du point de vue du Conseil, le rejet du premier projet de constitution impliquerait le refus de toucher au statut). On a donc ici encore affaire à l'utilisation d'une technique d'interprétation, non pas tant, d'une manière prétendument malhonnête, pour déroger au droit que pour rendre le droit plus acceptable – si du moins l'on considère que les Alsaciens-Mosellans sont vraiment attachés à leurs particularismes.

Le PFRLR portant sur l'Alsace-Moselle est donc utilisé pour pouvoir appréhender le droit local avec mesure et proportion : il permet de ne pas maintenir d'inconstitutionnalité criante, tout en n'abattant pas ce droit entier pour la seule raison qu'il déroge au droit national – alors même qu'il forme un système juridique qui, de fait, fonctionne. Dans un champ un peu plus ponctuel, il nous semble que la décision rendue à propos des courses de taureaux poursuit le même objectif. On sait, en effet, que le code pénal punit les cruautés pratiquées sur les animaux, à moins, dans les cas des courses de taureaux et des combats de coqs, de pouvoir s'appuyer sur une pratique ininterrompue

⁸⁷⁴ Décision 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* (note J.-P. Lutton, *Constitutions*, 2013/2, p. 174-181), cons. 6. On trouvera dans le commentaire aux Cahiers le détail du raisonnement, hautement discutable, suivi par le Conseil pour affirmer l'exclusion volontaire du régime concordataire des questions relatives à la laïcité.

(art. 521-1 C. pén.). Afin de justifier cette exception, encore une fois attaquée pour enfreindre le principe d'égalité devant la loi, le Conseil s'est fondé sur la différence de situation en rapport avec l'objet de la loi : de fait, l'exclusion de ces pratiques du champ de l'article en cause avait pour but, pour le législateur, de ne pas permettre que la loi générale sur l'interdiction des cruautés faites aux animaux mît fin, en même temps, à la corrida. Le résultat aurait été différent si l'exception prévue par le législateur avait porté directement « atteinte à un droit constitutionnellement garanti »⁸⁷⁵. On voit donc la même distinction entre un principe d'égalité considéré de manière relativement abstraite lorsqu'il s'agit d'une différence locale de législation et les principes qui paraissent plus directement mis en cause. De fait, l'emploi du considérant sur l'égalité, s'il s'inscrit dans une tradition bien ancrée, n'est pas si évident qu'on pourrait le croire. Il présuppose en effet que les situations sont différentes en raison des traditions locales, c'est-à-dire, en fait, des manières de vivre des habitants. Cela signifie, si l'on veut, que le Conseil accepte une forme de distinction au sein du peuple français entre celui qui pratique, par essence, la corrida, et celui qui n'y croit pas. Pourtant, on sait que ce même Conseil refuse avec la plus grande rigueur la simple mention d'un peuple qui constituerait un sous-ensemble au sein de la République⁸⁷⁶.

Il nous paraît donc que l'application du principe d'égalité, en l'espèce, n'est pas absolument incontestable, et qu'elle se justifie plus fermement par la volonté qu'a le juge constitutionnel de ne pas porter une atteinte excessive aux régimes déjà en place, surtout lorsqu'ils peuvent être le point de cristallisation de revendications régionalistes.

On observe ainsi combien les techniques d'interprétation peuvent être orientées pour respecter la constitution que se donne un peuple, au détriment s'il le faut de la constitution que lui ont donnée ses représentants à un moment particulier de l'histoire. À ce titre, la nouvelle condition ajoutée pour reconnaître des PFRLR dans la décision sur le mariage pour tous ne doit pas étonner : en réservant cette matière aux questions regardant les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics⁸⁷⁷, le Conseil constitutionnel s'offre un moyen supplémentaire (en plus du pouvoir d'appréciation du législateur, sur lequel nous reviendrons) pour ne pas être contraint à contrôler des textes portant sur des questions de société.

Dans ce dernier cas, on doit remarquer que le juge, en passant par une modification de son considérant de principe, se lie pour l'avenir, au delà du cas d'espèce qui a donné lieu à cette

⁸⁷⁵ Décision 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre* (note J.-Y. Maréchal, *Droit Pénal*, 2012/12, p. 7-12), cons. 5.

⁸⁷⁶ Décision 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse* (note L. Favoreu, RFDC, 1991), cons. 10-14.

⁸⁷⁷ Décision 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* (note L. Sponchiado, RFDC, 96, 2013, p. 951-974), cons. 21.

évolution. C'est là une contrepartie des décisions de circonstance. De la même façon, la décision QPC par laquelle le Conseil a refusé de mettre fin aux régimes spéciaux de retraite n'a pu être justifiée que par une restriction apportée aux conditions que doit remplir une QPC pour être acceptée : l'incompétence négative du législateur ne doit plus seulement affecter un droit ou une liberté que la constitution garantit, comme c'était le cas depuis la décision Kimberly-Clark, mais il faut en plus qu'elle l'affecte « par elle-même ». Quelque contestable que soit cette nouvelle exigence, et la décision avec elle, on doit constater qu'elle permet, en l'espèce, de ne pas supprimer d'un coup de crayon un ensemble de normes qui fait par ailleurs l'objet d'un débat politique intense, et qu'elle restreint, pour l'avenir, les possibilités de recours à l'incompétence négative dans le contentieux QPC⁸⁷⁸.

b. La soudure institutionnelle

La grande majorité des cas où l'interprétation de la constitution sert à articuler celle-ci avec le reste de la société concerne des questions sociales, justement, et mettent généralement en cause des droits fondamentaux. On peut cependant signaler également une manifestation plus précise et plus technique de ce procédé. Il s'agit de la jurisprudence par laquelle le Conseil constitutionnel a offert au gouvernement le pouvoir d'intervenir dans des domaines qui, à lire strictement l'article 34 C, devraient être réservés au pouvoir législatif. Cette interprétation s'explique d'abord par le très grand respect porté, dans ses premières années, par le Conseil au gouvernement, mais il est intéressant de remarquer qu'elle suppose une forme de continuité entre les républiques qui se sont succédé, et qui sont pourtant des régimes différents : une certaine forme de tradition dans la répartition des pouvoirs peut s'imposer au texte constitutionnel de 1958.

Dans la première décision FNR, la plus large part de l'interprétation, et sans doute la plus discutable, demeure implicite. Si le Conseil constitutionnel s'était contenté des techniques traditionnelles, il semble qu'il aurait dû déclarer la matière en question (le choix de la denrée servant de référence pour établir le montant des baux fermiers) législative. C'est en tout cas ce que l'on peut retirer, *a contrario*, du long raisonnement qu'il doit déployer pour justifier sa solution. Le premier considérant, qui interprète explicitement la Constitution, semble d'ailleurs effectivement emprunter cette voie en affirmant qu'il « appartient à la seule autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter ces règles [nécessaires à la mise en œuvre des principes fondamentaux évoqués par l'article

⁸⁷⁸ Décision 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO*, cons. 3, précisant, deux ans après exactement, la décision 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark* (note J. Boucher, RFDA, 2010/4, p. 704-708). Si l'on en croit la base de données du Conseil, la nouvelle formule est depuis systématiquement utilisée (vingt-deux occurrences), alors que l'ancienne a entièrement disparu.

34] dans le respect desdits principes fondamentaux ». Or, le décret que les Sénateurs entendaient abroger par leur proposition de loi avait modifié de manière très importante la situation établie par un texte législatif. On pouvait en conséquence penser que le pouvoir réglementaire avait outrepassé sa compétence, puisque ce décret intervenait si profondément sur le régime des contrats qu'il aurait porté atteinte aux principes fondamentaux établis par la loi.

Le Conseil, cependant, développe un argument plus complexe, qui le fait conclure au caractère réglementaire de la matière. Selon lui, les principes fondamentaux évoqués par la Constitution recèlent déjà des « brèches »⁸⁷⁹, les limitations qu'a pu leur apporter, notamment au nom de l'intérêt général, la législation antérieure :

Considérant que ceux de ces principes qui sont ici en cause [...] doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers⁸⁸⁰

Si une loi a déjà déterminé le sens à donner à ce principe (par exemple, une conception libérale ou dirigiste du droit de propriété⁸⁸¹), alors toute intervention ultérieure qui ne modifie pas cette conception fondamentale ne constitue pas une altération du principe fondamental, et relève donc du domaine réglementaire. Or, le régime de la propriété avait justement déjà fait l'objet d'une loi, et le décret indirectement en cause « se born[ant] à modifier ces prescriptions statutaires antérieures [n'aurait su], dès lors, être regard[é] comme comportant une altération des principes fondamentaux applicables en la matière »⁸⁸².

Il faut cependant voir que, dans ce raisonnement, le Conseil en vient insensiblement à déplacer le problème pour aboutir à une solution qui ne rompe pas avec la répartition déjà établie (et par ailleurs favorable au gouvernement). Le couple antithétique établi par la Constitution est celui de la loi et du règlement ; en certaines matières, les grandes orientations reviennent à la loi, l'application au règlement. Mais avec le considérant de la législation antérieure que nous venons de citer, le Conseil introduit une autre opposition : entre les principes fondamentaux, compris d'une façon matérielle, d'un côté, et la loi et le règlement de l'autre. Alors que la première structure peut être comprise de façon verticale (la loi établit de grandes orientations que les décrets mettent en œuvre), celle-ci doit plutôt l'être comme un empiétement pour ainsi dire géographique : la loi, et le règlement avec elle, peuvent réduire le champ d'un droit fondamental existant par ailleurs. Dans l'article 34 de la Constitution, il revient à la loi d'établir des « principes fondamentaux » en certaines

⁸⁷⁹ Selon l'expression utilisée dans le commentaire aux *Grandes décisions*, p. 45.

⁸⁸⁰ Décision 59-1 FNR du 27 novembre 1958, *Proposition de loi tendant à la stabilisation des fermages*, cons. 4.

⁸⁸¹ Cf. le commentaire aux *Grandes décisions*, p. 49.

⁸⁸² Décision 59-1 FNR, cons. 6.

matières, c'est-à-dire d'énoncer un ensemble de dispositions matérielles qui dirigeront l'action de l'exécutif dans ces domaines. Le Conseil, quant à lui, semble plutôt avoir en vue des principes déjà existants (il cite ainsi « la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions »⁸⁸³), et auxquelles la loi seule pourrait toucher – et le règlement s'il peut se réclamer d'une loi.

Là est précisément la fonction de cette référence aux « limitations de portée générale » apportées par la législation. Si le juge s'était contenté de la première distinction, elles auraient été inutiles : une fois décidé que la question ne relève pas d'un principe fondamental, mais d'une simple application, il n'est plus besoin d'autres éléments pour déclarer le caractère réglementaire. En l'espèce, cependant, un tel raisonnement aurait sans doute été difficile à maintenir : le changement introduit par le décret était si important (conduisant au pire, selon Pierre de Felice, à un « doublement de la partie transformée du fermage », c'est-à-dire à une augmentation unilatérale du bail de 50%⁸⁸⁴) qu'il ne pouvait être simplement considéré comme une mesure d'application. Le Conseil déplace donc, comme nous venons de le montrer, le problème : en opposant des principes déjà existants et dotés d'un contenu en-dehors de la loi à cette même loi, laquelle peut simplement y porter des aménagements. Dès lors, une loi, même antérieure, couvre de son aile le décret intervenu en la matière, puisqu'elle autorise toute intervention qui irait dans le même sens qu'elle (sans qu'on se préoccupe de savoir si la nouvelle modification est d'origine réglementaire ou législative). On voit cependant que c'est offrir une très grande liberté au Gouvernement, puisque le contenu des textes n'est pas comparé, pour vérifier cette conformité du décret à la loi. Selon le Conseil :

les dispositions du décret du 7 janvier 1959, *qui se bornent à modifier ces prescriptions statutaires antérieures*, ne sauraient, dès lors, être regardées comme comportant *une altération des principes fondamentaux applicables en la matière* ; [...] il suit de là que ces dispositions ont un caractère réglementaire⁸⁸⁵

Ce raisonnement mêle deux plans : le fait de modifier concrètement le contenu d'un principe fondamental, la question de savoir s'il est dans l'absolu possible de le faire, et à qui. Quoiqu'une limitation existe déjà, on peut fort bien concevoir qu'une modification de celle-ci puisse, pour peu qu'elle ait des conséquences suffisamment graves (comme c'était le cas en l'espèce) altérer les principes fondamentaux. Mais le Conseil se contente de considérer que cette limitation constituait déjà en elle l'altération du principe fondamental (ce qui relevait bien de la loi), et qu'une fois établie,

⁸⁸³ Décision 59-1 FNR, cons. 4.

⁸⁸⁴ DE FELICE (Pierre), « Les fermages et la constitution », GP, 1960, p. 13-14, p. 13. Michel de Surgy évoque, lui, une multiplication par deux (« Les difficultés d'application du décret du 7 janvier 1959, relatif à la conversion des fermages indexés uniquement sur le blé, et son incidence sur les contrats en cours », Rec. Sirey, 1960, p. 55-62).

⁸⁸⁵ Décision 59-1 FNR, cons. 5 (nous soulignons).

elle ouvre la voie à toutes sortes de nouvelles modifications, y compris par simple décret⁸⁸⁶.

Il s'agit là d'une relecture particulièrement intéressante de la Constitution en ce qu'elle suppose que le texte de 1958 n'a non seulement pas pu entièrement faire table rase du passé, mais surtout que des dispositions législatives s'imposent à elle en prédéterminant le contenu des principes évoqués à l'article 34. Ce qui ne peut apparaître autrement que comme une atteinte assez lourde portée au principe de la hiérarchie des normes s'explique donc sans doute aussi (aussi, car la volonté de ne pas s'opposer au gouvernement est tangible ici) par la volonté de maintenir une certaine continuité dans l'organisation du travail politique : la Constitution du 4 octobre 1958 a bien pu vouloir limiter les pouvoirs du Parlement, mais pas, contrairement à ce qu'on pourrait penser naïvement, réorganisé le pays en partant de rien. C'est mû par ce genre de considérations, sans doute, que le Conseil limite ainsi la portée de l'article 34 C pour ne pas entraver l'action du Gouvernement.

Section 2 L'adaptation de la constitution au contexte social

Afin de mener à bien l'articulation entre constitution et société, il arrive également que le juge constitutionnel interprète les textes qui lui sont soumis (normes de référence comme normes objets du contrôle) à la lumière de ce qui lui paraît une évidence communément acceptée au moment où il rend sa décision. Alors, ce n'est plus une entorse faite à la hiérarchie des normes qui est en jeu, mais la compréhension des normes au moyen de standards externes, qui n'ont d'autre force persuasive que celle d'espérer prêcher des convertis (§ 1). Dans ce cadre, les institutions paraissant avoir une existence propre, non liée à un système juridique en particulier, ont un poids tout à fait considérable (§ 2).

§ 1 L'utilisation de standards externes

Outre les standards établis par le juge et qui servent ensuite de point d'articulation entre fait et droit (tels ceux étudiés par S. Rials à propos du juge administratif⁸⁸⁷), les présupposés tissés dans

⁸⁸⁶ C'est là aussi l'avis de Pierre de Felice, commentant la décision dans la Gazette du Palais : « Devant de telles affirmations, on ne voit plus très bien où se situent exactement les principes fondamentaux comme celui de l'immutabilité des conventions ou l'autonomie de la volonté des contractants judicieusement énoncés par le Conseil constitutionnel lui-même. Par voie de conséquence devant une telle liberté laissée au Gouvernement, on n'aperçoit plus très clairement à quelles limites s'arrêtera le pouvoir réglementaire et quand pourra jouer le droit constitutionnel du Parlement de déterminer lesdits principes fondamentaux » (« Les fermages et la constitution », GP, 1960, p. 14).

⁸⁸⁷ Rials (Stéphane), *Le juge administratif français et la technique du « standard »*.

le champ social (ou, plus précisément, dans le champ juridique) peuvent guider l'interprétation des dispositions constitutionnelles vers une solution qui paraîtrait étrange à qui voudrait raisonner de manière uniquement abstraite (a). Cette tendance semble plus remarquable encore dans des cas, comme le contrôle de proportionnalité en matière pénale, où il n'existe, en réalité, pas d'autre aune que celle de la morale sociale (b).

a. L'interprétation d'après les consensus sociaux

Ces consensus peuvent être utilisés de manière à répondre aux exigences propres au champ juridique : c'est le cas lorsque le juge prend soin de rattacher son interprétation, même indirectement, au texte constitutionnel en passant par les présupposés du constituant. Ce faisant, il ne fait pas autre chose qu'une variation sur le thème connu (et contesté) de la volonté du constituant. C'est sans doute pourquoi l'argument fondé sur la « vue d'ensemble préconstitutionnelle qui était le point de départ du constituant », très tôt invoqué par le Bundesverfassungsgericht, n'a pas eu une grande postérité (seules deux décisions le reprennent ensuite)⁸⁸⁸. En effet, ni le contenu des principes ainsi découverts (l'État de droit, suffisamment protégé par ailleurs dans la *Wertordnung* de la Loi fondamentale élaboré au fur et à mesure de la jurisprudence), ni la force persuasive de cet argument (exposé aux mêmes reproches que l'intention du constituant, sans même pouvoir comme lui se fonder sur des déclarations précises) ne justifiaient sans doute son utilisation prolongée.

En revanche, on peut parfois observer comme le Bundesverfassungsgericht oublie lui-même le principe d'interprétation objective du texte, et s'appuie sur un élément psychologique selon lui largement partagé pour déterminer le sens du texte et arriver à une solution qui ne jure pas avec ce consensus présumé. Récemment amené à se prononcer, incidemment, sur la question de savoir si la Loi fondamentale autorisait ou non l'État à instituer dans les universités des facultés de théologie, et confronté au silence du texte, que l'on pouvait aussi bien interpréter comme un refus que comme une permission, le juge s'est fondé, pour affirmer qu'il n'existe pas de « décision de la Loi fondamentale contre la licéité des ces facultés » sur deux éléments historiques : les garanties qui leur sont offertes par les constitutions des *Länder* antérieures à la Loi fondamentale et la tradition universitaire allemande. Avancer que les constituants ont entendu interdire les facultés de théologie

⁸⁸⁸ BVerfGE 2, 380, 403 (« Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung besteht, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat »). Les deux autres occurrences (se référant à la première) dans BVerfGE 25, 269, 290 et la décision 2 BvR 831/76 du 9 août 1978. La formule paraît depuis abandonnée, et le principe d'État de droit est affirmé sans plus qu'on se réfère aux présupposés du constituant (ainsi dans la décision 2 BvR 2628/10 du 19 mars 2013, § 54).

présuppose « une décision de rupture radicale au regard de l'existence connue et acceptée de facultés de théologie dans presque toutes les universités de l'époque »⁸⁸⁹.

Ainsi, de la « décision de la Loi fondamentale » (tournure qui ne doit pas nous étonner puisque nous avons vu que le juge allemand prend soin d'adopter une méthode objective d'interprétation) on passe insensiblement à un élément psychologique et par définition subjectif : l'acceptation générale du fait dans les esprits, dont le juge trouve diverses preuves (lesquelles ne relèvent pas du raisonnement abstrait, mais du recours, en particulier, aux travaux préparatoires). L'élément décisif pour le Bundesverfassungsgericht est bien, ici, l'existence d'une tradition, qui lui sert à déterminer le sens de la constitution. L'argument revient donc, en définitive, à juridiciser ce fait. En cela, cette façon de faire se rapproche de la coutume – ce pourquoi nous nous sommes permis de parler d'élément psychologique.

En France, il nous semble aussi qu'on peut relever, çà et là, des décisions positives d'interprétation (et non de simples refus de se pencher sur ce que le juge considère comme des questions de société dont il n'a pas à connaître) qui se fondent sur une évidence supposément partagée par la majorité de la population. Cette fois encore, c'est le Préambule de 1946 qui est en cause. On sait qu'il prévoit, à son huitième alinéa, la participation des travailleurs « à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » ; en conséquence, des requérants contestaient les articles L 225-27 et -28 du code de commerce, qui empêchent que les salariés détachés dans une entreprise participent à l'élection des administrateurs représentant les employés. L'argumentation paraissait solide : puisque le Conseil constitutionnel avait déjà reconnu que les travailleurs visés par le Préambule sont tous ceux qui forment la communauté des travailleurs d'une entreprise (ensemble qui comprend les travailleurs détachés, bien qu'ils n'aient pas de contrat de travail direct avec cette entreprise)⁸⁹⁰, l'application de cette jurisprudence devait l'amener naturellement à déclarer l'inconstitutionnalité du texte contesté, qui confère le droit de vote aux seuls salariés.

⁸⁸⁹ BVerfGE 122, 89, 109 : « Daraus folgt jedoch keine Entscheidung des Grundgesetzes gegen die Zulässigkeit theologischer Fakultäten [...]. Schon angesichts der Tatsache, dass eine Reihe von vorkonstitutionellen Landesverfassungen ausdrückliche Bestandsgarantien enthielten (Art. 150 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung, Art. 60 Abs. 2 Satz 1 der Hessischen Verfassung und Art. 39 Abs. 1 Satz 3 der Rheinland-Pfälzischen Verfassung), kann das Schweigen des Grundgesetzes zur Frage des Bestandes der theologischen Fakultäten nicht als Entscheidung gegen deren Zulässigkeit verstanden werden. Dem bloßen Schweigen des Parlamentarischen Rates lässt sich eine gegenteilige, mit der vorgefundenen deutschen Universitätstradition radikal brechende Entscheidung angesichts der bekannten und akzeptierten Existenz theologischer Fakultäten an fast allen damaligen Universitäten und deren Garantie in den dem Grundgesetz vorausgehenden Landesverfassungen nicht entnehmen ».

⁸⁹⁰ Décision 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social* (note A. Lyon-Caen, *Revue de droit du travail*, 2007/2, pp. 84-88), cons.29.

Le Conseil constitutionnel n'a pourtant pas suivi cette voie. Tout en maintenant l'extension déjà conférée à cette disposition pour ce qui regarde les travailleurs devant jouir de ce droit, il introduit une distinction entre la participation « aux organes dirigeants de l'entreprise ou aux institutions représentatives du personnel ». Autant celle-ci constitue le cœur du huitième alinéa, et doit donc concerner la communauté des travailleurs, autant celle-là dépend entièrement du bon vouloir du législateur et n'impose par conséquent aucune participation des travailleurs. C'est dire qu'elle autorise de rendre les seuls salariés électeurs, ce qui conduit le Conseil à déclarer la loi conforme à la Constitution. Ce raisonnement repose sur une précision apportée à la norme de référence : celle-ci « n'impose pas la présence de représentants des salariés au sein des organes de direction de l'entreprise », ce qui permet de faire la distinction que nous venons d'évoquer. Ainsi, sans se renier, le Conseil parvient à maintenir la loi qui lui était soumise⁸⁹¹.

On aimerait pourtant savoir ce qui motive cette différence de traitement entre « la détermination collective des conditions de travail » et « la gestion des entreprises » : de fait, le Conseil rend une moitié de l'alinéa applicable et vide l'autre de son sens (comment participer à la gestion des entreprises sans être représenté dans leurs organes de direction ?). Il nous semble que la solution doit être trouvée dans une forme de bon sens qui n'est en fait que l'acceptation naïve des présupposés d'un système d'organisation social qui n'a, en fait, rien d'évident. On ne peut pas sérieusement imaginer, dans la perspective d'une société bourgeoise reposant sur le capitalisme et la propriété, que les travailleurs puissent, pour de bon, avoir le droit de participer à la gestion. C'est du moins l'argument qu'on trouve en doctrine⁸⁹², et qui a sans doute été au fondement de la décision en question. Le Conseil a beau prétendre, dans son commentaire, se placer dans la droite ligne de la première décision ayant traité de l'alinéa 8 P1946, l'élément apporté est tout à fait nouveau ; en 1986, la solution du Conseil repose sur l'application du principe d'égalité dans des situations différentes⁸⁹³.

Si l'on veut imaginer les arguments qui seraient avancés à l'appui de cette prétendue évidence, on tomberait sans doute assez rapidement sur ceux déjà employés lors des débats constitutifs de 1946 par les opposants – *minoritaires* – à la proclamation du droit de participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise : « Envisagez-vous qu'il sera permis, dans une étude de notaire, aux clerks les plus modestes, ceux qu'on appelait naguère les saute-ruisseau, d'intervenir pour savoir si le notaire entreprend la liquidation d'une succession ainsi qu'il convient et s'il la mène de la manière la plus expédiente ? ». Or, la discussion a justement donné lieu à une prise de position

⁸⁹¹ Décision 2013-333 QPC du 26 juillet 2013, *M. Philippe M. et autre*, cons. 6 et 7.

⁸⁹² Ainsi dans Favoreu (Louis), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2013, 1070 p., n° 1333.

⁸⁹³ Décision 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* (note P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, 40, 1987, p. 178 sq.), cons. 44.

particulièrement claire du président de la commission :

Désormais, pour nous, la démocratie n'est plus seulement politique, elle est économique et sociale. La classe ouvrière n'a pas seulement à exercer la démocratie en faisant acte de citoyen tous les quatre ans, dans un vote politique. La démocratie doit être réalisée, et dans les secteurs nationalisés et dans les secteurs libres, par la faculté donnée aux travailleurs, suivant leur compétence et leur degré d'éducation, de prendre partout leurs responsabilités dans la gestion même des entreprises.⁸⁹⁴

Prétendre, comme le fait le Conseil constitutionnel, que cette disposition n'impose pas la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise, c'est précisément refuser la démocratie économique et sociale qui l'expliquait. Il nous semble que cette méprise historique s'explique par la force de ce que le juge tient pour des évidences, comme telles inaccessibles à la critique et qui forment un prisme de lecture d'autant plus puissant.

Le travail du juge constitutionnel a beau être une articulation entre le fait et le droit, il nous semble que l'on parvient ici à une limite : à force de ne pas remettre en question le paradigme intellectuel qui structure le fait, le juge ôte toute chance au droit de le réaliser. Certes, la distance temporelle peut fournir une justification : puisque soixante ans ont passé, le juge ne pourrait plus, pour un acte aussi révolutionnaire que l'application pleine de la norme en question, s'appuyer sur le constituant et le mouvement de fond qu'il exprime. Reste que cette interprétation d'après les mécanismes de domination sociale conduit nécessairement à maintenir cette forme de domination sociale. Le juge peut donc bien se réclamer de la conciliation qu'il opère avec le peuple (en dernier lieu souverain) – et en effet, on pourrait arguer que le fait de s'appuyer ainsi sur les évidences qui structurent la pensée générale revient finalement au même que le travail de consensus, c'est-à-dire de recherche du plus petit dénominateur commun, qui préside généralement à la rédaction d'une constitution –, mais il ôte en même temps leur moyen d'action à ceux qui prétendent faire (pacifiquement) changer la société grâce au droit.

Ce comportement s'observe aussi à l'échelle du seul champ juridique, par exemple lorsque le Conseil constitutionnel fait reposer son raisonnement sur un élément qui lui semble soustrait à toute discussion, alors même qu'il ne repose pas sur les normes constitutionnelles. La *summa divisio* du système juridique français entre les ordres judiciaire et administratif en offre une illustration remarquable.

La règle de prescription des créances ne protège pas de la même manière le mineur non émancipé selon que cette créance relève du droit public ou du droit privé : alors que la minorité

⁸⁹⁴ JO, 1946, 84, p. 3372 (séance du 28 août 1946) ; l'exemple choisi nous semble tout à fait révélateur.

suspend le délai de prescription en droit privé (art. 2235 C.C.), le droit public ne reconnaît pas ce statut parmi ceux qui justifient une suspension (art. 3 de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics). Le requérant, ainsi empêché de réclamer une créance à un établissement public, contestait cette différence de traitement sur le fondement du principe d'égalité. La demande a été rejetée par le Conseil par une référence à sa jurisprudence traditionnelle en matière de rupture d'égalité : celle-ci peut être justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi en question. Nous aurons à revenir, dans le chapitre suivant, sur la question de l'égalité et du très grand respect que le Conseil marque en ce domaine à l'égard du législateur, mais il nous semble déjà intéressant, ici, d'insister sur le déplacement qui s'opère entre la requête et la décision. Le juge renverse, d'une certaine manière, la charge de la preuve en énonçant comme un considérant de principe « qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose que les créances sur les personnes publiques soient soumises aux mêmes règles que les créances civiles »⁸⁹⁵ : il présuppose ainsi que la simple distinction entre régimes de droit public et de droit privé ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité. Cette distinction possède en effet le statut d'une évidence, et impliquerait ainsi à elle seule différence de situation, et donc possibilité d'une différence de traitement. Elle n'est pourtant qu'une construction jurisprudentielle (comme en témoignent d'ailleurs les refus de transmission qui avaient précédé cette QPC, aussi bien du fait du Conseil d'État que de la Cour de cassation⁸⁹⁶), reposant, on le sait, sur l'ensemble des raisons qui ont conduit le juge, administratif au premier rang, à considérer que la particularité des tâches qui incombaient à l'administration pouvaient justifier un droit dérogatoire. Comme le fait remarquer A. Mangiavillano dans son commentaire, cependant, le Conseil, en l'espèce, ne cherche pas à montrer ce qui, concrètement, dans le cas de l'espèce, justifie cette différence de traitement. Il semble plutôt prendre pour acquis une bonne fois pour toute la bipartition, sans chercher, par exemple dans les travaux préparatoires de la loi (comme il le fait généralement), quelle spécificité de l'action administrative inviterait ici à ne pas faire profiter les mineurs non émancipés de la suspension du délai de prescription. En somme, on pourrait penser que l'existence indiscutée d'une différence de nature entre droit public et droit privé fournit au juge une raison de ne pas pousser trop loin un raisonnement qu'il n'aurait peut-être pas pu pousser si loin (A. Mangiavillano fait ainsi remarquer que le rejet de la QPC aurait été mieux fondé sur la différence entre prescription et déchéance de la créance, c'est-à-dire sur une étude concrète des mécanismes en cause).

⁸⁹⁵ Décision 2012-256 QPC du 18 juin 2012, M. Boualem M. (note A. Mangiavillano, RFDC, 92, 2012, p. 884-886), cons. 5.

⁸⁹⁶ CE, 15 novembre 2010, n° 342947, *consorts Collet et autres* ; Cour de cassation, 1ère chambre civile, arrêt n° 743 du 16 mai 2012, n° 12-40.020 (les deux décisions citées dans le commentaire aux Cahiers).

b. La mesure du contrôle de proportionnalité en matière pénale

S'il est un élément qui doit échapper à toute rationalisation, c'est sans doute l'établissement d'une peine. Puisqu'elle est censée dissuader ou amender, et non pas seulement punir ou réparer (il faut que le risque encouru soit plus grand que le profit espéré), on voit mal comment établir un lien direct entre la commission de telle ou telle infraction et cette peine qu'on lui attache. La doctrine se résigne : « Il est d'ailleurs difficile, d'un point de vue philosophique, de savoir si la peine a vraiment un sens, tout au plus peut-on constater que sa pratique n'a jamais cessé et que l'on n'en voit pas encore la fin »⁸⁹⁷. En effet, la détermination de la peine est nécessairement le résultat d'une décision axiologique prise par le législateur. Or, si la décision est axiologique, il est délicat pour le juge de prétendre la contrôler, si ce n'est en s'appuyant lui aussi ce qu'il peut affirmer être le consensus social minimal. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel se contente, en matière pénale, d'un contrôle restreint quant aux exigences énoncées par l'article 8 DDHC, selon lequel la peine doit être juste et nécessaire⁸⁹⁸.

Pourtant, la simple mention de cette erreur manifeste présuppose encore le pouvoir de déterminer ce qui est ou non une erreur, donc de disposer d'un critère. L'appréciation du caractère manifeste, ensuite, peut bien servir à prétendre laisser le champ un peu plus libre au législateur, il reste qu'il n'existe pas de demie-mesure quant à l'établissement d'une relation entre un acte et une peine. Or, l'un des critères de la disproportion, précisément parce qu'il est, en général, rationnellement impossible de déterminer une peine juste, réside aux yeux du Conseil non pas tant dans la sévérité de la peine elle-même que dans le lien qu'on peut établir entre l'infraction et la manière dont la peine est fixée. C'est ainsi qu'il a imposé au législateur une nouvelle condition pour prévoir des peines déterminées, non pas au regard de la gravité de l'infraction réprimée (comme c'est le cas lorsque l'assassinat est plus fortement réprimé que de simples coups), mais en fonction de l'auteur de cette infraction. On sait qu'en matière de délinquance financière, notamment, la même sanction serait dissuasive pour l'un, indolore pour l'autre, en fonction des sommes qui sont en jeu. Ce constat avait poussé le Parlement à créer un nouveau mode (alternatif) de fixation des amendes infligées aux personnes morales condamnées pour fraude fiscale : il ne s'agissait plus seulement d'un montant absolu, mais d'une somme calculée à proportion du chiffre d'affaire réalisé par cette

⁸⁹⁷ PIN (Xavier), *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2012, 455 p., p. 19 ; sur la question du sens de la peine, on peut se reporter à CASADAMONT (Guy), PONCELA (Pierrette), *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004, 279 p.. Les auteurs, s'appuyant notamment sur le constat foucauldien d'une perte du sens de la peine, renoncent à chercher un hypothétique « vrai sens » de la peine (p. 11-12 ; on trouvera la position de M. Foucault notamment dans l'entretien avec C. Baker, *in Dits et Écrits*, t. 4, Paris, Gallimard, 1994, p. 688-696, p. 691).

⁸⁹⁸ On sait en effet qu'il contrôle seulement l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue (décision 86-215 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance* (note L. Favoreu, RDP, 1993, p. 399), cons. 7).

personne morale⁸⁹⁹. Le Conseil a cependant considéré qu'une telle disposition contrevenait à l'art. 8 DDHC en ce qu'elle prévoyait une peine disproportionnée ; selon lui, « le législateur a retenu un critère de fixation du montant maximum de la peine encourue qui ne dépend pas du lien entre l'infraction à laquelle il s'applique et le chiffre d'affaires et est susceptible de revêtir un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de l'infraction constatée »⁹⁰⁰. D'autres décisions rendues en matière de sanction par la juridiction constitutionnelle doivent permettre de mieux comprendre cette exigence. Jusqu'à la décision 2013-679, en effet, plusieurs sanctions ont ainsi été validées par le Conseil parce qu'elles étaient déterminées à proportion du bénéfice retiré du comportement délictueux⁹⁰¹. Les présupposés sont aisés à déterminer : aux yeux du juge, la sanction doit être avant tout dissuasive, et il est donc justifié de faire en sorte que le législateur cherche à rendre la fraude moins tentante en s'assurant que l'amende dépasse toujours suffisamment le profit escompté.

Dès lors, affirme le Conseil, une peine peut être établie en fonction du chiffre d'affaires de la personne condamnée si la fraude avait pour but d'augmenter ce chiffre d'affaires. C'est du moins ainsi que, dans le commentaire de sa décision, le juge convoque un précédent dans lequel, selon lui, la peine calculée d'après le chiffre d'affaires avait été déclarée conforme à la Constitution parce qu'elle devait sanctionner les manquements à la libre concurrence. De manière apparemment logique, en utilisant un raisonnement *a contrario*, il conclut donc que dans l'espèce présente, la sanction était inconstitutionnelle, puisqu'il n'y a pas de lien entre infraction et sanction. La logique, pourtant, n'est qu'apparente. La déformation que fait subir le juge à sa propre jurisprudence en donne d'abord un indice : l'exemple des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence n'est pas si révélateur qu'il en a l'air car il ne concerne pas la proportionnalité des peines au regard de l'article 8 DDHC, mais la proportionnalité entre l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre et l'intérêt général qui la justifie⁹⁰². En conséquence, il n'y avait pas de précédent qui encadrerait (et

⁸⁹⁹ Cf. les explications données par le rapporteur devant la commission des lois de l'assemblée nationale (AN, rapport n° 1130 de M. Yann GALUT au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et le projet de loi organique relatif au procureur de la république financier, déposé le 12 juin 2013).

⁹⁰⁰ Décision 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière* (note E. Bonis-Garçon, *Droit pénal*, février 2014/2, p. 50-51), cons. 10. Cette solution a été confortée par plusieurs réutilisations dans un laps de temps assez bref. Voir ainsi dans les décisions 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014* (note), cons. 93-97, et 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation* (note), cons. 77-87. Dans le premier cas, censure d'une amende fondée sur le chiffre d'affaires pour sanctionner la non-transmission de certaines informations ; dans le deuxième, non-censure d'amendes fondées sur le chiffre d'affaires pour punir des fraudes visant directement à augmenter ce même chiffre d'affaires.

⁹⁰¹ Ainsi en matière de fausses factures (décision 97-395 DC du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, cons. 40), de fraude à la prime pour l'emploi (décision 2003-489 du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, cons. 8-13), de redevance sur les bureaux (décision 2012-225 QPC du 30 mars 2012, *Société Unibail Rodamco*, cons. 7) ou d'occupation du domaine public fluvial (décision 2013-341 QPC du 27 septembre 2012, *M. Smaïn Q. et autre*, cons. 7).

⁹⁰² Décision 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre* (note M. Bazex, *Droit*

limitait donc) le calcul des sanctions sur la base du chiffre d'affaires. Surtout, au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, le raisonnement du juge ne convainc pas nécessairement : si la fraude fiscale n'agit pas directement sur le chiffre d'affaires, elle vise tout de même à augmenter les profits réalisés par le fraudeur. Dès lors que l'intérêt trouvé à la fraude peut, selon la taille de la personne juridique, dépasser la sanction prévue, il ne semblait pas si manifestement disproportionné que cela de trouver un moyen de prendre en compte les effets de masse. À vrai dire, en rejetant ce point de vue, le Conseil constitutionnel semble s'écarter d'une conception de la peine principalement dissuasive, et lui préférer une conception simplement morale : l'infraction doit être punie, sans qu'on s'occupe de savoir si la peine est efficace. Il rattrape, ce faisant, le principe du droit pénal français, qui prévoit certes la modulation des amendes en fonction des ressources de la personne, mais uniquement « dans les limites de la loi » (art. 132-24 CP) : il n'y a là qu'une manière d'ajuster la peine, pas de vérifier qu'elle soit vraiment efficace pour dissuader l'auteur de l'infraction. On peut donc supposer que le but est avant tout de sanctionner un comportement particulier, et non d'empêcher le comportement lui-même, sinon en espérant dans les scrupules moraux qui saisiraient le fraudeur potentiel à la simple idée d'être puni. Cependant, les analyses micro-économiques du comportement criminel ont montré qu'il existe une solution de continuité entre les éléments moraux et les éléments utilitaires dans le comportement criminel, et que par conséquent la fixation de la peine à raison de la sanction revient à autoriser la transgression à ceux qui en ont les moyens. On connaît le dessin signalé à cette occasion par Gary Becker, dans l'article qui fonde cette approche ; on voit sur une voiture de police un panneau indiquant : « Vitesse autorisée: 30 m. p. h., 5\$ d'amende par mile au-delà – choisissez la vitesse que vous pouvez vous offrir »⁹⁰³.

Il semble que le Conseil se fonde, pour prendre sa décision, sur cette conception de la peine : la sanction ne s'appuie que sur le fait, pas sur la personne (ou seulement comme une modulation). C'est ce qui explique la censure du mode de calcul imaginé par le législateur. Là encore, le fondement de son raisonnement relève plutôt de l'évidence sociale (il est évident en France, par exemple, que les amendes pour stationnement interdit ne doivent pas dépendre des ressources du conducteur) que d'une exigence qu'on pourrait trouver dans le texte constitutionnel. Celui-ci se contentant d'un critère en soi abstrait, il revient au juge de décider si ce silence vaut liberté pour le législateur ou point d'articulation pour intégrer l'ordre constitutionnel à l'ordre juridique et social déjà établi.

Le juge, d'ailleurs, n'est pas toujours si regardant quant au lien entre peine et infraction,

administratif, 2012/12, p. 29-31), cons. 7-11. En revanche, dans la décision 2014-690 DC précitée (cons. 77-87), le Conseil a eu l'occasion d'établir pour de bon, quoique *a posteriori*, le précédent qui lui manquait.

⁹⁰³ BECKER (Gary), « Crime and Punishment: An Economic Approach », *The Journal of Political Economy*, 76, 1968, p. 169-217, p. 195 (note 45).

lorsqu'il s'agit de décider de la conformité d'une sanction au principe de proportionnalité, notamment lorsque la morale publique peut lui offrir un fondement de substitution. Si ce n'est la conséquence de la condamnation *a priori* de tout ce qui est considéré comme une drogue au sens strict (et non toutes les substances susceptibles de provoquer une addiction), on ne voit pas en effet ce qui justifie la solution retenue dans la décision 2011-204 QPC. Le requérant contestait l'article du Code de la route réprimant la conduite après usage de stupéfiants notamment sur le fondement de l'art. 8 DDHC : en se contentant d'une trace d'usage de stupéfiants, sans exiger que le consommateur soit toujours sous leur emprise, cette disposition permettrait de condamner ce consommateur alors même que l'effet de la substance a cessé (alors donc que celle-ci ne risque plus de rendre la conduite plus dangereuse), et prévoirait donc selon le requérant une peine qui n'était pas nécessaire. Conformément à sa jurisprudence, le Conseil traduit ce grief sous la forme du considérant de principe qu'il utilise communément pour contrôler le respect de l'art. 8 DDHC : le pouvoir d'appréciation du législateur et le contrôle de la seule disproportion manifeste. Il lui faut donc prouver qu'il existe un lien entre l'infraction particulière (différente de la simple consommation) et la peine prévue. Or, sur le modèle de l'infraction particulière que constitue la conduite en état d'ivresse, seul le danger que fait peser le conducteur sur les autres justifie cette incrimination particulière (sanctionnée plus lourdement que la simple consommation). Le Conseil argumente donc en avançant « que, compte tenu des risques induits par le comportement réprimé, les peines encourues ne sont pas manifestement disproportionnées »⁹⁰⁴.

En se justifiant ainsi, il ne répond pas du tout à la question posée : celle-ci portait précisément sur le fait que le comportement réprimé n'induit pas nécessairement de risques, dans la mesure où des traces de produits stupéfiants se maintiennent dans le sang au-delà de la période pendant laquelle ceux-ci faisaient effet. C'est d'ailleurs pour cette raison que certaines juridictions ont voulu interpréter le texte de sorte à en limiter la portée aux seuls cas où le conducteur était effectivement sous l'emprise de stupéfiants, et donc un danger pour autrui – mais la Cour de cassation, suivie en cela par le Conseil constitutionnel, n'a pas accepté ce raisonnement⁹⁰⁵. Le Conseil, en ne trouvant rien à redire à l'infraction telle qu'elle est déterminée dans le Code de la route, agit en fait comme s'il acceptait que toute consommation d'alcool avant de prendre le volant, sans s'occuper de l'effet qu'elle a sur la personne, soit punie. Ou comme si le fait de conduire après avoir commis un assassinat justifiait une infraction particulière.

Dans ce cas, il nous semble que le lien entre la peine et l'infraction est bien plus ténu que

⁹⁰⁴ Décision 2011-204 QPC du 9 décembre 2011, *M. Jérémy M.* (note S. Detraz, GP, 2012/33, p. 9), cons. 6.

⁹⁰⁵ Voir la décision Cass. crim., 8 juin 2011, n° 11-81218 : GP, 2011/314, p. 21, 17599, obs. S. Detraz (signalée par S. Detraz dans la note précitée).

dans celui des amendes calculées en fonction du chiffre d'affaire. Manque en effet, plus profondément, la raison d'être de la peine. En revanche, contrairement à la considération que le juge porte à la propriété et au gain industriel dans une société capitaliste contemporaine, la consommation de cannabis n'est sans doute pas assez neutre, axiologiquement parlant, pour pouvoir être envisagée froidement et au seul regard du droit. La condamnation, ici, est plutôt celle d'un comportement ressenti comme immoral.

Dans ces cas, ce ne sont pas les critères utilisés par le juge constitutionnel qui entrent en jeu (comme on l'a vu, en revanche, en évoquant les PFRLR), mais la manière dont il explicite le sens de certaines dispositions. Ces techniques sont donc bien moins contraignantes pour lui dans la mesure où elles le lient moins fortement pour l'avenir (elles ne concernent que la disposition en cause et non, par exemple, toute la catégorie des PFRLR). Pourtant, c'est aussi une manière d'interpréter qui lui permet d'affirmer sa propre impuissance. Cela est paradoxal, puisque cette prétendue impuissance est mise à l'œuvre pour interpréter le texte, voire aller contre lui. Un membre du Bundesverfassungsgericht a pourtant pu affirmer que le juge fait preuve de *hubris* s'il prétend découvrir la *Wertordnung* dans un seul texte. Pour lui, au contraire, cet ordre peut être découvert, mais comme un produit de la société : elle gît en-dehors du droit⁹⁰⁶. Ici s'accomplit le renversement déjà signalé chez Schmitt dans la notion de constitution positive, amenant en définitive à justifier un pouvoir toujours plus grand du juge, prétendument tenu par une vérité préexistante, mais qu'il est seul à pouvoir découvrir⁹⁰⁷.

§ 2 L'acceptation implicite des institutions

Le terme « institution » a en réalité deux sens différents, non pas tant selon qu'il désigne un organe ou un régime, mais selon que son emploi est descriptif ou prescriptif. En réalité, on pourrait avancer que le propre de ce mot est de toujours prétendre à la description quand il verse nécessairement dans la prescription. Lorsqu'on définit les institutions comme des « réalités [...] caractérisées par l'idée d'une manifestation créatrice, et organisatrice, de la volonté humaine », et

⁹⁰⁶ DI FABIO (Udo), « Grundrechte als Werteordnung », JZ, 2004/1, p. 1-8, p. 4-5.

⁹⁰⁷ On voit là le même présumé que chez Savigny. Voir à ce sujet les remarques d'O. Beaud sur la science du droit de Schmitt, normative sur le modèle de celle que construit Savigny : le juriste est le seul capable d'accéder à la vérité scientifique du droit et de la constitution (BEAUD (Olivier), *Les Derniers jours de Weimar, Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & cie, 1997, 253 p., p. 196).

comme telles généralement soumises à un ensemble de règles particulières⁹⁰⁸, on ne dit finalement rien d'autre que : quelque chose a été créé par un texte comme une unité et est régi par ce texte. Or, ce genre de tautologie n'a pas d'intérêt pour la doctrine juridique. L'institution ne peut être utilisée comme un concept que si l'on accepte de voir sa profonde unité et sa profonde ambiguïté. Le sens que lui donne Hauriou, généralement considéré comme un sens particulier, est en réalité le moins hypocrite. Il montre que l'institution est utilisée comme une écluse entre le fait et le droit, permettant d'édicter le droit à partir du fait. C'est ce que l'on doit lire aussi dans l'apparente neutralité de la définition suivante : « un établissement de la vie humaine devant être appréhendée comme une relative unité »⁹⁰⁹. Celle-ci laisse en effet de côté la question principale, celle de savoir pour quoi l'institution doit être considérée comme une unité. De fait, l'intérêt est de prétendre qu'elle a en quelque sorte, puisqu'elle vient de la vie humaine, une existence propre, qui se déploie d'elle-même indépendamment de l'ordre juridique où elle apparaît (quoique, en même temps, au moyen de cet ordre juridique qui lui procure les garanties institutionnelles).

Dans la compréhension de Hauriou, la caractéristique principale d'une institution est de comporter une idée d'œuvre, c'est-à-dire pas uniquement un but recherché, mais également les moyens d'y parvenir⁹¹⁰. C'est ce qui justifie qu'un ensemble de règles la régit de manière particulière. On voit qu'il est aisé, partant de cette définition (qui est nous semble-t-il la définition toujours présupposée, sans être nécessairement assumée, de l'institution) de réclamer pour les institutions une forme de régime d'exception : puisqu'elles n'ont de sens que d'après cette idée d'œuvre, on ne peut pas prétendre leur appliquer sans discernement les règles valant pour l'ensemble de l'ordre juridique, mais on doit prendre en compte la portée normative propre de l'idée d'œuvre. L'exemple typique d'institution juridique est le mariage : de fait, il paraît spontanément non pas un mode contingent d'organisation des rapports humains (et éventuellement, comme tel, l'expression et le résultat de luttes de pouvoir, laissant donc entrevoir dominants et dominés), mais une forme d'invariant de l'esprit humain – c'est pourquoi l'un des critères généralement retenus lorsqu'il s'agit de définir l'institution est l'existence reposant sur la tradition⁹¹¹. De sorte que ce serait

⁹⁰⁸ GUINCHARD (Serge), DEBARD (Thierry), *Lexique des termes juridiques 2014*, Paris, Dalloz, 2013, p. (ved. « institution »). C'est ici également qu'on trouve la distinction entre organe et régime.

⁹⁰⁹ « ist eine als relative Einheit zu begreifende Einrichtung des menschlichen Lebens » (TILCH (Horst), dir., *Deutsches Recht-Lexikon*, München, C.H. Beck, 1992 (2^e éd.), 3 t., t. 2, ved. « Institution »).

⁹¹⁰ MILLARD (Éric), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 30-31, 1995, p. 381-412, p. 393. Voir maintenant également SCHMITZ (Julia), *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2014, 523 p.

⁹¹¹ Ainsi, chez Schmitt, les institutions de droit se comprennent comme des ensembles de normes et des relations de droit typiques, existant de manière traditionnelle (« im Sinne von typischen, traditionell feststehenden Normenkomplexen und Rechtsbeziehungen » ; cf. SCHMITT (Carl) « Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung », in ANSCHÜTZ, THOMA, dir., *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, 2. Band, Tübingen, 1932, p. 572 sq., p. 595.)

outrecuidance de la part du juge ou du législateur de prétendre porter atteinte à quelque chose qui le dépasse. Comme le disait le professeur Le Pourhiet lors des débats sur l'ouverture du mariage aux couples homosexuels,

la loi est contrainte par les impératifs de la raison, de la connaissance et de la science naturelle. Nous ne pouvons pas marier deux hommes ou deux femmes tout simplement parce que c'est impossible. La Terre est ronde, un cheval n'est pas un bœuf, un homme n'est pas une femme et donc on ne peut pas marier deux hommes et deux femmes⁹¹²

Ce n'est pas tant ici jusnaturalisme, puisque le mariage est nécessairement artificiel. En revanche, on voit combien la pensée de l'institution (c'est-à-dire, en réalité, la pensée paradoxale qu'il existe des institutions pré-juridiques) en est proche : elle prétend qu'une institution a une vérité en soi, vérité qui s'impose au législateur – tout comme le jusnaturalisme, cette pensée de l'institution ne dédaigne ni la pétition de principe, ni la tautologie. Ainsi, l'institution, par delà ses dehors descriptifs, est une manière d'intégrer au système juridique de manière prétendument justifiée, car prétendument nécessaire (à partir du moment où l'on reconnaît le mariage, ou un statut des fonctionnaires, on doit reconnaître le véritable mariage) d'autres normes. Elle présente en outre pour le juge constitutionnel un avantage important : l'idée d'œuvre qui fonde une institution est également ce qui fait une communauté d'individus qui la partagent et se reconnaissent en elle⁹¹³. De la même manière, donc, en transposant cela au niveau des institutions-organes ou régimes, on peut supposer que le recours à l'institution permet de se reposer sur un assentiment présumé dans l'auditoire. En contrepartie, cela restreint le champ d'emploi de cette technique : tout ne peut pas être présenté comme une institution, dotée de règles allant de soi.

À ce titre, par exemple, il est important de distinguer l'institution de la coutume. Certes, toutes deux font passer du fait au droit, et posent en cela de la même manière un problème de normativité. Mais seule la première offre le moyen pour le résoudre à un juge censé demeurer plus proche de ses textes de références et qui refuse donc de reconnaître directement la coutume comme une source de droit. C'est encore l'idée d'œuvre qui l'explique : contrairement à la coutume, qui est une forme d'abdication du droit devant le fait, l'institution peut paraître porter par essence sa propre normativité, être en quelque sorte déjà du droit. C'est sans doute pourquoi le Conseil refuse de se fonder sur la coutume pour établir des principes constitutionnels, ce que lui demandent parfois les requérants, ou de considérer l'apparition au niveau législatif d'une coutume qui lierait le Parlement.

⁹¹² Intervention publique à l'occasion de la manifestation parisienne du 24 mars 2013 contre l'ouverture du mariage aux couples homosexuels.

⁹¹³ « Dans cette optique, il y a représentation lorsque le gouvernement et les membres du groupe ont la même idée d'œuvre, c'est-à-dire se font la même idée de ce qui les unit et de ce qui doit les unir » (MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », p. 396).

À cet égard, il est remarquable qu'au moment d'énoncer, avec les réticences et les précautions que nous avons dites, un principe se rapprochant du principe de confiance légitime, il prenne bien soin de ne pas reprendre l'argumentation des requérants, selon qui l'atteinte à ce principe était visible au regard de la « pratique législative », c'est-à-dire en fait, dans leur raisonnement, d'une forme de coutume. Au contraire, le Conseil se contente de considérer les lois en elles-mêmes, et leurs effets, et les examine (comme nous l'avons vu) au regard des problèmes de rétroactivité qui se posent⁹¹⁴.

Les deux champs habituellement évoqués comme exemple d'une institution sont la famille (en fait surtout le mariage) et le statut des fonctionnaires. De fait, les juges des deux pays, lorsqu'ils ont eu affaire à ces sujets, ont interprété les textes à la lumière de l'élément institutionnel prétendument préexistant. Ils ont ainsi pu donner un sens au mariage dépassant les seuls rapports de droit qu'il fait naître (a), et tirer, non pas seulement pour les fonctionnaires d'ailleurs, mais pour toute charge qui peut s'apparenter à une institution, des devoirs particuliers, si inhérents à elle qu'ils n'ont pas besoin d'être explicités (b).

a. le juge constitutionnel et les institutions familiales

En France comme en Allemagne, la question de l'institution a été cruciale dans les décisions portant sur le mariage ou sur les pactes civils. Lorsque la Loi fondamentale affirme que le mariage est placé sous la protection spéciale de l'État, cela ne dit à soi seul rien sur ce que l'on entend pour « mariage ». Par conséquent, le juge doit se résigner à laisser le législateur agir librement au nom de sa liberté d'appréciation, ou réussir à prouver que le mariage est en réalité un concept qui emporte nécessairement un certain nombre de caractéristiques. Il parvient à cette dernière solution en se reposant sur la théorie de l'institution : puisque la liberté du mariage ne se comprend qu'en lien avec la garantie d'institution énoncée par l'art. 6, al. 1 GG, « cette réglementation [du mariage par le législateur] doit respecter les principes structurels essentiels déterminant l'institution du mariage, lesquels découlent de la référence faite par l'art. 6, al. 1 GG à des formes de vie préexistantes et traditionnelles, en lien avec le caractère de liberté du droit fondamental ainsi protégé et avec les autres normes constitutionnelles – par exemple le principe de monogamie »⁹¹⁵. L'autre caractéristique inhérente au mariage aux yeux du juge allemand, on peut le deviner, est son

⁹¹⁴ Décision 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *LFSS 2014* (note E. Joannard-Lardant, *Revue de droit fiscal*, 2014/10, p. 12-23), cons. 10 et 17.

⁹¹⁵ BVerfGE 31, 58, 69 (« Diese Regelung muß aber die wesentlichen, das Institut der Ehe bestimmenden Strukturprinzipien beachten, die sich aus der Anknüpfung des Art. 6 Abs. 1 GG an vorgefundene, überkommene Lebensformen in Verbindung mit dem Freiheitscharakter des verbürgten Grundrechts und anderen Verfassungsnormen ergeben - etwa das Prinzip der Einehe. »)

caractère hétérosexuel⁹¹⁶. Réaffirmé en passant dans la même décision (trop ancienne sans doute pour qu'on ait imaginé un mariage homosexuel, alors que l'homosexualité masculine était encore réprimée), cet élément a été mis particulièrement en avant lors de la décision sur la *Lebenspartnerschaft* (le pacte civil).

Les requérants avançaient en effet que, par sa seule existence, une modalité d'union autre que le mariage portait nécessairement atteinte au mariage lui-même : le législateur avait donc enfreint la protection particulière dont jouit le mariage d'après l'art. 6, al. 1 GG. Partant du même principe, que la définition du mariage découle d'un certain nombre de critères qui s'imposent à la constitution elle-même, et *a fortiori* au législateur, le juge en revanche en a déduit qu'une union homosexuelle (cette union civile étant réservée, en Allemagne, aux couples de même sexe) était essentiellement différente du mariage et pouvait donc pas lui porter atteinte, d'autant moins qu'elle ne rentrait pas, en tant que telle, sous la protection prévue par la Loi fondamentale⁹¹⁷. Les deux opinions dissidentes, elles aussi, partent du postulat du mariage comme institution, pour en tirer cependant des conclusions opposées : l'institution emportait pour eux exclusivité. Étant un des fondements de l'organisation sociale, le mariage doit recouvrir toutes les situations dans lesquelles deux personnes reçoivent, même de manière incomplète, les droits et devoirs qu'il emporte.

L'institution du mariage n'est pas seulement protégée quant au nom, mais aussi quant au fait. Le législateur, s'il crée, même sous un autre nom, une union juridique entre deux personnes de même sexe, union qui pour le reste correspond aux droits et devoirs du mariage, méconnaît par là un principe structurel essentiel qui lui est imposé par l'art. 6 al. 1 GG.⁹¹⁸

Ainsi, si une forme d'union civile a été acceptée, c'est uniquement au prix d'une exclusion de la protection particulière accordée au mariage par la Loi fondamentale : les couples homosexuels demeurent en théorie exclus de la jurisprudence portant sur la protection accordée aux couples mariés (en pratique, le statut est devenu très semblable, mais le juge se fondait sur le principe d'égalité, ce qui explique que subsistent certaines différences de traitement, notamment en matière de procréation assistée)⁹¹⁹.

⁹¹⁶ BVerfGE 10, 59, 66 : « Le mariage est, pour la Loi fondamentale aussi, l'union d'un homme et d'une femme en une communauté de vie en principe indissoluble » (« Ehe ist auch für das Grundgesetz die Vereinigung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflöselichen Lebensgemeinschaft »).

⁹¹⁷ BVerfGE 105, 313, 342-351.

⁹¹⁸ « Schafft der Gesetzgeber, wenn auch unter einem anderen Namen, eine rechtsförmlich ausgestaltete Partnerschaft zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Personen, die im Übrigen in Rechten und Pflichten der Ehe entspricht, so missachtet er hierdurch ein wesentliches, ihm durch Art. 6 Abs. 1 GG vorgegebenes Strukturprinzip » (BVerfGE 105, 313, 358, opinion dissidente du juge Papier).

⁹¹⁹ Sur toute cette question, voir SANDERS (Anne), « Das Ehebild des Bundesverfassungsgerichts zwischen Gleichberechtigung, nichtehelicher Lebensgemeinschaft und Lebenspartnerschaft », in EMMENEGGER (Sigrid), WIEDMANN (Ariane), dir., *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, t. 2, Berlin, Walter de Gruyter, 2011, 619 p., p. 351-373 (p. 361-373).

En France, la décision sur le Pacte civil de solidarité a également conduit le Conseil à se référer au mariage compris comme une institution. D'une manière différente, cependant, si ce n'est inverse. L'un des griefs faits par les requérants portait en effet sur la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence : la « vie commune » que le Pacs doit organiser serait trop vague. Le Conseil, au contraire, se sert de l'institution du mariage, c'est-à-dire non pas seulement de son régime, mais des buts que poursuit ce régime – de l'idée d'œuvre, donc – pour déterminer les situations qui pourront donner lieu à un pacte civil de solidarité, et le distinguer, par exemple, d'une simple cohabitation :

la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage⁹²⁰

Les dispositions régissant le Pacs ne peuvent en effet être comprise comme une institution particulière, exclusive de la simple cohabitation (laquelle ne justifierait pas, aux yeux du législateur, ni les devoirs mis à la charge des partenaires, ni les droits dont ils jouissent), que par rapport à une idée d'œuvre présumée. Partant du principe que le Pacs devait être un substitut un peu hypocrite au mariage permettant que les unions homosexuelles fussent reconnues par la loi, le juge est donc passé par l'institution qu'est le mariage pour déterminer celle qu'est le Pacs.

De sorte qu'on pourrait se demander si une telle interprétation n'offre pas de plus grands pouvoirs à l'administration pour refuser de reconnaître un pacte civil si elle considère que ne sont pas réunies les conditions de fond, si l'on peut dire, qui devraient caractériser cette union. Ainsi de celle que concluraient deux camarades admis aux concours de l'enseignement afin d'être un peu mieux dotés en points, et d'un peu mieux choisir leur affectation.

La question n'est pas posée pour le simple plaisir : on vient de décrire un Pacs de complaisance, tout comme la loi reconnaît à l'administration le pouvoir de s'opposer aux mariages de complaisance. On sait en effet que, contrairement au Pacs, le mariage emporte certains effets automatiques, notamment en droit du séjour et de la nationalité. L'administration, pour empêcher un étranger de résider régulièrement sur le territoire français, est donc obligée de remettre en cause le mariage lui-même. L'une des voies empruntées à cet effet passe par la remise en cause du consentement au mariage : le ministère public peut demander l'annulation d'un mariage qui n'a pas été librement consenti (art. 146 et 180 CC). Le but tout à fait honorable de lutte contre les mariages

⁹²⁰ Décision 99-419 du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité* (note N. Molfessis, JCP-G, 2000/1, p. 210), cons. 26.

forcés qui préside visiblement à cette norme laisse difficilement concevoir l'usage qui en est fait par la Cour de cassation : celle-ci considère en effet que le consentement manque lorsque «les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale »⁹²¹ ; il ne suffirait donc pas d'être consentants, mais encore d'avoir le bon consentement. Des requérants réclamaient au contraire la liberté de se marier sans que leur consentement, ou plutôt la motivation de ce consentement, puisse être remis en cause par le préfet.

La distance entre le texte de la loi et l'arrêt de la Cour de cassation, c'est-à-dire le passage du consentement à la motivation de ce consentement, repose déjà, à notre sens, sur une compréhension du mariage comme institution. Sans cela, en effet, il est impossible de justifier cette solution : on peut au contraire présumer que deux personnes qui concluent un mariage blanc consentent à le faire. En donnant, cependant, un contenu au mariage, le juge limite cependant les motivations qui peuvent légalement conduire au consentement. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel peut conclure, après avoir cité la jurisprudence civile, que « la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale »⁹²². En affirmant cela, cependant, il choisit en réalité une certaine théorie du droit : alors que les concepts juridiques peuvent être considérés, si l'on suit Alf Ross, comme de purs outils d'articulation entre une qualification et un régime (ce qui permet de dire aussi bien « je peux revendiquer ce terrain parce que j'en suis propriétaire » que « je suis propriétaire de ce terrain parce que je peux le revendiquer »)⁹²³, le Conseil constitutionnel se fonde sur une compréhension matérielle de ces concepts et présuppose donc qu'ils ont contenu ferme, indépendant de l'ordre juridique. C'est en ce sens qu'il a, selon nous, une approche institutionnelle du droit : cette vue, permettant de déceler un prétendu abus de droit, lui donne un moyen pour empêcher les acteurs de jouer comme ils l'entendent avec les règles qu'on leur a données. D'une certaine manière, il introduit un fair-play paradoxal car imposé – comme un arbitre qui, au lieu de simplement exclure le défenseur qui arrête le ballon à la main sur sa ligne de but à la dernière minute d'un match pour empêcher la défaite, accorderait le but. Cette décision n'est pas, à notre avis, si évidente qu'elle ne le paraît⁹²⁴.

⁹²¹ Cass., civ., 20 novembre 1963, Bull. N° 506.

⁹²² Décision 2012-261 QPC du 22 juin 2012, *M. Thierry B.* (note F. Chénéde, *Actualité Juridique Famille*, 2012/9, p. 466-467), cons. 7.

⁹²³ Ross (Alf), « Tû-tû », *Harvard Law Review*, 1957, pp. 812-825.

⁹²⁴ On remarquera d'ailleurs que le juge constitutionnel considère parfois le mariage uniquement d'après ses conséquences légales, se rapprochant alors des théories réalistes : ainsi dans la décision 2012-260 QPC, où il se contente de relever les « obligations personnelles et patrimoniales » résultant du mariage pour qualifier celui-ci d'« acte important de la vie civile » (décision 2012-260 QPC du 29 juin 2012, *M. Roger D.*, cons. 8) – il est vrai qu'il n'est pas question de mariage blanc.

b. Les devoirs de la charge

Enfin, la trace, certes un peu plus légère, de la pensée institutionnaliste se retrouve encore dans les décisions par lesquelles le juge refuse de censurer sur le fondement de l'incompétence négative du législateur une disposition prévoyant, hors du champ pénal, des sanctions sans prévoir également les faits pouvant y donner lieu. En négligeant cela, cette disposition semble en effet enfreindre directement le principe de légalité des délits et des peines énoncé à l'art. 8 DDHC. Le Conseil, cependant, à qui était soumis l'article L. 2216-16 CGCT (suspension et révocation des maires) a pu se fonder sur la théorie de l'institution pour constater la constitutionnalité de la norme. Pour ce faire, il a atténué l'obligation de précision faite au législateur hors du droit pénal, se contentant d'une « référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une fonction publique est soumis en vertu des lois et règlements »⁹²⁵. En l'occurrence, cependant, cette condition n'est pas non plus remplie par le texte, qui ne fait aucune mention de ces obligations. Le Conseil s'appuie en fait sur la jurisprudence du Conseil d'État, qui examine, lorsqu'il a à connaître de litiges concernant des révocations ou des suspensions, la gravité des fautes commises, soit dans l'exercice de ses fonctions, soit en dehors⁹²⁶. Il y a là une grande évolution par rapport à la première décision par laquelle le considérant de principe sur la référence aux obligations d'un agent ou du titulaire d'une autorisation administrative a été introduit. Celle-ci concernait en effet les peines infligées par le CSA, et le Conseil semblait alors porter une attention particulière au fait que toutes les obligations pouvant justifier une sanction étaient énoncées, exclusivement, dans les textes législatifs et réglementaires⁹²⁷. En s'appuyant sur la décision du Conseil d'État au moment d'appliquer cette jurisprudence aux maires, le juge constitutionnel passe sous silence cet aspect, qui était pourtant de la plus haute importance pour prétendre respecter le principe de légalité des délits et des peines. Puisqu'on n'osera pas penser qu'il ait voulu vidé le principe de tout sens, on doit trouver un moyen de concilier inexistence du texte et connaissance par les sujets de leurs obligations.

Le recours à la théorie de l'institution permet cette conciliation : s'il existe des institutions qui conjuguent un régime juridique explicite et une idée d'œuvre inhérente, et comme telle nécessairement connue, on possède un moyen d'établir que les personnes faisant partie de cette institution savent leurs obligations, et peuvent donc être sanctionnées si elle ne les respectent pas sans que soit méconnue la légalité des peines. Ce genre de constructions est particulièrement

⁹²⁵ Décision 2011-270 QPC du 13 janvier 2012, *M. Ahmed S.* (note M. Verpeaux, AJDA, 2012/10, p. 546-551), cons. 4.

⁹²⁶ CE, 12 juin 1987, n° 78114 : révocation d'un maire condamné à une peine de prison pour attentat à la pudeur sur une mineure. CE, *Dallongeville*, 2 mars 2010, n°328843 : révocation d'un maire pour les « graves négligences » constatées « dans l'établissement des documents budgétaires et la gestion de biens communaux ».

⁹²⁷ Décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* (note P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, 50, 1989, p. 193, 197), cons. 37-38.

nécessaire pour des fonctions qui dépassent la simple administration, tant par les pouvoirs conférés que par le statut social de celui qui les exerce, et qui comme telles imposent des obligations si variées qu'il serait sans doute impossible de les cerner toutes dans un texte, si fondamentales qu'elles doivent laisser une certaine marge d'action au législateur. On ne peut manquer de penser, pour illustrer cette idée, aux causes pour lesquelles le Président de la République peut être destitué : « en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». Là encore, si le texte offre un cadre général, il ne peut préciser suffisamment et présuppose que chacun saura s'entendre sur ce qu'est un tel manquement, ce que sont ses devoirs. La comparaison se justifie d'autant plus lorsque l'on se rapporte à la manière dont le Conseil se réfère à la jurisprudence du juge administratif : « les dispositions contestées ont, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État, pour objet de réprimer les manquements graves et répétés aux obligations qui s'attachent aux fonctions de maire et de mettre ainsi fin à des comportements dont la particulière gravité est avérée ». C'est-à-dire que la lecture devient téléologique, précisément parce que les manquements en question ne peuvent pas être prévus en avance – et relèvent pour une part d'une appréciation politique (sans doute d'ailleurs hautement instable dans le temps).

De la même façon, l'application de ce considérant n'est acceptable qu'à des cas où le champ en question forme une institution : il paraîtra évident à tout homme raisonnable, suppose le Conseil, qu'un maire a des obligations particulières, de même qu'un médecin. Il ne nous semble pas trivial, en effet, que l'autre décision présentant un raisonnement semblable (la référence à des obligations qu'on ne trouve pas signalées par ailleurs dans un texte) concerne des vétérinaires⁹²⁸, soit des quasi-médecins : la pensée institutionnaliste, renforcée par le relatif hermétisme du milieu, est particulièrement forte dans ce champ qui peut se prévaloir d'une longue tradition (et par là d'une existence apparemment indépendante des ordres juridiques en place à un moment ou à un autre de l'histoire), et qui est parvenu à conserver une large part de contrôle sur lui-même (sans trop abandonner à l'État, donc), à la manière des anciennes corporations⁹²⁹. Dans les autres cas, au contraire, la disposition n'était acceptée que si le Conseil trouvait dans les textes la définition des obligations pesant sur les personnes susceptibles d'être sanctionnées, comme dans la décision 88-248 DC précitée⁹³⁰.

⁹²⁸ Décision 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *Michel G.* (note O. Le Bot, *Constitutions*, 2012/2, p. 337-338).

⁹²⁹ Pour une étude de l'institution médicale, voir dans JAUNAIT (Alexandre), *Comment pense l'institution médicale ? Une analyse des codes français de déontologie médicale*, Paris, Dalloz, 2005, 366 p. (notamment p. 39-81).

⁹³⁰ Décisions 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, *M. Georges R.* (note F. Rousseau, *D.*, 2012/40, p. 2684-2687), cons. 6-7, 2012-273 QPC du 21 septembre 2012, *Société Egilia*, cons. 9-12 et 2013-332 QPC du 12 juillet 2013, *Mme Agnès B.*, cons. 5-9.

Le respect d'obligations inhérentes à une certaine charge ne se limite pas aux manquements qui ont lieu dans l'exercice de celle-ci. Puisque l'institution dépasse l'individu et le comprend tout entier, elle justifie qu'on lui impose des exigences de bonnes mœurs pour l'ensemble de sa vie privée. Lorsque l'ordonnance organisant, notamment, le recrutement des magistrats mentionne une condition de « bonne moralité », on devrait penser que le texte est trop vague (en plus d'être difficilement justifiable, mais cette question n'est pas posée dans la QPC en cause) : cette disposition a, de fait, été contestée sur le fondement de l'incompétence négative du législateur (en lien avec l'article 6 DDHC : cette incompétence négative entravait l'égalité d'accès à la fonction publique). Pour accepter malgré tout ce critère, le Conseil constitutionnel utilise une interprétation téléologique du texte : constatant que « les dispositions contestées ont pour objet de permettre à l'autorité administrative de s'assurer que les candidats présentent les garanties nécessaires pour exercer les fonctions des magistrats et, en particulier, respecter les devoirs qui s'attachent à leur état », il en déduit qu'il n'est pas nécessaire au législateur de déterminer plus précisément la condition de bonne moralité⁹³¹. À première vue, le cheminement n'est pas évident, car on voit mal le rapport entre le but du législateur et cette mise à l'écart de fait de l'art. 6 DDHC. C'est la mention des « devoirs qui s'attachent à l'état [des magistrats] » qui permet d'établir ce lien : là encore, ils sont censés si inhérents à cette fonction qu'ils sont, d'une part, supposés connus de tous, et, qu'ils explicitent d'autre part les « vertus » mentionnées par la DDHC pour discriminer entre les candidats à la fonction publique. Comme dans le cas de la révocation des maires, seule la pensée institutionnaliste permet de ne pas censurer des règles qui paraissent pourtant laisser un champ assez libre aux organes chargés, à l'intérieur d'un sous-système particulier dont ils font partie, de la régulation de ce sous-système. Le juge est certes censé neutre, mais il lui revient ici une grande marge d'appréciation pour décider des règles qui s'imposent aux membres de son propre champ : il est donc également partie, et peut décider si cela lui chante de considérer qu'une infraction commise sans aucun rapport avec les fonctions, et même avant toute entrée en fonction (et une infraction, qui plus est, qui paraît bénigne puisqu'il s'agissait de conduite en état d'ivresse) suffit à exclure un candidat de l'accès à ces fonctions. La théorie de l'institution, comme dans le cas des vétérinaires, permet de soutenir la constitution de champs du droit échappant dans une certaine mesure à tout contrôle externe.

L'institution s'oppose de deux manières au système de droit fondé sur une constitution démocratique moderne : d'abord parce qu'il représente une source de droit extérieure aux textes,

⁹³¹ Décision 2012-278 QPC du 5 octobre 2012, *Mme Elisabeth B.* (note I. Boucobza, Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 11 octobre 2012), cons. 5.

ensuite parce que, sur le fond, elle relève plutôt d'une conception sociale dans laquelle la société dépasse l'individu. Elle possède ainsi les mêmes caractéristiques que ce que Schmitt nomme, par opposition aux contrats civils habituels, un pacte-statut (*Statusvertrag*), lequel « fonde un rapport vital durable qui embrasse la personne dans son *existence* et l'intègre à un ordre global qui ne se ramène pas seulement à des relations individuelles mesurables et ne peut pas être abrogé par une résiliation ou révocation libre »⁹³². Le mariage ou le recrutement des fonctionnaires sont précisément pour Schmitt les deux exemples typiques de ce genre de contrats. On voit bien ainsi, et d'autant mieux lorsque l'on sait que la constitution (mais la constitution soi-disant positive qu'il a en vue) relève également, à ses yeux, de cette catégorie, qu'il s'agit d'un élément extérieur si ce n'est supérieur au droit dans la mesure où il engage l'existence tout entière de l'individu pour l'agrèger à un ensemble qui le dépasse, et qui possède en soi sa propre dynamique. Même hors des exemples que nous venons d'étudier, les traces qu'on décèle de cette soumission de la constitution à une institution se retrouvent dans d'autres domaines du droit : devant le refus, par le juge constitutionnel, de l'application du droit du travail en prison (les arguments avancés paraissant assez faibles)⁹³³, on ne peut manquer de songer au statut d'exception longtemps attribué par le juge administratif à une bonne part des mesures disciplinaires en milieu carcéral⁹³⁴. Dans ces deux cas, on peut supposer que ce cadre particulier justifiait spontanément un traitement particulier.

Par le biais d'une appréhension institutionnelle du droit, le juge peut donc passer d'une confrontation brutale entre droit et fait à une manière de conciliation. Cette approche est l'un des moyens qu'il met en œuvre afin d'assurer, par la manière dont il interprète la constitution ou les textes de loi, ou par les limites qu'il s'impose lorsqu'il a affaire à des questions de société, l'articulation entre cette société et le droit constitutionnel. Il nous semble donc qu'il faille nuancer les perspectives qui s'occupent trop exclusivement du rôle joué par le juge constitutionnel dans l'intégration de la société à la nouvelle forme politique (que ce soit la BRD à partir de 1949 ou la cinquième République) : on peut certes avancer que le juge utilise le droit constitutionnel pour faire conjurer la peur de la modernité qui saisit une société prise dans des bouleversements qu'elle ne croit plus pouvoir maîtriser⁹³⁵, mais c'est également au prix de très nombreuses concessions faites à

⁹³² SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 68 (« begründet [...] ein dauerndes, die Person in ihrer E x i s t e n z erfassendes Lebensverhältnis und fügt sie einer Gesamtordnung ein, die nicht nur in meßbaren Einzelbeziehungen besteht und nicht durch freie Kündigung oder Widerruf beseitigt werden kann. » ; *Théorie de la constitution*, p. 202).

⁹³³ Décision 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, *M. Yacine T. et autres* (note L. Isidro, *Lettre Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 25 juin 2013 ; M. Ghevontian, *Constitutions*, 2013/3, p. 408-415).

⁹³⁴ Ce n'est que depuis les années 90 que le Conseil d'État réduit petit à petit le champ des mesures considérées comme « d'ordre intérieur », qui comme telles ne peuvent faire l'objet d'un recours (depuis l'arrêt CE, 17 février 1995, *Marie* ; voir GAJA, n° 94). Il est remarquable qu'à la même époque, une thèse étudiant le système carcéral ait précisément besoin de démontrer qu'il doit être appréhendé comme une administration ordinaire (PÉCHILLON (Eric), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, 1998, 627 p.).

⁹³⁵ Ainsi, comme on l'a déjà signalé HERBERT (Ulrich), (« Integration der jungen Republik durch Verfassungsrecht ? », *in*

l'ordre tel qu'il est déjà établi. Outre que le juge peut garder lui-même des positions bien plus conservatrices que le reste du pays (comme ce fut longtemps le cas du juge allemand pour ce qui concerne l'homosexualité ou la condition des femmes), la préservation de ce qui lui semble un consensus social peut justifier la mise en retrait ou l'adoucissement des dispositions constitutionnelles. En France, on pourrait même se demander si le gardien de la constitution n'est pas depuis l'invention de cette idée considéré comme le gardien de l'ordre établi. La première institution de ce type qu'on puisse trouver depuis 1789 paraît en effet devoir être le Sénat conservateur institué par la Constitution de l'an VIII : le nom lui-même semble dire assez la manière dont la fonction est comprise⁹³⁶.

Nous venons de voir des cas de confrontation directe à l'ordre social. Dans le cadre d'un régime démocratique représentatif, les mêmes techniques peuvent être observées dans ses relations avec le législateur conçu comme représentant du peuple souverain.

STOLLEIS (Michael), dir., *Das Bonner Grundgesetz*, p. 85-102).

⁹³⁶ Dans la cinquième édition du dictionnaire de l'Académie (1798), l'adjectif « conservateur » signifie encore seulement « celui qui conserve », et semble plutôt désigner une forme de protection (le prince est ainsi le conservateur des biens et de la liberté de ses sujets, nous enseigne la définition). Cependant, la connotation politique qui prédomine aujourd'hui (opposant le conservateur au progressiste) semble déjà présente à l'époque : d'après le TLFi, en 1795, le gouvernement conservateur est déjà celui qui protège du désordre.

Chapitre 2 Respect du législateur

Malgré toutes les constructions théoriques qui peuvent justifier la fonction du juge constitutionnel, il n'en reste pas moins que celui-ci, contrairement à un Parlement élu, ne se prétend pas représentant du peuple. Si l'on se fonde sur l'utilisation faite en droit du concept de représentation, on devrait pourtant spontanément le lui appliquer⁹³⁷. Mais il lui manque l'illusion de représentation légitime que donne l'élection. C'est pourquoi il fonde son pouvoir sur les limites inhérentes au pouvoir législatif (qu'il prétend contrôler de l'extérieur) : selon la célèbre formule du Conseil constitutionnel, si la loi qu'adopte le législateur exprime la volonté générale, ce n'est que dans le respect de la Constitution⁹³⁸.

Afin de ne pas paraître engagé dans une lutte de pouvoir avec le législateur (ce qui d'abord mettrait à bas la neutralité sur laquelle il bâtit son autorité, et le mettrait encore en fâcheuse posture lorsqu'il se verrait opposer l'argument de la légitimité démocratique), le juge constitutionnel persiste à rappeler qu'il est, au mieux, un législateur négatif, se contentant de corriger d'éventuels excès ; la phrase de G. Vedel est devenue une antienne dans la bouche des membres du Conseil : « Le Conseil constitutionnel a droit à la gomme, pas au crayon »⁹³⁹. Cette formule est complémentaire de celle

⁹³⁷ C'est d'ailleurs ce que fait, non sans un certain esprit de provocation autant que de rigueur scientifique, Michel Troper (TROPER (Michel), « Justice constitutionnelle et démocratie », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, 358 p., p. 329-346, notamment p. 338-340).

⁹³⁸ Décision 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

⁹³⁹ Cité par R. Badinter (« Du côté du Conseil constitutionnel », RFDA, 2002, p. 207-211, p. 208).

qui limite la loi par la Constitution (et que l'on doit au même auteur) : dans les deux cas, il s'agit de montrer que le Conseil n'agit pas de lui-même. En définitive, quelque fortes que soient les considérations théoriques qui le mettraient au même niveau que le Parlement, le juge constitutionnel observe une certaine retenue et le discours usuel des juges, lorsqu'ils s'expriment officiellement (aussi bien à l'extérieur de l'institution qu'en présence de leurs seuls collègues), en témoigne. La doctrine constitutionnaliste a retenu le même type d'argument pour justifier l'étrange objet que représente le juge constitutionnel en démocratie⁹⁴⁰. Dès lors, « le but de toute analyse sérieuse des problèmes posés par la justice constitutionnelle est la juste délimitation des fonctions politiques et judiciaires »⁹⁴¹ : de déterminer à quel moment, donc, le juge fait plus que seulement raboter ce qui dépasse.

Nous avons cependant adopté une perspective différente, fondée avant tout sur une certaine méfiance envers cette prétendue distinction de nature entre le droit et la politique qu'on a en fait bien du mal à observer concrètement. Notre perspective institutionnelle nous pousse à remonter plus haut que cette vision du juge comme arbitre appliquant la règle : le conflit dans lequel il est pris n'est pas uniquement celui qui est le plus souvent mentionné et qui naît entre majorité et opposition. On ne niera pas, bien sûr, qu'il joue là un grand rôle ; mais l'intégration qu'il réalise ne se limite pas à cette constitution d'un « juste-milieu » politique dans lequel gouvernements et parlements peuvent s'ébattre librement. Elle concerne tout autant l'intégration que nous évoquions au chapitre précédent entre droit et société. C'est ce qui peut expliquer, à notre sens, les relations apparemment paradoxale qu'entretient le juge avec le pouvoir politique : il peut à la fois faire montre d'une retenue partielle ou complète (section 1) et adjoindre à sa gomme un crayon pour se faire lui-même législateur (section 2). Le paradoxe se réduit en effet si l'on considère que les deux mouvements ont le même but profond de réaliser une articulation entre la constitution et l'ordre social.

Section 1 La retenue du juge

La position de principe invite à un certain respect à l'égard du législateur. On a déjà vu cependant que le pouvoir du juge est tel qu'aucune limite externe ne peut garantir ce respect. De ce fait, c'est au juge lui-même que revient de limiter son propre pouvoir – quitte à laisser dans l'ordre

⁹⁴⁰ Pour un exemple typique et récent, montrant que le Conseil constitutionnel protège le législateur de lui-même, voir BERGOUIGNOUS (Georges), « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *NCCC*, 38, 2013, p. 7.

⁹⁴¹ « The proper delimitation of the judicial and political functions is the goal of every serious analysis of the issues which judicial review presents », STARCK (Christian), « The legitimacy of Constitutional Adjudication and Democracy », *in id.* (dir.), *Constitution, Universalism and Democracy – a comparative analysis*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 355 p., p. 13-23, p. 15-16.

juridique des textes auxquels on pourrait raisonnablement opposer des normes constitutionnelles. Si l'on peut encore rattacher à une réflexion fonctionnelle les cas où le juge restreint, plus ou moins explicitement, son contrôle au profit du législateur (§ 1), les refus absolus qu'énonce parfois le Conseil constitutionnel montrent que sont en cause d'autres considérations : il s'agit de laisser à l'entier jugement de la société les questionnements axiologiques fondamentaux qui la traversent (§ 2).

§ 1 Le contrôle encadré par le législateur

Dans de très nombreux cas, la seule interprétation du texte énonçant la norme de référence ne permet pas au juge (ordinaire comme constitutionnel) de résoudre réellement le cas. Le pouvoir revient en effet à celui qui peut qualifier juridiquement la situation, à partir de quoi le syllogisme juridique classique pourra être appliqué. Ce problème se pose également en droit constitutionnel, de manière plus aiguë peut-être dans la mesure où c'est en général le législateur, c'est-à-dire l'organe censé démocratique par excellence, qui effectue cette opération. Or l'appréciation d'une situation, des évolutions probables et des meilleurs moyens d'y répondre paraît relever par nature de l'action politique. On voit le problème : lorsqu'est en jeu une décision fondée sur des jugements politiques ou sur des concepts dans la détermination semble plutôt devoir revenir au politique (l'intérêt général, par exemple), le juge constitutionnel se trouve tout à fait empêché d'intervenir efficacement. Il y a là la même situation que celle à laquelle a été confronté le juge administratif, et à laquelle il a répondu en inventant divers degrés de contrôle (restreint ou normal).

De fait, s'il n'abandonne pas, la plupart du temps, tout contrôle, le juge constitutionnel laisse souvent le législateur conditionner sa décision. Cela paraît être plus le cas en France (b) qu'en Allemagne (a).

a. *Gestaltungs- et Ermessensspielraum*

En Allemagne, l'idée que le contrôle exercé sur le législateur doit respecter certaines limites s'est traduite dans la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht par l'élaboration de la « théorie des trois degrés » (*Drei-Stufen-Lehre*). Celle-ci a été présentée de manière systématique par le juge dans la décision sur la participation des travailleurs dans l'entreprise (*Mitbestimmung*) de 1978. Les requérants prétendaient entre autres que la loi reviendrait de fait, dans de nombreuses situations, à offrir aux employés une représentation égale, voire supérieure, à celle des propriétaires dans les

instances dirigeantes de l'entreprise. Pour juger ce point, il fallait donc examiner les effets pratiques de la loi, ou du moins ceux qu'on pouvait en attendre, ainsi que les prévisions sur l'évolution du contexte économique général sur lesquelles s'était appuyé le législateur.

Le juge constitutionnel a répondu en établissant l'équilibre entre liberté du législateur et nécessité du contrôle juridictionnel :

L'incertitude sur les effets d'une loi dans un avenir incertain ne peut pas exclure le pouvoir qu'a le législateur d'adopter une loi, même si celle-ci revêt une grande portée. À l'inverse, l'incertitude, en elle-même, ne peut pas suffire pour fonder une marge d'appréciation [*Prognosespielraum*] propre au législateur et inaccessible au contrôle du juge constitutionnel.⁹⁴²

Puisque les deux organes ont leur mot à dire en la matière, il est nécessaire de trouver un *modus vivendi* permettant d'articuler ces prétentions opposées. Pour ce faire, le juge dégage les critères permettant de différencier les situations selon qu'elles justifient une intervention plus ou moins poussée de sa part : « la prérogative d'appréciation du législateur dépend [...] de la matière en cause, de la possibilité de se former un jugement assez certain et de l'importance des droits en jeu »⁹⁴³. Pris en compte, ils lui permettent de mener un contrôle restreint, normal ou intensif. Pour les questions économiques, par exemple, au vu de leur complexité et de leur poids idéologique, le juge se contentera de vérifier l'absence d'erreur manifeste ; lorsque sont en jeu des droits aussi fondamentaux que le droit à la santé ou la liberté individuelle, en revanche, il contrôlera en profondeur le contenu de l'acte en question. C'est du moins ce que tire le tribunal de l'examen de sa propre jurisprudence⁹⁴⁴. Ce nuancier s'applique aussi bien aux prévisions sur lesquelles s'appuie le législateur (*Prognosespielraum*) qu'à son appréciation d'une situation (*Ermessensspielraum*) ou aux solutions qu'il adopte pour résoudre un problème donné (*Gestaltungsspielraum*).

En réalité, il y a donc peu à dire sur le sujet : on se retrouve face à une situation bien connue, où le juge essaie de marquer l'endroit où il passe d'un contrôle justifié à un empiètement sur les prérogatives du pouvoir politique. C'est ainsi que la doctrine allemande range, sans faire de plus vastes commentaires, cette pratique au nombre de celles par lesquelles le juge constitutionnel exerce une certaine retenue à l'égard des questions qui relèvent d'une appréciation politique⁹⁴⁵. Les critiques

⁹⁴² « Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen » (BVerfGE, 50, 290, 332)

⁹⁴³ « Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter » (BVerfGE 50, 290, 332-333).

⁹⁴⁴ Pour les cas de contrôle restreint, il renvoie à la décision BVerfGE 37, 1, 20 (fonds de stabilisation) ; pour le contrôle maximal, à la décision BVerfGE 45, 187, 238 (peine de prison à perpétuité).

⁹⁴⁵ Voir ainsi la présentation de la question dans STERN, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck, 1974-2000, 5 t., t. III/2, p. 1704-1712.

qui trouvent à s'exprimer concernent donc la manière dont cette théorie est appliquée dans chaque espèce. À vrai dire, d'ailleurs, le présupposé même de cette manière d'auto-limitation y invite : à partir du moment où le tribunal prétend, pour garantir la neutralité de son intervention, examiner les critères qu'il a établis au regard de la Loi fondamentale (il ne décide pas arbitrairement de décréter tel ou tel droit plus important que d'autres, mais le ferait d'après les décisions du *Grundgesetz*)⁹⁴⁶, il retombe dans l'aporie de l'interprète ultime. La garantie théorique n'est donc pas si forte qu'énoncée. Elle l'est d'ailleurs d'autant moins que la pratique laisse de nombreux doutes sur son application effective. On remarque plutôt que le Bundesverfassungsgericht se livre très rarement à l'examen méthodique annoncé dans la décision *Mitbestimmung*, et ne justifie pas le degré de contrôle choisi. Certains parlent ainsi d'une théorie plus descriptive que prescriptive⁹⁴⁷. Cela n'est pas si paradoxal qu'il y paraît d'abord : si le juge peut ainsi se contenter de prendre la place de la doctrine pour systématiser l'existant sans se soucier ensuite d'appliquer la formule découverte, c'est sans doute qu'on a affaire ici surtout à une simple cheville argumentative. Cette façon de faire lui permet d'habiller un degré du contrôle qui dépend en réalité plutôt de ce qu'il croit pouvoir se permettre sans risquer le scandale. Plus qu'une théorie, ce serait un outil de régulation, qui semble en tout cas bien fonctionner tant il est accepté sans discussion par la grande majorité de la doctrine allemande.

b. Prédétermination des décisions du Conseil constitutionnel par le législateur

En France, on trouve également, quoique moins systématisée peut-être, une gradation du contrôle au regard de la matière traitée. Le contrôle de proportionnalité mené par le Conseil constitutionnel est ainsi parfois restreint au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, ou de la disproportionnalité manifeste. C'est notamment le cas, on le sait, en ce qui regarde l'établissement de sanctions : quoique l'article 8 DDHC interdise les peines qui ne sont pas « strictement et évidemment nécessaires », le Conseil se contente de vérifier que le législateur n'a pas prévu une peine manifestement disproportionnée⁹⁴⁸. Ce faisant, il renverse en réalité la charge de la preuve établie par la Déclaration de 1789. Celle-ci exigeait en effet du législateur qu'il puisse justifier la peine énoncée, le Conseil demande qu'on lui prouve que cette peine n'est pas nécessaire⁹⁴⁹. On

⁹⁴⁶ KORIOTH, SCHLAICH, *Bundesverfassungsgericht*, p. 321-322. Ainsi, si la question de l'avortement oblige le juge à un contrôle plus poussé, c'est parce que la Loi fondamentale fait du droit à la vie un droit particulièrement fondamental.

⁹⁴⁷ *Ibid.*

⁹⁴⁸ Pour un exemple parmi mille autres de cette jurisprudence constante du Conseil, voir la décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* (note C. Lazerges, D. Rousseau, RDP, 2003/4, p. 1147-1162), cons. 58-65 (délit de racolage passif).

⁹⁴⁹ Et pourtant, « d'un point de vue uniquement formel, il est sans discussion possible que l'article 8 de la Déclaration incite à un contrôle maximal et non à un contrôle limité à l'erreur d'appréciation » (MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, p. 215).

pourra certes rappeler qu'à l'impossible, nul n'est tenu, et que le Conseil aurait fort à faire pour reconnaître un rapport de nécessité entre deux choses tout à fait étrangères l'une à l'autre : l'articulation entre une infraction et sa sanction n'existe pas par nature (ne serait-ce que parce que l'infraction n'existe pas par nature), elle repose nécessairement sur une décision arbitraire fondée sur des postulats axiologiques⁹⁵⁰. En ce sens, le juge qui se contente de l'erreur manifeste respecterait en fait une décision qui ne peut être que politique. Cependant, si l'on accepte cet argument, on est forcé de constater qu'il est tout aussi arbitraire de prétendre déterminer ce qui est ou non disproportionné dans la fixation d'une peine⁹⁵¹. On retombe simplement dans l'aporie de la soi-disant différence de nature entre la politique et le droit, et la restriction qu'apporte le Conseil à son contrôle doit être envisagée, comme celle qu'applique son homologue de Karlsruhe, comme un outil rhétorique dans un processus d'argumentation. Les mêmes remarques valent pour les cas où est respectée, sauf à relever une erreur manifeste, la marge d'appréciation du législateur⁹⁵².

Il est plus intéressant, à notre sens, d'étudier les cas dans lesquels le Conseil constitutionnel abandonne l'essentiel de l'affaire au législateur sans l'affirmer expressément. Ces cas où il ne prétend pas particulièrement devoir respecter la marge d'appréciation du législateur pour, *in fine*, respecter le principe démocratique et celui de séparation des pouvoirs, mais trouve une occasion de restreindre son contrôle sans s'en vanter. Il y a là une forme de hiatus : tout en affirmant son pouvoir de contrôler la décision prise par le législateur, il se lie en réalité en amont au cadre choisi par ce même législateur, s'empêchant donc d'exercer un contrôle réel.

C'est le cas d'abord lorsqu'il conditionne à la présence d'un intérêt général la constitutionnalité de l'atteinte à une disposition constitutionnelle. Dans ce genre de situations, on voit que l'issue du litige dépend de la définition de ce qui représente ou non un intérêt général (ou, de manière plus raffinée, de ce qu'est un intérêt général impérieux ou seulement suffisant). Or bien souvent, il semble que le juge constitutionnel s'en remette, partiellement ou totalement, au

⁹⁵⁰ Rappelons à cet égard la grande gêne qu'a exprimée G. Vedel lors des délibérations sur la décision 80-127 DC, la première à avoir recours au critère de l'erreur manifeste dans le contrôle fondé sur l'art. 8 DDHC. Cet article lui semble en effet lui-même trop rigoureux : « en bon sens, dit-il, on recule devant l'idée que le Conseil constitutionnel puisse arbitrer entre une majorité de représentants de la Nation, soutenue par des sentiments populaires assez puissants, et les opposants, soutenus par un courant de pensée contraire. Et cependant, le texte de la Déclaration des droits de l'homme, dans sa rigueur et dans sa vigueur semble l'y contraindre. Comment sortir de cette difficulté ? ». L'erreur manifeste lui permet de s'en sortir – mais en réduisant à notre sens quasiment à néant la portée de l'art. 8 : l'exemple type de l'erreur manifeste, selon lui, serait représenté par les lois antisémites de Vichy... (BONNET (Julien) et al., éd., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2014, 598 p., p. 374 ; signalé par RÉVEILLÈRE (Vincent), « Cachez ces valeurs que je ne saurais voir », à paraître).

⁹⁵¹ D'autant que le Conseil constitutionnel ne peut faire autrement que de substituer son analyse à celle du législateur (MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, p. 216).

⁹⁵² Ainsi pour ce qui regarde la sincérité de la loi de finances (décision 94-351 DC du 29 décembre 1994, *Loi de finances pour 1995* ; voir le commentaire aux *Grandes décisions*, n° 22) ; en matière électorale, voir la décision 85-196 DC du 8 août 1985, *Découpage électoral de la Nouvelle-Calédonie* (en particulier les remarques aux *Grandes décisions*, n° 43).

législateur. Partiellement lorsqu'il « [prend] en compte, non la lettre des dispositions contestées, mais la finalité qu'elles sont supposées remplir, telle qu'elle ressort des travaux parlementaires ». On pourrait croire lire ici une note critique révélant le véritable raisonnement du juge, et le critiquant. En effet, rien ne l'oblige à se soumettre au point de vue du législateur pour juger de l'intérêt général d'un projet d'urbanisme tel que la construction d'un bâtiment destiné à abriter une fondation privée. En se cantonnant à la lettre du texte, il pourrait au contraire le contrôler de plus près, et de manière plus indépendante. Cette phrase est pourtant extrait du commentaire publié par le Conseil de la décision par laquelle il déclare constitutionnelle la loi de validation devant permettre la construction de la fondation Louis Vuitton à Paris⁹⁵³. Sans que le Conseil s'en cache, mais sans non plus que cela apparaisse dans la décision elle-même, il laisse le législateur orienter sa décision en ce qu'il considère la question de l'intérêt général du point de vue de celui-ci.

En ce cas, on admettra que la contrainte que se laisse imposer le juge est assez faible, et que le fait de prendre en compte les arguments développés par le législateur ne devait pas l'empêcher de refuser de voir là un quelconque intérêt général. À l'inverse, cependant, s'il cherchait à justifier une décision de validation, les travaux préparatoires lui offraient un argument non juridique, mais bienvenu. Cette façon de faire un peu dissimulée est d'autant plus frappante qu'elle n'est en fait pas si différente de la théorie du *Spielraum* laissé par le Bundesverfassungsgericht au législateur allemand. La marge d'appréciation peut en effet concerner les prévisions qui justifient l'adoption d'une loi, et il ne s'agit pas d'autre chose dans la décision du Conseil que nous étudions ici.

Dans d'autres décisions, la part laissée au législateur est plus grande encore, au point de ne laisser en réalité aucune autonomie au juge. La particularité de l'intérêt général est en effet d'être un concept éminemment politique : autant l'on comprend que l'administration, qui n'a après tout qu'une légitimité aussi indirecte que le juge, soit contrôlée par lui lorsqu'elle prétend se reposer sur l'intérêt général, autant le législateur est précisément celui qui est censé pouvoir identifier cet intérêt général qui dépasse les intérêts particuliers. À plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a ainsi renoncé de fait à examiner une atteinte à un principe constitutionnel en se fondant sur un motif d'intérêt général sans chercher si celui-ci pouvait être remis en cause. La question de la libre administration des collectivités territoriales, principe auquel l'État central peut porter atteinte au nom de l'intérêt général, en a récemment fourni un exemple : aux requérants qui contestaient la transmission au préfet de la faculté d'exercer dans certain cas le droit de préemption des communes, le Conseil a répondu en signalant que cette restriction de l'autonomie des collectivités territoriales était justifiée par la poursuite d'un intérêt général. Dans la décision, cependant, on ne trouve pas véritablement de

⁹⁵³ Décision 2011-224 QPC du 24 février 2012, *Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne* (note S. Ferrari, *Droit administratif*, 2012/5, p. 30-33) ; citation dans le commentaire, p. 6.

développements appuyant cette affirmation, sinon une brève mention de l'objectif de construction de logements sociaux établi par législateur⁹⁵⁴. En revanche, on peut remarquer que le premier alinéa de l'article contesté (qui ne l'était qu'en son deuxième alinéa) limite déjà son utilisation à des situations dans lesquelles il s'agit d'assurer l'intérêt général⁹⁵⁵. On peut donc penser que le Conseil a écarté cet élément de ce contrôle car il était assuré que le juge administratif, plus à même d'apprécier l'existence ou non d'un intérêt général dans les situations concrètes, pouvait ainsi opérer son propre contrôle. Il se serait donc contesté d'une simple mention par le législateur de l'intérêt général, sans exercer par lui-même un contrôle très poussé.

Ce contrôle non exercé en réalité atteint une forme de paroxysme dans les atteintes au principe d'égalité. La plupart du temps, en effet, l'intérêt général est purement et simplement assimilé à l'intention du législateur, comme l'a montré O. Jouanjan. Le problème est que la jurisprudence *Denoyez et Chorques* développée par le Conseil d'État pour contrôler les atteintes au principe d'égalité s'applique, comme nous l'avons dit, à une situation où l'autorité qui enfreint ce principe n'est pas nécessairement celle qui peut définir le contenu de l'intérêt général : elle ne peut donc pas être directement transposée au contrôle de constitutionnalité, sans quoi elle risque de brider de manière excessive le juge. Le propre de la loi, O. Jouanjan le rappelle, est de poursuivre un but d'intérêt général : en faire une raison pour écarter l'égalité permet donc en fait au juge d'affaiblir extraordinairement son contrôle puisqu'il n'a plus besoin, une fois ce fondement quasi-automatique trouvé, de regarder de trop près la différence de situation qui justifierait une différence de traitement, ni la proportionnalité existant entre ces deux différences⁹⁵⁶. *A contrario*, le Conseil paraît se sentir si lié par l'intérêt général recherché par le législateur qu'il n'essaie pas de le découvrir ailleurs que dans les travaux parlementaires : lorsque la loi adoptée prévoit d'interdire la chasse le mercredi car c'est le jour où les enfants, n'étant pas à l'école, risquent de vaguer par les champs et par les bois, il considère que cet intérêt général expressément poursuivi justifie l'atteinte à la liberté individuelle des chasseurs ; si la même loi, en revanche, prévoit que l'autorité locale peut déplacer à un autre jour de la semaine cette interdiction (en raison sans doute de mille circonstances locales que le législateur ne peut pas prévoir) sans indiquer qu'ici aussi habite un intérêt général, alors le Conseil censure⁹⁵⁷. En ce qui concerne l'autre versant du principe d'égalité, d'ailleurs, on peut remarquer que les travaux préparatoires suffisent souvent pour que le Conseil constitutionnel considère des situations comme différentes (ou non) au regard de la loi, sans qu'il cherche à

⁹⁵⁴ Décision 2013-309 QPC du 26 avril 2013, *SARL SMC*.

⁹⁵⁵ Art. L 210-1 du Code de l'urbanisme.

⁹⁵⁶ JOUANJAN (Olivier), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Juspoliticum*, 7, 2012 (not. p. 10-12).

⁹⁵⁷ Décision 2000-434 DC du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse* (note L. Azoulai, *Revue juridique de l'environnement*, 2001/3, p. 355-381), cons. 31.

effectuer lui-même le contrôle⁹⁵⁸.

D'autres variantes de cet appui sur le législateur peuvent enfin être observées lorsque le Conseil prétend découvrir dans la loi les éléments qui garantissent le respect des principes constitutionnels. Il en va ainsi notamment lorsqu'est reproché à un texte d'être trop imprécis, et donc de contrevenir au principe d'intelligibilité de la loi, ou d'être entaché d'incompétence négative. Les requérants qui contestaient la loi autorisant la recherche sur les embryons invoquaient notamment l'imprécision d'un renvoi aux « principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon », qui empêchait que fût véritablement protégée la dignité humaine (et qui, de toutes manières, contrevenait au principe d'intelligibilité de la loi). Pour répondre à l'argument, le Conseil s'en rapporte encore à l'intention du législateur, qui aurait d'après lui

entendu faire référence aux principes fixés notamment aux articles L. 2151-1 et suivants du code de la santé publique, relatifs à la conception et à la conservation des embryons fécondés in vitro et aux principes fixés notamment aux articles 16 et suivants du code civil et L. 1211-1 et suivants du code de la santé publique, relatifs au respect du corps humain.⁹⁵⁹

Ce faisant, il se sert d'une soi-disant construction de la dignité humaine par le législateur, qui serait suffisante en soi et n'aurait pas besoin de contrôle, pour en réalité éviter la difficulté posée par la référence à ce principe de dignité, alors même que les dispositions auxquelles il renvoie ne trouvent pas toutes à s'appliquer pour l'embryon, qui n'est pas considéré comme une personne humaine. Dans ce cas, cependant, tout en accomplissant cette esquivé, le Conseil agit, en même temps, en législateur lui-même, puisqu'il indique un contenu à ces principes éthiques. On voit à cette occasion que la question du pouvoir du juge face au législateur n'offre pas une opposition si tranchée qu'on pourrait d'abord le croire entre tyrannie de la majorité et gouvernement des juges : tout en laissant une certaine marge, qu'il l'assume ou non, au législateur, le juge peut aussi (on le verra dans la suite de ce chapitre) profiter de sa position pour co-écrire le droit.

La situation en France paraît donc plus complexe qu'en Allemagne. Le Bundesverfassungsgericht a établi un cadre général qui lui permet, selon divers critères prenant notamment en compte la matière traitée, d'abandonner une part, jamais entière, de son contrôle pour

⁹⁵⁸ Ainsi de la fameuse « taxe soda » : incohérente avec l'objectif qui la justifiait (et comme tel portant atteinte à l'égalité devant les charges publiques) quand elle concernait des boissons sucrées et d'autres adoucies par des édulcorants – et qui ne l'était plus dès lors que le législateur la sortait du titre consacré à la santé publique pour se contenter d'y voir une rentrée fiscale (mais dont on voit mal la pertinence face aux boissons non soumises à cette taxe) : décision 2011-644 DC du 29 décembre 2011, *Loi de finances pour 2012*, cons. 7-14.

⁹⁵⁹ Décision 2013-674 DC du 1^{er} août 2013, *Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires* (note X. Bioy, *Constitutions*, 2013/3, p. 443-453), cons. 10.

laisser agir le législateur. Le but recherché est de satisfaire à l'opposition nécessaire entre principe démocratique et régime constitutionnel : la *Drei-Stufen-Lehre* est considérée comme un des éléments du *self-restraint*, au sens large, dont doit faire usage le juge constitutionnel. En France, en revanche, si la même technique, quoique moins raffinée peut-être, est également connue, il existe également une certaine part du contrôle que le juge soumet en réalité aux décisions du législateur, mais sans le théoriser. Au vrai, on a du mal à comprendre cette contradiction. Pour nous essayer tout de même à une explication, nous considérerons que les techniques de *self-restraint* relèvent elles aussi seulement, en réalité, d'une justification rhétorique. Comme le montre l'exemple allemand (où la théorie des trois degrés n'est pas si mécaniquement appliquée qu'on le croirait à lire son affirmation par le tribunal) – et le Conseil constitutionnel ne semble pas non plus suivre avec trop de rigueur le cadre qu'il s'est construit⁹⁶⁰ –, la fonction remplie par cette affirmation est, plutôt que de fournir un outil mécanique et rationnel, d'offrir une justification bon marché à une retenue sans doute ressentie comme nécessaire par le juge. Dans cette perspective, on pourrait comprendre que le Conseil préfère encore, lorsqu'il y parvient, éluder simplement la question et la régler implicitement, quitte à être parfois un peu rabroué par la doctrine lorsqu'elle fouille la décision d'un peu trop près. On voit donc que la retenue du juge est un concept qui ne relève pas du droit (en tout cas, pas du droit tel qu'il est présenté généralement, comme l'application évidente de règles préexistantes), mais des relations institutionnelles construites par le juge pour pouvoir établir et conserver sa place dans l'ensemble existant.

§ 2 Ce qui échappe explicitement au contrôle

Parmi les deux grandes manières d'expliquer ou d'exiger une forme de retenue du juge, la perspective fonctionnelle et la perspective matérielle, on a observé une différence importante entre la France et l'Allemagne. La doctrine allemande a plutôt tendance à écarter la limitation fonctionnelle, ou à ne la prendre en compte que dans le cadre d'une pensée matérielle. Si certains continuent de défendre une approche purement fonctionnelle, la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht semble leur donner tort⁹⁶¹. En France, au contraire, le juge aurait recours au *self-restraint* : il limiterait son action sur le fondement de considérations fonctionnelles, comme la séparation des

⁹⁶⁰ GOESEL-LE BIHAN (Valérie), « Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel » RFDC, 98, 2014, p. 269-291, not. p. 284-286.

⁹⁶¹ Pour une présentation critique de la question et des positions doctrinales, voir RIECKEN (Jörg), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie : Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung von John Hart Elys prozeduraler Theorie der Repräsentationsverstärkung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 539 p., p. 439-474.

pouvoirs⁹⁶². Ceci expliquerait que, contrairement à son homologue allemand (a), il refuse absolument de contrôler un certain nombre de questions (b). On verra, quant à ce dernier point, que la distinction entre approche fonctionnelle et approche matérielle semble difficile à tenir.

a. Pas de véritable exception au contrôle juridictionnel en Allemagne

La caractéristique de la doctrine allemande, ainsi que de la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht, est de récuser l'idée que le juge constitutionnel puisse décider par lui-même de ne pas traiter une question trop sensible en se réclamant de la séparation des pouvoirs. Le dilemme entre caractère juridictionnel et champ d'intervention politique a été résolu, comme nous l'avons vu, par Leibholz dans les années 50 : s'il est entendu que la justice constitutionnelle est par nature politique en ce que son objet est politique, elle se distingue en ce qu'elle demeure liée par le droit. Ce qui permet de parler de justice constitutionnelle, et de la discerner de la politique, c'est l'existence d'une « norme justiciable » sur laquelle peut s'appuyer le juge ; Leibholz entend par là une « disposition qui se prête à une interprétation juridique plus précise »⁹⁶³. Aujourd'hui encore, c'est à partir de ce fondement qu'on explique l'impossibilité qu'a le juge allemand de ne pas statuer au prétexte du respect de la séparation des pouvoirs. En effet, c'est précisément en prétendant prendre cette liberté qu'il contreviendrait à la Loi fondamentale, car « ce n'est pas le tribunal, mais la constitution comme norme de contrôle qui fait preuve de retenue ou, au contraire, intervient significativement »⁹⁶⁴. En quelque sorte, le juge est protégé par le constituant. F. V. Lange peut ainsi affirmer que, puisque le juge allemand trouve une source suffisante de légitimité dans la Loi fondamentale (et suffisamment précise pour qu'il prétende se contenter d'appliquer le texte), « La liberté de manœuvre du législateur ne constitue pas, dans la jurisprudence allemande, une valeur en soi, que l'on devrait mettre en œuvre, mais se déduit négativement de l'absence d'une obligation tirée des droits fondamentaux et pouvant donner lieu à un contrôle »⁹⁶⁵. Ainsi, même lorsque le juge fait lui-même référence aux limites fonctionnelles pour justifier un contrôle moindre, la doctrine peut relever que, dans la plupart des cas, cette justification est superflue pour fonder la solution⁹⁶⁶.

⁹⁶² Voir à nouveau LANGE, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers*, p. 261.

⁹⁶³ « Bestimmung [...], die inhaltlich einer näheren rechtlichen Auslegung fähig ist » (LEIBHOLZ, « Bericht des Berichterstatters... », p. 125).

⁹⁶⁴ « Nicht das Gericht, sondern die Verfassung als Prüfungsmaßstab ist entweder zurückhaltend oder deutlich greifend » (SCHLAICH (Klaus), *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, VVDStRL, 39, 1981, p. 99 sq., p. 112).

⁹⁶⁵ « Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist in der deutschen Rechtsprechung kein eigenständiger Wert, dem Geltung verschafft werden muss, sonder ergibt sich negativ aus der Abwesenheit kontrollierbarer grundrechtlicher Bindung » (Lange, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers*, p. 261).

⁹⁶⁶ HEUNER, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*.

On ne doit donc pas s'étonner si, malgré la nécessité parfois reconnue à l'idée de *self-restraint* dans un système démocratique (comme réponse à l'aporie de la liberté et de la démocratie)⁹⁶⁷, ce concept n'est retenu ni par la doctrine, ni par le juge⁹⁶⁸. Plutôt en dépassant cette nécessité que malgré elle, d'ailleurs : ce n'est pas tant le juge qui se limite lui-même, que la constitution qui le limiterait d'emblée. On voit cependant la faiblesse d'une telle argumentation : en se fondant sur le texte constitutionnel, elle s'en remet en réalité à son interprète, qui peut affirmer que la constitution restreint ou non la liberté du législateur en telle ou telle matière. Quoi qu'il en soit, ni l'expression « self-restraint » ni ses équivalents allemands (*Selbstbeschränkung* ou *Zurückhaltung*) ne sont couramment utilisés par le juge. À l'exception de la mention faite dans la décision *Grundlagenvertrag*⁹⁶⁹, le terme anglais n'apparaît que dans les arguments des requérants ou les opinions dissidentes⁹⁷⁰. Le Bundesverfassungsgericht lui préfère, lorsqu'il veut limiter son contrôle, le terme de *Zurückhaltung* ; loin d'être un concept à part entière (comme le serait le *judicial self-restraint*), il s'agit simplement de signaler alors qu'il demeure au législateur une certaine marge, autant dans l'appréciation des faits ou des prévisions que dans les moyens d'action choisis. En revanche, il n'est pas question d'empêcher tout contrôle ; on retrouve simplement le cadre que nous venons d'étudier.

La question s'est posée de savoir si une doctrine apparemment aussi consubstantielle à la justice constitutionnelle (si ce n'est au droit public dans son ensemble, car on serait tenté de la rapprocher de la théorie des actes de gouvernement développée par le Conseil d'État) que celle de la *political question* à laquelle recourt parfois la Cour suprême des États-Unis pouvait être appliquée en Allemagne également. Le juge constitutionnel y trouve en effet un moyen de ne pas contrôler l'action du pouvoir politique notamment dans les affaires étrangères et de défense, qui sont peut-être le domaine où la part de l'opportunité est la plus grande dans la décision. M. Piazzolo a ainsi affirmé que c'était cette théorie qui justifiait la plus grande marge d'appréciation laissée au pouvoir politique dans des questions particulières comme pouvait l'être celle de la dissolution du Bundestag en 1983⁹⁷¹. De la même manière, C. Rau fait remarquer que, s'il ne s'en réclame pas explicitement, le

⁹⁶⁷ WIDDIG (Peter), « Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ? », *Der Staat*, 1967, p. 137-158, p. 145-146.

⁹⁶⁸ RIECKEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, p. 433-434.

⁹⁶⁹ BVerfGE 36, 1, 14.

⁹⁷⁰ Généralement dans des décisions particulièrement disputées : ainsi de la décision *Einheitswerte* de 1995 sur laquelle nous reviendrons longuement (BVerfGE 93, 121, 151), ou de la première décision sur l'avortement (BVerfGE 39, 1, 69). Plus récemment, voir BVerfGE 115, 320, 381 (lutte contre le terrorisme au moyen du recoupement de données) ou BVerfGE 125, 260, 373 (conservation des données personnelles). Dans tous les cas, ces opinions dissidentes reprochent au juge de se substituer au législateur en établissant exactement la loi.

⁹⁷¹ BVerfGE 62, 1, 50 (PIAZZOLO (Michael), *Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen. Die Political Question Doktrin im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court der USA*, München, Ernst Vögel, 1994, 86 p.).

Bundesverfassungsgericht utilise parfois des formulations directement reprises des critères énoncés par la Cour suprême dans la décision *Baker v. Carr* (1962)⁹⁷², considérée comme la décision fondamentale pour cette théorie de la *political question*. Ainsi, dans la décision rejetant la requête de Rudolf Hesse. Celui-ci voulait contraindre le gouvernement allemand à discuter plus fermement son cas, et à user pour cela de tous les recours juridiques internationaux possibles, avec les puissances victorieuses de la Seconde guerre mondiale qui s'opposaient à ce qu'il fût relâché, quoiqu'il restât le dernier prisonnier gardé dans la prison spéciale de Spandau. Dans cette décision, le juge allemand se fonda, pour refuser de forcer l'État à agir, notamment sur l'idée qu'un pays doit tant que faire se peut parler sur la scène internationale d'une seule voix⁹⁷³. Or on retrouve précisément ici l'une des justifications du recours à la *political question*⁹⁷⁴. Dans d'autres décisions relevant de la politique étrangère (celles concernant le traité sur la Saar ou le traité conclu avec la République démocratique allemande dans le cadre de la *Ostpolitik* menée par Willy Brandt), le Bundesverfassungsgericht a, de la même manière, évité de contrôler les orientations politiques décidées par le pouvoir exécutif⁹⁷⁵ ; là encore, on trouverait un équivalent à la *political question*⁹⁷⁶.

Cependant, dans toutes ces décisions, le Bundesverfassungsgericht affirme certes qu'une liberté de manœuvre particulièrement grande revient au pouvoir politique (qu'il s'agisse du législatif ou de l'exécutif), mais ne s'empêche pas pour autant dès l'abord d'exercer un contrôle. Seulement, ce contrôle se limite à celui de l'erreur manifeste, ou de la décision arbitraire. On peut donc penser qu'on a bien affaire à un cas de *self-restraint* au sens faible, c'est-à-dire à une modulation exercée par le juge constitutionnel sur le contrôle exercé, en admettant les présupposés du législateur (sauf donc cas d'erreur manifeste).

De ce point de vue, ces cas ne relèvent pas, malgré la proximité des arguments, de la théorie de la *political question* ; ou alors, ils ne le font que d'une manière particulière au juge allemand, et qui ne justifie pas en tout cas que celui-ci se déclare tout de go incompetent. Cette théorie ne serait, dans ce cas, employée que comme un argument justifiant la restriction du contrôle opéré par le juge, pas son abandon. Finalement le seul véritable exemple de refus de contrôle fondé sur des considérations politique semble être celui exprimé à l'occasion de l'affaire Schleyer. Dans celle-ci, le Bundesverfassungsgericht a refusé de contrôler la manière choisie par le législateur pour concilier deux droits à la vie qui s'opposaient (celui très directement menacé de l'otage, et celui indirectement

⁹⁷² *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

⁹⁷³ BVerfGE 55, 349, 368.

⁹⁷⁴ RAU (Christian), *Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 272 p., p. 179-180.

⁹⁷⁵ Resp. BVerfGE 4, 157, 168 sq. et BVerfGE 36, 1, 14.

⁹⁷⁶ RAU, *Selbst entwickelte Grenzen*, p. 171-177.

menacé d'éventuelles victimes de futurs actes terroristes). Dans ce cas où le gouvernement avait dû choisir entre deux options inconciliables, le juge a considéré qu'il ne pouvait pas exercer de contrôle⁹⁷⁷.

La non-adoption par le juge allemand de cette doctrine ainsi que l'avis majoritaire de la doctrine selon lequel il n'existe pas de limitation purement fonctionnelle à son pouvoir sont des reflets de la puissance dont dispose le Bundesverfassungsgericht. Très récemment encore, dans l'une des multiples plaintes déposées contre la politique économique et monétaire de l'Union européenne destinée à lutter contre la crise de l'Euro, la solution choisie par le tribunal en a donné l'exemple, poussant deux de ses membres à une opinion dissidente. Selon la juge Lübke-Wolff, puisque, pour un certain nombre des questions posées, le juge se trouvait devant des situations où il n'existerait pas de norme permettant de décider de celle qui est la bonne, et donc de contraindre le législateur à l'adopter, il a outrepassé ses pouvoirs en acceptant de se prononcer sur la plainte. Or l'argument principal qu'elle avance est justement celui de la retenue (*Zurückhaltung*) dont doit faire preuve le juge⁹⁷⁸. Comme nous avons tenté de le faire ici, elle marque une nette distinction entre les techniques conduisant à rejeter la requête sans l'examiner au fond (telle la *political question*) et celles qui limitent simplement le contrôle du juge – ou prétendent le faire. Ce simple rappel, sa position dans une opinion dissidente et l'aveu de G. Lübke-Wolff sur la *political question* (jamais acceptée par le juge) rappellent que le Bundesverfassungsgericht n'entend pas rabattre de son pouvoir – et que sa légitimité est telle qu'il n'en a sans doute pas besoin.

b. Les questions qui échappent au Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel, au contraire, a dégagé un certain nombre de cas dans lesquels il refuse de trancher et laisse toute responsabilité au législateur. Tous ne permettent pas une comparaison fructueuse avec la situation allemande, notamment lorsque la structure institutionnelle est trop différente : l'absence de référendum national outre-Rhin empêche ainsi de confronter la décision de 1962 sur l'élection présidentielle au suffrage universel direct à une solution allemande. En revanche, lorsque le Conseil invoque la matière traitée pour ne pas exercer de contrôle, la comparaison prend tout son sens.

⁹⁷⁷ BVerfGE 49, 160 ; cette interprétation comme application d'une question politique dans RAU, *Selbst entwickelte Grenzen*, p. 180 sq.

⁹⁷⁸ BVerfG, 2 BvR 2728/13 du 14 janvier 2014.

Il est trois types de rejet *a priori* de requêtes que le juge constitutionnel français fonde sur un raisonnement fonctionnel. Tous trois, quoique de manière différente, peuvent être regardés comme les expressions d'une certaine fragilité institutionnelle.

Le premier, bien connu et déjà mentionné dans ce travail, est le refus de contrôler les lois référendaires. La retenue est fonctionnelle en ce que le juge se trouve confronté directement à ce qu'il considère être le souverain (les lois référendaires « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale », d'après lui⁹⁷⁹). Quoique cette position, on l'a dit dans la première partie de ce travail, soit extrêmement discutable du point de vue théorique, il n'est pas difficile d'y voir la conséquence de la fragilité institutionnelle qui caractérise le Conseil constitutionnel à l'époque (en plus, sans doute, de la déférence spontanée envers le général de Gaulle que nous avons également évoquée à cette occasion). Cette fragilité impliquerait une retenue particulière lorsque le texte n'est pas voté par les représentants du peuple, mais par le peuple lui-même car le Conseil devrait à ce même peuple son existence, et car les juges, contrairement aux personnages de tragédie, n'assassinent pas leurs pères (mais attendent qu'ils meurent leur belle mort).

L'un des arguments avancés pour justifier cette décision, malgré cette fragilité théorique, repose sur la distinction entre politique et juridique, telle que nous l'avons évoquée au début de cette partie. R. Capitant y voit ainsi le refus, justifié, d'« instaurer en France, comme aux États-Unis d'Amérique, la souveraineté du pouvoir judiciaire ». Cela le conduit à affirmer que le Conseil n'est pas un juge, ce qui serait confirmé notamment par le mode de nomination de ses membres, et ce qui justifierait sa compétence restreinte (mais justement, nous avons vu que cette restriction de compétence aurait dû conduire le Conseil à se déclarer compétent)⁹⁸⁰. Si l'on suit le raisonnement de Capitant, on peut plutôt conclure ainsi : l'important est que le juge ne puisse pas empiéter sur les décisions du législateur. Cela, parce que ce législateur est, à l'égard du juge, une forme de souverain⁹⁸¹. C'est donc pour la même raison que le juge constitutionnel ne pourrait pas s'imposer face au souverain constitutionnel, le peuple. En ce sens, ce n'est pas son caractère judiciaire ou non qui pose problème (la question est celle du rapport à l'institution chargée d'édicter la norme de référence du contrôle, à laquelle est également soumis le juge). Derrière le raisonnement le plus apparent, qui veut faire du Conseil constitutionnel un organe relevant du pouvoir politique, on voit que le fond de l'argumentation repose sur le souci de ne pas laisser un juge empiéter sur les attributions du pouvoir

⁹⁷⁹ Décision 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, cons. 20.

⁹⁸⁰ CAPITANT (René), *Revue Politique et Parlementaire*, 742, 1964, p. 18.

⁹⁸¹ « Depuis la Révolution, le droit public français fait du pouvoir judiciaire le juge de la légalité : il lui donne mission de veiller au respect de la loi, mais ne lui reconnaît pas le droit de s'opposer au législateur. C'est pourquoi on lui a toujours refusé de connaître de la constitutionnalité des lois », *ibid.*

politique. Le Conseil peut dès lors, en réalité, bien être considéré comme un juge, à la seule condition qu'il ne se mêle pas des décisions politiques fondamentales.

On doit signaler également, sans qu'il soit besoin de trop s'y attarder, la limitation au champ du contrôle apportée dans le contentieux QPC : en limitant celui-là aux atteintes portées aux droits et libertés fondamentaux, et aux droits et libertés fondamentaux compris d'une manière assez stricte, le Conseil retient son jugement sur un certain nombre de questions, même lorsqu'on pourrait indirectement les rattacher à ces droits et libertés. Il est en effet délicat de faire la distinction lorsque des garanties de formes sont énoncées pour assurer l'adoption de garanties de fond. Le Conseil a ainsi considéré que l'art. 13C ne pouvait pas être invoqué dans le contentieux QPC⁹⁸² ; on pourrait pourtant avancer qu'il ne prévoit des conditions particulières de nomination que pour, en dernier lieu et certes assez indirectement, garantir les droits et libertés fondamentaux (tout comme on peut considérer que la répartition générale des pouvoirs a pour fin ultime la garantie de ces droits).

On pourra s'attarder un peu plus longuement sur une deuxième fin de non-recevoir énoncée par le juge, celle qui repose sur l'autorité de la chose jugée. Celle-ci permet en effet de déclarer contraires à la Constitution les dispositions d'une loi qui, « bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives [antérieurement] déclarées contraires à la Constitution »⁹⁸³. Échappent symétriquement au contrôle du juge en ce qu'elles sont d'office déclarées conformes les dispositions « ayant une rédaction ou un contenu identique à ceux des dispositions déclarées conformes à la Constitution par [s]es décisions » antérieures⁹⁸⁴. On voit là, on le verra encore plus en évoquant la solution opposée retenue par le juge allemand, une conception particulièrement rigide de l'autorité des décisions.

Cette rigidité même nous semble un signe de fragilité. On voit mal en effet l'intérêt qu'a le Conseil à interpréter ainsi l'article 62 C. Ce ne peut pas être un avertissement au législateur, car celui-ci peut bien penser qu'une disposition identique sera traitée de la même manière. Ce ne peut pas non plus être simple souci d'économie, dans la mesure où, surtout lorsque cette jurisprudence a été établie, le Conseil n'était pas débordé par sa tâche (au moins si on compare celle-ci à celle du Bundesverfassungsgericht). Ce pourrait être, enfin, une manière de contraindre un peu plus les autres juges à prendre en compte ses décisions, mais on voit mal en quoi ils seraient concernés par

⁹⁸² Décision 2012-281 QPC du 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires* (note A. Roblot-Troizier, AJDA, 2013/10, p. 584-588), cons. 10.

⁹⁸³ Décision 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie* (note P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, 48, 1989, p. 185) cons. 13.

⁹⁸⁴ Décision 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (note B. Mathieu, M. Verpeaux, PA, 1996/107, p. 6), cons. 5.

une loi qui, de toutes manières, n'arriverait pas jusqu'à eux. Le plus probable est donc que le juge cherche ainsi à se donner un instrument dans une lutte, pas si théorique que ça comme le montre la décision de 1989, que mènerait contre lui le législateur, changeant son texte *a minima* à chaque fois jusqu'à pouvoir prendre l'opinion publique à témoin et fustiger l'entêtement partial des neuf conseillers. Il faut en tout cas sans doute que la raison soit bien puissante pour que le juge décide à ce point de se rendre prisonnier de sa propre jurisprudence. Rien ne permet en effet d'examiner de nouveau une disposition au regard d'un revirement de jurisprudence, voire simplement pour permettre un revirement de jurisprudence si le Conseil venait à constater, non pas bien sûr qu'il aurait pu faillir, mais que l'évolution des mœurs ou des techniques est telle qu'elle justifierait une position différente. Ici aussi, on voudra donc voir, de manière paradoxale, l'expression d'une certaine fragilité : en interdisant à tous, lui compris, un deuxième examen du même texte, le juge érige une barrière particulièrement absolue.

Sur le plan matériel, le Conseil constitutionnel se distingue également du Bundesverfassungsgericht. Alors que celui-ci peut utiliser ce critère pour moduler la portée du contrôle exercée sur les appréciations du législateur, celui-là va jusqu'à refuser tout contrôle en certains domaines. Sans surprise dans le cas du Conseil constitutionnel, comme on a pu l'entrevoir au chapitre précédent, ce sont surtout les problèmes mettant en cause les conceptions du monde les plus profondément ancrées qui sont l'occasion de ces refus de juger. On peut, au fur et à mesure du développement de la jurisprudence constitutionnelle française, établir une liste des questions de société que le juge n'accepte pas de trancher. Il reprend alors le considérant de principe que nous avons déjà évoqué, par lequel il signale ne pas disposer du même pouvoir d'appréciation que le législateur. Cependant, il tait la réserve habituellement exprimée, à propos de l'erreur manifeste d'appréciation.

D'abord lorsque sont en jeu deux exigences constitutionnelles qui s'opposent. On retrouve alors le critère de la *political question*, mais aussi en réalité celui donné, indépendamment de l'influence américaine, par le juge allemand : il n'existe pas de norme permettant au juge de décider. L'argument cependant ne tient qu'autant qu'on croit l'interprète incapable de hiérarchiser des principes formellement égaux. En Allemagne, par exemple, on a vu que la conception mimétique de l'interprétation constitutionnelle qui domine permet d'établir un ordre constitutionnel hiérarchisé. Ainsi, si l'on opposait le droit à la santé et un droit à connaître ses origines découlant de la liberté personnelle, le juge pourrait arguer du caractère particulièrement fondamental du droit à la vie pour faire prévaloir l'un sur l'autre. Le Conseil constitutionnel, en revanche, plus circonspect quant à l'édification d'un ordre constitutionnel organisé, a établi une distinction plus grossière entre droits et

exigences constitutionnels. Dès lors que deux droits se rencontrent, il ne tire pas implicitement de la Constitution un principe permettant de les articuler. L'équilibre est donc le fait du législateur. Mais alors que la réalisation de cet équilibre est généralement contrôlée sous le régime de l'erreur manifeste, certaines questions y échappent. C'est ainsi le cas de la procédure d'accouchement sous X, qu'on pouvait envisager ou bien comme une conciliation entre droit à la santé (de la mère) et liberté individuelle (de l'enfant), ou bien, solution retenue par le Conseil, comme un équilibre interne au seul principe de protection de la santé publique (celle de l'enfant comme celle de la mère étant concernées)⁹⁸⁵. Quoi qu'il en soit, le juge a refusé dès l'abord de contrôler l'équilibre établi par le législateur, sans se donner la possibilité de contrôler une éventuelle erreur manifeste ; ce alors même que le rapporteur public, devant le Conseil d'État, estimait que, « dans ce domaine si spécifique et si sensible, et en l'absence de jurisprudence topique, [...] l'appréciation du caractère disproportionné ou non de cette conciliation relève du juge constitutionnel lui-même »⁹⁸⁶. C'est bien dire qu'était attendue non pas tant un refus de se prononcer qu'un examen (éventuellement restreint) de l'équilibre établi. En réalité d'ailleurs, comme souvent quand deux droits entrent en collision, il n'y a pas tant équilibre que mise à l'écart du droit de l'enfant face à celui de la mère (en tant que ce droit disparaît sous le droit à la santé étendu à l'enfant).

Cette restriction liminaire du contrôle doit être causée par la matière traitée. Il s'agit en effet d'une question de société, qui met en cause des positions morales et en fin de compte impossibles à fonder autrement que sur des postulats axiologiques. La forme ici prise, un peu trompeuse, de la conciliation ne doit pas masquer la profonde parenté de cette décision avec, par exemple, les lois concernant la bioéthique. Dans la décision bien connue de 1994, on trouve déjà l'affirmation selon laquelle « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur »⁹⁸⁷. Là encore, le refus d'examiner est fondé explicitement sur les incertitudes scientifiques : au lieu cependant de simplement laisser une plus grande marge au législateur, comme c'est le cas en Allemagne, celles-ci justifient ici un retrait complet du juge. Nous voulons croire que la matière explique autant que ces incertitudes cette attitude (d'autant que, on l'a vu, la dignité humaine fournissait tout de même un fondement extrêmement fragile). Cette interprétation nous semble confirmée par la récente décision rendue à propos du prélèvement de sang de placenta : même si le sujet donne lui aussi lieu à de

⁹⁸⁵ Décision 2010-248 du 16 mai 2012, *M. Mathieu E.* (note D. Roman, RDSS, 2012/4, p. 750-756 ; voir cette note pour la présentation des termes de la conciliation qui devait être opérée).

⁹⁸⁶ Conclusions de Mme Maud Vialettes sous CE, n°348764 et 348765 (citées par Marie-Xavière Catto in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 3 juin 2012).

⁹⁸⁷ Décision 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi bioéthique*, cons. 10.

nombreuses controverses scientifiques, le Conseil ne se prévaut pas de cet argument et se contente de rappeler qu'il ne lui revient pas « de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles de telles cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées » – alors même qu'un contrôle fondé sur la liberté personnelle pouvait tout à fait aboutir⁹⁸⁸.

Sans qu'il paraisse nécessaire de s'attarder autant sur la reconnaissance accordée aux orientations sexuelles autres que l'hétérosexualité, on rappellera qu'on a, ici aussi, affaire à une question de société typique. Or on sait que, même si le principe d'égalité semblait devoir s'appliquer (à moins de considérer que les homosexuels ne sont pas tout à fait des hommes comme les autres), et même si l'interdiction de se marier (et par conséquent d'adopter) ne venait pas tant du législateur que d'une interprétation particulièrement rigoriste et littérale du Code civil par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'il n[e lui] appartient pas [...] de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe »⁹⁸⁹ ni « de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière [celle des couples homosexuels], de cette différence de situation »⁹⁹⁰. Là encore, donc, tout contrôle est refusé d'emblée puisque l'élément sur lequel celui-ci s'exercerait (la différence de situation justifiant ou non une rupture du principe d'égalité) reste le domaine exclusif du législateur. Il ne s'agit pas seulement, comme cela a pu être avancé⁹⁹¹, d'une restriction, mais bien d'un abandon du contrôle de proportionnalité. Tout comme le commerce des produits du corps humain, les droits des couples homosexuels, quoique la Constitution offre des outils pour les prendre en considération, restent hors de la portée du juge constitutionnel – du moins le veut-il.

On évoquera encore un dernier exemple, plus parlant peut-être en ce que la matière semble moins évidemment sensible. Des requérants ont contesté, par la voie de la QPC, l'article du Code civil qui exige le consentement du défunt à d'éventuels prélèvements génétique dans le cadre d'une recherche en paternité, et présume son refus. Le Conseil aurait pu, s'il avait voulu répondre au principe constitutionnel (respect de la vie privée et droit à mener une vie familiale normale) par le principe constitutionnel, utiliser le principe de dignité humaine. Là encore, l'argument aurait certes

⁹⁸⁸ Décision 2012-249 DC du 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France* (note Ma.x. Catto, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 3 juin 2012), cons. 7. Pour le commentaire critique de cette décision, et les solutions possibles menant à un véritable contrôle du juge, voir la note citée.

⁹⁸⁹ Décision 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle C.* (note A. Batteur, PA, 2010/239, p. 6-13), cons. 9.

⁹⁹⁰ Décision 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre* (note in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 89, 2012, p. 143-175), cons. 9.

⁹⁹¹ GOESEL-LE BIHAN (Valérie), « Le Contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Juspoliticum*, 2012, 7.

été fragile, mais pas entièrement impossible. À nouveau, cependant, le raisonnement choisi délaisse en réalité le champ constitutionnel (ou plutôt, ne le pénètre même pas) :

en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts ; [...] il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain ; [...] par suite, les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés⁹⁹²

Il est évident qu'on chercherait vainement, dans le bloc de constitutionnalité, trace du « respect dû aux morts » : en certaines matières, le législateur peut donc, sans même s'embarrasser d'une exigence constitutionnelle, porter atteinte à des droits garantis par la Constitution, sans craindre aucun contrôle juridictionnel (et ce, malgré la position de cette décision dans les Tables analytiques publiées par le Conseil, où elle est censée illustrer le « contrôle restreint par la norme constitutionnelle »). La question n'est bien entendu pas de condamner ou de défendre cette jurisprudence. On peut en revanche en retirer de nouveaux arguments pour notre cause : selon sa position institutionnelle et selon le consensus existant ou non dans la société (et le respect dû aux morts est sans doute l'un des rares consensus qu'on puisse trouver), le juge constitutionnel adapte ses solutions. Pas une bouche de la loi, donc, mais pas non plus un fou de cour parlant au hasard.

La comparaison avec la situation allemande est éclairante sur ce point. Il n'existe pas de décision exactement comparable, mais la façon dont la doctrine étudie le problème permet tout de même ce travail. Dans un article particulièrement fouillé, B. Schmidt am Busch a évoqué les normes de constitutionnalité qui pourraient entrer en jeu, en Allemagne, dans la protection de la dignité *post-mortem*. Si elle écarte le principe de dignité lui-même, elle juge en revanche applicables les libertés individuelles (notamment celle d'être enterré ou incinéré où et comme on le souhaite), ne reconnaissant d'intervention au législateur que sur le fondement d'une autre exigence constitutionnelle (les questions de santé publique, par exemple). On voit donc que le problème est entièrement retourné par rapport à la décision du Conseil constitutionnel que nous venons d'évoquer⁹⁹³.

Le Bundesverfassungsgericht ne s'est prononcé qu'une fois, et dans une décision assez ancienne, sur la question. Quoiqu'il valide le caractère obligatoire de l'inhumation dans un cimetière arrêté par le législateur, il effectue auparavant un contrôle au regard des normes constitutionnelles : puisque cette obligation empêche l'individu de choisir librement le lieu de son dernier repos, il y a

⁹⁹² Décision 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, *M. Louis C. et autres* (note J. Hauser, RTDCiv., 2011/4, p. 743-745), cons. 6.

⁹⁹³ SCHMIDT AM BUSCH (Birgit), « Postmortaler Würdeschutz und gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit », *Der Staat*, 49, 2010, p. 211-249 (not. p. 229-232).

atteinte à la liberté individuelle. Et si le contrôle est réalisé ensuite de manière assez acrobatique (le juge ne peut trouver d'autre argument pour justifier cette atteinte que le fait que la liberté individuelle, ne pouvant s'exercer que dans une société, doit respecter les limites que lui impose cette société) pour finir par attribuer une large liberté de manœuvre au législateur, fondée sur la matière, il n'en reste pas moins qu'est effectué une sorte de contrôle de proportionnalité (qui se manifeste notamment par l'énumération des raisons d'ordre social ou touchant à la santé publique qui justifiaient la solution retenue par le législateur). Le juge mentionne, logiquement, les deux exigences qui limitent cette liberté du législateur : l'obligation doit demeurer dans les limites du raisonnable, et l'autonomie de la personne doit être protégée⁹⁹⁴.

B. Schmidt vom Busch, qui réclame au nom de la liberté individuelle un très large assouplissement des contraintes pesant sur les défunts, tient donc l'obligation d'être inhumé dans un cimetière pour inconstitutionnelle. Or, constatant également l'incompréhension que rencontre, dans la société, les décisions administratives qui continuent de l'appliquer très strictement, elle suggère donc que les législateurs voulant maintenir cette obligation devraient fournir des preuves particulièrement nettes montrant que cette revendication sociale n'est qu'apparente, ou que très minoritaire⁹⁹⁵. On touche là, *a contrario*, au point qui explique la position du Conseil constitutionnel : puisqu'il s'agit précisément d'une matière dépendant avant tout des conceptions du monde qui dominent dans une société, il ne reviendrait pas au juge, mais au législateur de s'en faire le porte-parole. C'est ce qui expliquerait le refus du Conseil de contrôler les lois protégeant d'une manière ou d'une autre le respect dû aux morts.

Il ne nous semble pas que l'explication à cette particularité du juge français doive être recherchée dans une prétendue différence de perspective, fonctionnelle contre matérielle. On vient de voir que c'est tout autant pour des raisons tenant au champ de la vie sociale concerné que le Conseil constitutionnel refuse de considérer certaines des questions qu'on lui soumet. Pour la description, au moins, il paraît délicat d'utiliser une approche purement fonctionnelle ou purement

⁹⁹⁴ « Das grundsätzliche Verbot der Beisetzung außerhalb von Friedhöfen hindert allerdings den Menschen daran, zu seinen Lebzeiten den Ort seiner Beisetzung frei zu bestimmen. Damit ist die in umfassendem Sinne grundrechtlich gewährleistete menschliche Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) betroffen; [...] Diese ist jedoch nur in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet [...] Dabei muß sich der einzelne diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, die Eigenständigkeit der Person bleibt gewahrt.

Bei der Regelung der mit der Bestattung Verstorbener zusammenhängenden Fragen hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum. Das ergibt sich aus der Besonderheit der zu regelnden Materie [...] Dem Gesetzgeber stand es daher frei, sich grundsätzlich für den Friedhofszwang zu entscheiden und dabei Gründe wie die Totenruhe, das sittliche Gefühl weiter Bevölkerungskreise sowie Bau- und Verkehrsplanung zu berücksichtigen » (BVerfGE 50, 256, 262).

⁹⁹⁵ SCHMIDT AM BUSCH, « Postmortaler Würdeschutz », p. 237.

matérielle : la limite entre l'application du droit et l'empiétement sur les prérogatives du législateur (approche fonctionnelle) dépend de la matière en question (approche matérielle).

Le fait que le Conseil constitutionnel, contrairement au Bundesverfassungsgericht, ait délimité un certain nombre de questions dans lesquelles il se refuse à toute intervention ne paraît pas non plus dépendre des textes qui forment le bloc de constitutionnalité. On peut bien avancer qu'il n'existe pas de catalogue des droits aussi précis qu'en Allemagne, et que le juge français se retrouve donc plus souvent dans une position où il n'a pas à sa disposition de norme de référence lui permettant de régler le cas. Outre cependant qu'une telle position sous-estimerait grandement le pouvoir créateur de l'interprète (et serait contredite, par exemple, par la référence au respect dû aux morts que nous venons d'étudier), elle ne paraît pas justifiée pour les affaires qui, telles les QPC sur l'adoption ou le mariage homosexuels, mettent en jeu le principe d'égalité.

Par conséquent, le choix fait par le juge de ne pas du tout contrôler certaines décisions du législateur doit plutôt tenir à la position institutionnelle que se reconnaît le juge. Dans le cadre d'une articulation à réaliser entre exigences constitutionnelles et réalité sociale, le Conseil constitutionnel, plus marqué par la tradition légicentriste française, considère que certaines questions ne le regardent pas, même si la Constitution semblerait exiger qu'il statue. Le refus, pour l'instant au moins, de bâtir un système des droits de l'homme orienté et complet (comme le fait le Bundesverfassungsgericht) et l'utilisation à une échelle bien plus restreinte de l'interprétation mimétique va dans le même sens.

Section 2 Les modes d'action du tribunal

Nous avons avancé l'hypothèse selon laquelle le juge constitutionnel remplit une fonction d'intégration de la constitution à l'ordre juridique, tantôt, comme on vient de le voir, en limitant la portée de celle-ci, tantôt, comme on va le voir, en faisant de la règle fondamentale une norme qui n'encadre pas seulement, mais guide l'action du législateur.

Il nous semble nécessaire de nous limiter aux interactions du juge avec le législateur, car il n'est pas d'outils qui nous permettraient de mesurer la manière dont il prétend influencer directement sur le comportement des individus. Tout au plus pourrait-on, en France, mentionner les cas où le Conseil constitutionnel cherche visiblement à faire œuvre de pédagogie lorsqu'il s'adresse aux parties. Ainsi lorsqu'il les invite, en rejetant leur requête, à la mieux formuler – et notamment à

contester le bon article⁹⁹⁶.

L'influence du juge sur le législateur est plus visible, et plus importante. L'idée même que le juge cherche à élaborer, au moyen des techniques d'interprétation, un ordre constitutionnel cohérent et acceptable pour la société qu'il doit régir suppose que ce juge dispose de moyens suffisants pour déterminer les grandes directions empruntées par le législateur. Il ne suffit pas pour lui de pouvoir raboter après coup, mais d'obtenir directement ou indirectement l'ordre auquel il aspire et sur lequel il se fonde (le progrès vers cet ordre lui procurant ensuite un point d'appui d'autant plus stable). On quitte ici le strict terrain des techniques d'interprétation, mais il nous semble nécessaire de donner un aperçu de leur action en aval : de fait, le travail d'intégration entre ordre juridique et ordre social n'est jamais aussi réussi que lorsque le législateur fait ce qu'on attend de lui et ne contraint donc pas à une censure active. Justement, la structure de la procédure judiciaire, particulièrement sa variante constitutionnelle telle qu'elle a été décrite par A. Stone Sweet, est telle que le législateur prend l'habitude d'opiner d'après les décisions du juge, afin de prévenir la censure. Cela n'empêche pas que, dans certaines situations où il leur semble plus efficace de procéder ainsi, les cours constitutionnelles mettent en œuvre diverses techniques par lesquelles elles peuvent, sans paraître légiférer à la place du législateur, tenir pourtant le crayon en plus de la gomme (§ 1). Cette puissance directe ou indirecte d'écriture prend un sens particulier dans le cadre d'un débat sur la légitimité démocratique des cours constitutionnelles lorsqu'on observe, comme on peut le faire à l'exemple des questions fiscales, la fragilité d'une prétendue distinction ontologique entre le politique et le droit, entre ce qui relève de la seule appréciation du législateur et ce qui n'est plus conforme à la constitution (§ 2).

§ 1 le juge-législateur

Lorsqu'on accepte que le juge constitutionnel, puisqu'il intervient sur la loi, soit regardé comme détenant une part du pouvoir législatif, on le justifie généralement, à l'exemple de Kelsen, par l'idée qu'il n'est qu'un législateur négatif : il ne peut pas prendre de décision, mais simplement

⁹⁹⁶ Dans la décision 2011-169 QPC, le Conseil constitutionnel rejette une requête dirigée contre l'article 544 C.civ. car c'est en réalité l'art. 809 CPC (possibilité d'ordonner en référé l'évacuation d'une propriété occupée) en lien avec l'interprétation donnée par la Cour de cassation de l'art. 544 C.civ. qui était visé. Or ce dernier, à lui seul, ne met pas en cause des droits ou libertés fondamentales ; le Conseil rappelle ce fait aux requérants et les invite donc à contester le seul art. 809 CPC (lequel, étant de nature réglementaire, ne pourra pas lui être soumis) ; voir décision 2011-169 QPC du 30 septembre 2011, *Consorts M.* (note S. Slama, Lettre Actualité Droits-Libertés, CREDOF, 10 oct. 2011), cons. 9.

Dans le même ordre d'idées, on pourrait citer cette décision dans laquelle le Conseil constitutionnel semble rappeler que la QPC n'est pas là pour pallier la négligence du représentant légal d'un mineur ayant oublié de faire valoir la créance que ce dernier possédait sur un établissement public (décision 2012-2256 QPC du 18 juin 2012, *Boualem M.* (note A. Mangiavillano, RFDC, 92, 2012, p. 884-886), cons. 6).

raboter ce qui dépasse du cadre constitutionnel. Dans un système reposant sur le présupposé démocratique, c'est le seul moyen de justifier qu'un organe non-élu puisse avoir part à la législation. Cette conception a le défaut de ne pas prendre en compte la réalité des rapports institutionnels : tout processus de règlement des conflits par un tiers aboutit en effet nécessairement à ce que les acteurs cherchent à anticiper sur le comportement de ce tiers, et se soumettent ainsi aux critères de jugement qu'il édicte au fil du temps. En ce sens, on assisterait à une formation du droit par traits successifs (a). Au-delà de cette contrainte structurelle et indirecte (en ce qu'elle s'exerce sur le législateur, non sur les textes eux-mêmes), il arrive que le juge, le Conseil constitutionnel en tout cas, se saisisse directement du crayon pour réécrire la loi ou les normes du bloc de constitutionnalité de sa propre initiative (b). Sur ces deux chemins, il s'écarte de la justification que lui apporte l'idée du législateur négatif, sans pourtant, grâce encore à la légitimité qu'il puise dans la constitution et à l'efficacité de son discours sur la retenue juridictionnelle, choquer outre-mesure.

a. La formation du droit par esquisses

En étudiant l'influence des juges constitutionnels sur le pouvoir législatif, A. Stone Sweet constate que le contrôle abstrait des lois à la française offre au juge un pouvoir plus important : puisque la censure intervient immédiatement, le législateur ne peut pas l'ignorer comme il pourrait ignorer celle qui toucherait des textes plus anciens et dont il n'est pas responsable. Les cours pratiquant ce contrôle seraient donc, plus que les autres, susceptibles de devenir de véritables co-législateurs. La question de la légitimité démocratique serait particulièrement problématique pour elles si l'on s'en rapporte aux deux critères avancés par la Cour suprême états-unienne afin de justifier le contrôle qu'elle exerce, même de loin, sur le pouvoir législatif : elle ne déciderait que pour le passé et seulement dans le cadre d'un cas concret, ce qui empêcherait des empiètements généraux (les fameux « arrêts de règlement » dont se servent en guise d'épouvantail ceux qui veulent mettre en garde contre le gouvernement des juges) et garantirait que l'acteur en question agit uniquement comme un juge. Au contraire, le contrôle abstrait, valant pour l'avenir et de manière générale, serait tout particulièrement lié au « *corrective revision process* », c'est-à-dire au moment où le Parlement adopte à nouveau une loi censurée en intégrant directement les formules de la Cour constitutionnelle⁹⁹⁷.

À ce compte, puisque le Bundesverfassungsgericht est occupé par les *Verfassungsbeschwerde* bien plus que par le contrôle abstrait des normes, il devrait conditionner

⁹⁹⁷ Stone Sweet, *Governing with Judges*, *passim* et not. p. 241-251.

moins étroitement que le Conseil constitutionnel les décisions du législateur. Comme on le verra plus loin, une décision dans laquelle il a profité d'un cas d'espèce pour énoncer des règles générales, de façon tout à fait superflue au regard de la question qu'il avait à trancher, a ainsi donné lieu à une série de critiques particulièrement violentes, qui toutes reprochaient au juge de prétendre s'arroger les pouvoirs du législateur. Cependant, il n'est pas certain que la forme du contrôle soit si déterminante. Le *corrective revision process* de Stone Sweet porte sur la reprise telle quelle de formules pour la même question. Il nous semble nécessaire d'élargir la perspective, pour voir que les cours constitutionnelles conditionnent largement le travail du législateur par la simple édicition de standards de jugement : selon le schéma juridictionnel utilisé par Stone Sweet lui-même, ceux-ci doivent, quelle que soit la forme du contrôle, contraindre le travail législatif.

En effet, la question n'est pas tant celle de l'autorité juridique des décisions rendues par les cours constitutionnelles que celle de l'anticipation des décisions encore à venir par les institutions qui risquent d'y être confrontées. En Allemagne comme en France⁹⁹⁸, seule la solution elle-même et ses fondements essentiels (*tragende Gründe*) ont valeur juridique, pas le raisonnement (qui est beaucoup plus développé, rappelons-le) dans tous ses détails (même si la distinction est souvent délicate). Cela permet notamment au juge tout à la fois de ne pas se lier lui-même (on verra que c'est le cas dans la décision débattue sur l'impôt sur la fortune, que nous étudions plus loin), de prétendre ne pas imposer juridiquement ses conceptions au législateur et de contraindre celui-ci de fait, puisqu'il doit s'attendre à ce que le tribunal, comme institution rationnelle, ait plutôt tendance à suivre des raisonnements identiques.

Cette anticipation par le législateur est en réalité le mode le plus puissant et le plus discret du juge constitutionnel. C'est ce qui explique, sans doute, l'attitude du Bundesverfassungsgericht face aux textes reprenant, en substance, des dispositions déjà censurées par lui. Contrairement au Conseil constitutionnel, il ne se fonde pas sur l'autorité de force jugée pour rejeter la requête au seuil de son palais, mais affirme que « la force juridique des décisions de la justice constitutionnelle censurant une norme n'empêche pas le législateur d'adopter une réglementation identique ou semblable sur le fond ». D'abord parce que l'autorité de ses décisions n'est garantie qu'au niveau législatif (§ 31 de la loi organisant le tribunal), et que le législateur ne peut être obligé par lui-même ; sur ce seul fondement, la comparaison avec le Conseil constitutionnel (dont nous avons vu qu'il interdisait par principe de tels agissements législatifs) serait faussée : l'argument ne vaut pas en France, où c'est la Constitution qui donne leur force à ses décisions (art. 62 C). L'argument décisif,

⁹⁹⁸ Depuis la décision 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole (Grandes décisions, p. 135-145)*, cons. 1 (« l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »).

cependant, est d'un autre ordre. C'est en effet une manière pour le tribunal de limiter son pouvoir et de respecter les principes démocratiques. Selon lui,

Cette appréciation correspond à la responsabilité particulière du législateur, organe légitime du point de vue démocratique, quant à l'adaptation de l'ordre juridique à des demandes sociales mouvantes et à des représentations de l'ordre social qui ont évolué. Elle font justice, en même temps, aux limites fonctionnelles et institutionnelles de la justice constitutionnelle, c'est-à-dire au fait que le tribunal constitutionnel doit confronter les actes du pouvoir législatif à la constitution elle-même, et non aux précédents de la justice constitutionnelle.

En définitive, le tribunal réussit ainsi le délicat équilibre entre le risque de pétrification du droit et celui d'une justice constitutionnelle *ad hoc* (puisque'il demeure, contrairement au législateur, lié par sa propre jurisprudence)⁹⁹⁹. Ce faisant, il montre cependant également l'importance que revêt l'ensemble de son raisonnement dans la prise de décision – et donc dans les positions qu'il adoptera selon toute vraisemblance à l'avenir sur des questions semblables : la répétition d'une norme n'est pas interdite, mais le législateur « ne peut pas ignorer les raisons données par le Bundesverfassungsgericht à la non-conformité de la loi originelle ». La norme simplement réénoncée est donc suspecte du point de vue constitutionnel, mais pas rejetée dès l'abord : le tribunal peut à nouveau l'examiner, à condition qu'il y ait eu un changement dans les circonstances de droit ou de fait, ou bien dans les « conceptions qui fondaient la décision »¹⁰⁰⁰. On voit à ce propos que le juge allemand laisse plus de place à un nouvel examen que son homologue français.

Au vu de l'engorgement du tribunal constitutionnel allemand, on aurait du mal à imaginer que ce sont les circonstances matérielles qui lui laissent plus de loisirs pour examiner de telles requêtes, alors que le Conseil constitutionnel serait obligé de les refuser par principe afin de n'être pas submergé de travail. Il nous semble donc que cette différence doit plutôt s'expliquer par l'autorité du Bundesverfassungsgericht, mieux établie que celle du juge français. Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, l'important est de voir ici que la force juridique n'est pas le seul moyen d'action dont dispose le juge : tout aussi utile est le raisonnement lui-même, et par ricochet son influence sur le législateur. Par là, il peut en effet orienter la politique menée par celui-ci sans paraître lui donner

⁹⁹⁹ BVerfGE 77, 84, 103-104 (« ... die Rechtskraft normverwerfender verfassungsgerichtlicher Entscheidungen hindern den Gesetzgeber nicht, eine inhaltsgleiche oder inhaltsähnliche Neuregelung zu beschließen. [...] Diese Beurteilung entspricht der besonderen Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers für die Anpassung der Rechtsordnung an wechselnde soziale Anforderungen und veränderte Ordnungsvorstellungen. Sie trägt zugleich den funktionellen und institutionellen Grenzen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes, namentlich dem Umstand Rechnung, daß das Bundesverfassungsgericht Akte der gesetzgebenden Gewalt an der Verfassung selbst und nicht an verfassungsgerichtlichen Präjudizien zu messen hat »).

¹⁰⁰⁰ BVerfGE 96, 260, 263 (« Es [*sic* ; la phrase n'offrant pas de sens ainsi rédigée, nous avons voulu lire « Er », qui renverrait au législateur] kann dabei aber die vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Gründe der Verfassungswidrigkeit des ursprünglichen Gesetzes nicht übergehen. Eine Normwiederholung verlangt vielmehr ihrerseits besondere Gründe, die sich vor allem aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben können »).

des ordres directs.

Cela se manifeste dans certains cas, plutôt rares, où le législateur manque une indication que le juge aurait pourtant crue claire, et voit coup sur coup censurés le premier texte et sa correction. La situation s'est présentée en Allemagne à propos du financement des partis politiques : le Bundesverfassungsgericht avait accepté que les remboursements publics soient subordonnés à l'obtention d'un certain nombre de voix (afin d'éviter que « des groupuscules ne participent à une campagne que parce que celle-ci est financée par l'État »), mais exigé en contrepartie que ce seuil fût largement inférieur à 5 % (c'est-à-dire au seuil que doivent atteindre les partis pour obtenir un siège dans le système d'élections à la proportionnelle)¹⁰⁰¹. Le législateur s'exécuta et prévint une barrière de 2,5 %, qui fut à son tour condamnée par le juge. Or si la teneur de la décision, donc la partie possédant force de loi, n'en dit pas plus, le raisonnement signale, à tout hasard, qu'un seuil de 0,5 % ne contreviendrait pas à la Loi fondamentale¹⁰⁰². Il impose ainsi indirectement au législateur le seuil qu'il pourra retenir¹⁰⁰³. On doit d'autant plus voir dans cette double décision une manière consciente de déterminer les choix du législateur que, dans d'autres décisions portant toujours sur la question du financement des partis, le juge, lorsqu'il ne voulait pas décider, s'est retranché derrière le prétexte de la question politique pour ne pas contrôler le plafond établi par la loi aux déductions d'impôts fondées sur des dons aux partis politiques¹⁰⁰⁴. Il est pourtant difficile de concilier cette prétendue incompétence avec la fixation au dixième de pourcent près du seuil au-delà duquel les partis doivent pouvoir bénéficier de financements publics.

Ce genre de contrôle en deux temps révèle l'ambivalence potentielle des outils censés garantir la liberté du législateur. Ainsi, en Allemagne, de la distinction entre l'annulation (*Nichtigerklärung*) et la déclaration de non-conformité (*Verfassungswidrigkeitserklärung*). Alors que la première agit directement sur la norme contrôlée, la seconde ne fait que constater la contradiction qu'elle entretient avec la Loi fondamentale et invite le législateur à en tirer les conséquences. Celle-ci devrait donc être l'expression d'un plus grand respect envers le pouvoir politique, puisque le juge choisit de ne pas purement et simplement annuler la norme afin de laisser le législateur régler comme il l'entend le problème de constitutionnalité qui se pose¹⁰⁰⁵. Pourtant,

¹⁰⁰¹ BVerfGE 20, 56, 118.

¹⁰⁰² BVerfGE 24, 300, 342.

¹⁰⁰³ Sur cet épisode, voir LANDFRIED (Christine), *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1984, 186 p., p. 103-105.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 107 (citant BVerfGE 52, 63, 82).

¹⁰⁰⁵ C'est du moins la présentation faite par la doctrine et par les membres mêmes du Bundesverfassungsgericht. H Heußner affirme ainsi que le tribunal doit se garder de d'annuler la norme « lorsque cela conduirait à une immixtion dans la liberté de manœuvre du législateur » (« wenn dadurch in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

J. Ipsen a montré que le juge pouvait en réalité contraindre par ce moyen le législateur à agir, et à agir dans le sens qui lui est imposé. Là encore, c'est une forme d'échec de la manœuvre qui la rend particulièrement visible : le Bundesverfassungsgericht avait considéré qu'une réglementation qui lui était soumise ne respectait pas le principe d'égalité, mais l'avait simplement déclarée non-conforme, renvoyant donc au pouvoir législatif. Celui-ci, usant de la liberté d'action que lui laisse le juge pour déterminer la manière dont l'atteinte au principe d'égalité doit être levée, décide de mettre fin, pour l'avenir, à cette discrimination en supprimant l'avantage qui avait été concédé à un groupe particulier. Le Bundesverfassungsgericht ne se satisfait cependant pas de cette solution : à nouveau saisi, il annule cette fois le nouveau texte, lui reprochant de ne valoir que pour l'avenir, sans prendre en compte les conséquences passées de la rupture d'égalité¹⁰⁰⁶.

Commentant ce contrôle en deux temps, J. Ipsen montre qu'il y a apparemment une quasi auto-contradiction dans le fait de d'abord prétendre prendre en considération la liberté de décision politique avant finalement de trancher soi-même sur le même sujet. Le tribunal justifie le recours à la déclaration de non-conformité par la volonté de respecter la marge d'action du législateur. Cependant, cette volonté ne valait semble-t-il que pour l'avenir, puisque le juge a ensuite réglé, sans plus laisser le choix au législateur, la partie qui concernait l'inégalité passée. Or l'annulation, voie normale pour régler la question, puisque la déclaration de non-conformité est une invention jurisprudentielle, permet tout aussi bien de garantir la liberté d'action du législateur pour l'avenir. C'est donc que l'argument reposant sur le respect de cette liberté d'action n'est, en réalité, pas décisif. Le juge pouvait tout aussi bien choisir la voie la plus évidente, celle d'une annulation partielle de la loi, dès la première décision. Cela n'empêchait en rien le législateur de revenir sur le texte pour rétablir ensuite, éventuellement, l'avantage consenti en en faisant bénéficier cette fois tous les groupes potentiellement concernés¹⁰⁰⁷. De notre point de vue, on considérera que l'utilisation de ces deux techniques se comprend du point de vue des rapports institutionnels : la déclaration de non-conformité paraît préserver la liberté du législateur, mais conditionne en réalité son action dans la mesure où celui-ci est censé trouver de lui-même la solution que le juge aurait voulu voir adopter. Plus encore, remarque Ipsen : au bout du compte, la déclaration de non-conformité est bien plus contraignante pour le législateur que l'annulation, car elle l'oblige à agir. Alors qu'il pourrait accepter qu'un avantage soit purement et simplement supprimé, sans avoir spécialement l'envie de retravailler le sujet (d'autant que, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* de

eingegriffen [...] würde » ; HEUSSNER (Hermann), « Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung », NJW, 1982/6, p. 257-263, p. 257).

¹⁰⁰⁶ BVerfGE 39, 316 ; 55, 100.

¹⁰⁰⁷ IPSEN (Jörgen) : « Nichtigerklärung oder „Verfassungswidrigkeitserklärung“ – zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle », JZ, 1983, p. 41-45.

la loi, cette réglementation pouvait être le fait d'une autre majorité), la déclaration de non-conformité lui impose de se saisir à nouveau du problème, et dans le sens que lui indique le juge constitutionnel¹⁰⁰⁸.

Celui-ci trouve donc un double intérêt à ce genre de techniques : à la fois respect apparent du législateur et contrôle réel¹⁰⁰⁹. Les deux cas que nous venons d'étudier représentent en quelque sorte pour lui des échecs : s'il a dû s'y prendre à deux fois pour arriver à un certain état de l'ordre juridique, c'est qu'il n'avait pas su indiquer assez clairement au législateur la direction qu'il devait prendre pour ne pas encourir de nouvelle censure. En règle générale, cependant, l'efficacité de ses méthodes est telle que le juge n'a pas besoin d'afficher ainsi le résultat qu'il considérait comme la solution juste (dans les deux cas, on a vu qu'à une première censure générale succédait une deuxième qui énonçait précisément le contenu que devait avoir la norme pour ne pas être contraire à la constitution). Les traces sont alors plus difficiles à trouver, puisqu'il faut découvrir dans le fatras des textes de loi ou des débats parlementaires les éléments permettant d'affirmer que le législateur a légiféré en se conformant consciemment aux attentes du juge constitutionnel.

C. Landfried a pu étudier plusieurs exemples qui montrent clairement cela. D'abord lorsque le Parlement a suspendu le processus législatif en apprenant qu'était pendante devant le Bundesverfassungsgericht une affaire relevant de la question qu'il voulait lui-même traiter, comme ce fut le cas à propos de la fidélité à la constitution exigée des fonctionnaires¹⁰¹⁰. Les discussions ne reprirent qu'une fois la décision rendue, au regard de celle-ci et en intégrant le nouveau (et discutable) concept développé par le tribunal à cette occasion (la *Verfassungsfeindlichkeit*, dont il fait un critère déterminant du contrôle alors que le terme ne peut se trouver nulle part dans la Loi fondamentale). Dans ce cas, la dissension préexistante entre les deux chambres (chacune dominée par une majorité différente) a renforcé la puissance du juge, chaque camp espérant pouvoir se fonder sur son interprétation de la constitution pour s'imposer. Même sans que de telles dissensions internes l'affaiblissent, le pouvoir législatif prend en compte au moment de délibérer la position du juge, ou plutôt celle qu'il imagine être la sienne. Le risque d'inconstitutionnalité, avancé dans les débats aussi bien en France qu'en Allemagne, a ceci de particulier qu'il impose à celui qui veut y échapper de se reposer sur des conjectures incertaines. Ce n'est donc pas seulement qu'il faut interpréter la constitution, éventuellement avec l'aide de spécialistes de droit constitutionnel, c'est

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ C. Landfried observe la même utilisation de l'interprétation conforme à la constitution, censée préserver l'autorité du législateur, mais qui permet en fait au juge d'écrire la loi à sa façon (*Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, p. 49). En France, les fonctions des réserves d'interprétation ont été présentées dans la thèse d'A. Viala (VIALA (Alexandre), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 318 p.).

¹⁰¹⁰ Ce qui donna lieu à la décision *Radikalenbeschluss* (BVerfGE 39, 334).

surtout qu'il faut interpréter l'interprétation qu'en a donnée jusqu'alors le juge pour espérer anticiper sa décision sur la loi en cours d'élaboration, et ainsi aller au plus près de la limite entre constitutionnalité et inconstitutionnalité (à partir du moment où l'on accepte un schéma dans lequel, le juge constitutionnel garantissant une forme de juste-milieu, toute majorité politique cherche à trouver la frontière exacte entre ses aspirations, plus à droite ou plus à gauche, et ce qu'acceptera la cour). Le législateur est conduit ainsi à une forme d'auto-censure et risque de viser trop court, alors même que le juge n'aurait pas nécessairement censuré ; la question de savoir s'il l'aurait fait ou non est d'ailleurs presque accessoire : l'important est qu'il peut paraître garder une sobre retenue face au pouvoir législatif – qu'il a contraint en amont. De cette manière peut perdurer le mythe du conseil des sages.

Le législateur, quant à lui, est amené à tempérer considérablement les projets qui paraîtraient trop audacieux. Quand la coalition sociale-libérale, par exemple, voulut imposer la participation des travailleurs dans la gestion de l'entreprise, elle émoissa considérablement le texte au cours des débats, face aux arguments portant sur son éventuelle inconstitutionnalité. L'idée d'une participation paritaire fut notamment abandonnée sans même que le Bundesverfassungsgericht ait à se prononcer. Celui-ci put donc éviter de prendre trop clairement position sur un sujet éminemment politique. Lorsqu'il fut saisi, ensuite, d'une *Verfassungsbeschwerde* par les organisations patronales, il se refusa à affirmer, comme celles-ci l'espéraient, un principe selon lequel les propriétaires d'une entreprise devaient nécessairement conserver la majorité des voix dans les instances de décision, se contentant de signaler au passage, mais sans donner force juridique à la chose, que le texte ne lui paraissait pas inconstitutionnel notamment parce qu'il conservait aux propriétaires cette majorité : puisque le législateur s'était déjà plié à la règle, il n'était pas nécessaire pour le juge de mettre en jeu son aura de neutralité¹⁰¹¹.

En France, on trouve outre cette censure en amont des marques plus visibles encore de l'influence qu'a le juge sur le législateur lorsque celui-ci reprend dans les textes adoptés des principes énoncés par le Conseil constitutionnel. Cela, pas seulement lorsque le Conseil a censuré une loi qu'il faut donc réécrire¹⁰¹², mais aussi dès la première lecture d'un texte, et sans que cela s'impose d'aucune façon. C'est ainsi, nous semble-t-il, qu'on peut lire l'introduction dans le Code

¹⁰¹¹ BVerfGE 50, 290, 322-323 ; sur la loi et la décision, voir LANDFRIED, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, p. 52-63.

¹⁰¹² À propos de la législation concernant les hospitalisations d'office, fort attentive aux nombreuses décisions du Conseil en la matière : le législateur revient ainsi sur des simplifications prévues par le projet de loi, mais qui ne correspondaient plus aux exigences énoncées entre temps par le juge (sur cette question, voir BOUDON (Julien), « Lorsque le Conseil constitutionnel pré-légifère : les avertissements adressés au législateur dans les décisions QPC de censure », Congrès de l'AFDC (Nancy, 2011, disponible sous <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/boudonT7.pdf>

pénal par le projet de loi sur la prévention de la récidive et l'efficacité des sanctions pénales (adopté le 17 juillet 2014, art. 2) du principe d'individualisation des peines. Le Gouvernement et le rapporteur à l'Assemblée nationale considèrent en effet tous deux comme un manque le fait que ce principe, déduit par le Conseil constitutionnel de l'art. 8 DDHC, ne se trouve dans aucune des sources écrites du droit français. L'opposition combat d'ailleurs cette rédaction en attaquant son caractère oisif, puisque l'individualisation des peines est déjà protégée au niveau constitutionnel¹⁰¹³. Ce n'est donc même pas par volonté consciente d'obéir au juge constitutionnel (lequel exigerait d'autant moins l'affirmation explicite du principe que, d'après sa jurisprudence, celui-ci s'applique dans le silence de la loi¹⁰¹⁴), mais simplement mû, semble-t-il, par une sorte de réflexe (un ordre juridique bien rangé devrait reprendre explicitement les principes constitutionnels) que le législateur agit. De cette manière, on voit que le juge participe à l'écriture du droit : en reliant cet exemple aux considérations sur l'hypotexte infra-constitutionnel développées dans la première partie de notre recherche, on imagine qu'il peut, sur le long terme, en user pour asseoir sa propre position et sa propre lecture de la constitution¹⁰¹⁵.

Contrairement à ce qu'affirmaient les juges de Karlsruhe lorsqu'ils ont été interrogés par C. Landfried (seuls trois d'entre eux reconnaissaient que le législateur codifie souvent simplement ce que le juge a décidé, les treize autres refusant une hypothèse si choquante pour la séparation des pouvoirs¹⁰¹⁶), le pouvoir législatif travaille pour une grande part en fonction non seulement des censures vraiment prononcées par le juge constitutionnel, mais aussi et surtout des censures prévisibles. Cela le conduit à une forme d'auto-censure qui serait étonnante si l'on ne gardait pas à l'esprit le coût que représente pour lui l'annulation d'une disposition. Ce coût n'est pas uniquement une question de prestige (et nous voulons d'autant moins emprunter cette voie que cela nous conduirait à des questions de légitimité qui relèvent peut-être plus de la pure science politique que du droit), mais aussi un coût matériel : on sait combien les ordres du jours des assemblées sont

¹⁰¹³ Voir l'exposé des motifs du projet de loi, le rapport de D. Raimbourg fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive, AN n° 1974, 28 mai 2014 et la discussion lors de la deuxième séance du 4 juin 2014 (notamment les interventions de Georges Fenech). Le principe a été énoncé, sans faire grand bruit à l'époque, dans la décision 2005-520 DC du 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (note S. Nicot, RFDC, 65, 2006, p. 165-175), cons. 3.

¹⁰¹⁴ Décision 2007-553 DC du 3 mars 2007, *Loi relative à la prévention de la délinquance* (note B. de Lamy, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008/1, p. 133-136), cons. 28.

¹⁰¹⁵ Un autre exemple, plus ancien mais tout aussi frappant, est signalé dans DI MANNO (Thierry), « L'Influence des réserves d'interprétation », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 189-272, p. 262-265 : la loi 83-466, en abrogeant la loi *Sécurité et liberté* de 1981, a intégré la réserve d'interprétation qui avait été formulée dans la décision de 1981 (80-127 DC) sur le droit pour la personne interpellée de saisir l'autorité judiciaire.

¹⁰¹⁶ LANDFRIED, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, p. 121-122.

encombrés (c'est en ce sens aussi que les déclarations de non-conformité sont en réalité une plus grande charge pour le législateur, empêché de s'atteler à d'autres questions), et combien longue et lourde est la procédure législative – sans compter qu'elle laisse encore plus de temps aux contestations de la rue.

b. le crayon constitutionnel

Le juge a également à sa disposition un certain nombre d'instruments qui lui permettent d'imposer directement son interprétation de la constitution ou des lois aux autres acteurs – quitte à réécrire certains textes. En ce sens, loin de se contenter de la gomme, il saisit le crayon. Cette problématique touche plutôt le juge français : en Allemagne, la *verfassungskonforme Auslegung*, c'est-à-dire le fait de choisir parmi les interprétations possibles de la loi celle qui pourra être appliquée sans que se pose de problème de constitutionnalité, est suffisamment établie pour qu'on n'y voit pas un empiètement sur les attributions du législateur. Quant à la Loi fondamentale elle-même, on a vu que la méthode mimétique globale qu'utilise le juge lui permet de dégager des solutions concrètes en prétendant ne faire qu'appliquer le texte constitutionnel. En ce sens, la question de la gomme et du crayon ne paraît pas avoir la même importance : la doctrine comme les juges considèrent que ce genre d'interprétations ne pose pas de problème de gouvernement des juges en ce qu'il trouve sa limite naturelle dans le texte de la loi ou de la constitution. On sait ce que cette vue a d'illusoire, mais elle reste un fondement de légitimité suffisant.

Les réserves d'interprétation, à l'image de la *verfassungskonforme Auslegung*, permettent au juge de réécrire la loi en ce qu'il en restreint les sens possibles. Cet outil, déjà bien connu¹⁰¹⁷, paraît relativement innocent dans la mesure où cette restriction de sens ne peut pas s'apparenter à une réécriture positive. On aurait donc là plus une modalité particulière de censure (une sorte de censure partielle d'interprétations en puissance) qu'une possibilité que se donne le juge de modifier le sens de la loi. Notons tout de même qu'associées au fait que le Conseil ne se tient pas pour limité par la saisine dans le contrôle *a priori*, les réserves d'interprétation permettent un contrôle assez profond de la loi par le juge constitutionnel¹⁰¹⁸. Sans reprendre le point dans son ensemble, puisqu'il a été déjà largement traité, il nous semble important pour notre propos de rappeler l'existence de réserves implicites. On entend par là des énoncés par lesquels le Conseil constitutionnel restreint l'interprétation d'une disposition ou y ajoute un élément pour la rendre conforme de manière

¹⁰¹⁷ Notamment depuis la thèse déjà citée d'A. Viala.

¹⁰¹⁸ Voir la note de F. Julien-Lafférière sous la décision 92-307 DC, AJDA, 1992/10, p. 656 sq.

certaine à la Constitution, mais sans que cela soit explicitement mentionné comme une réserve dans le dispositif. L'intérêt de la chose réside précisément dans cette discordance entre le statut sémantique de l'énoncé (qui a toutes les apparences d'une injonction) et son statut juridique : on pourrait avancer en effet, *a contrario*, qu'il n'a pas la force normative des réserves explicites. Pourtant, il ne fait nul doute que le juge admet la disposition contrôlée uniquement accompagnée des restrictions ou compléments qu'il lui a apportés. On doit donc voir là encore que l'influence des décisions prises par le juge constitutionnel sur les autres acteurs repose plus sur l'acceptation par ceux-ci du raisonnement dans son entier et de ses présupposés que sur la seule application des solutions explicitement proclamées : le même type de fonctionnement que nous venons d'étudier avec l'anticipation par le législateur des décisions du juge. Comme c'était déjà le cas dans les rapports du juge avec le législateur, on constate également que la réserve d'interprétation, sous couvert de découvrir la véritable volonté d'un législateur présumé rationnel, est un instrument qui permet au Conseil de légiférer sans laisser de choix au Parlement.

Cette technique peut être utilisée, notamment, pour faire droit à une requête sans y paraître, pour une question qui paraît trop évidente, parce que la rédaction du texte de loi serait un peu maladroite. Quand le Code de procédure pénale considère la situation où une personne soupçonnée d'avoir commis un viol refuse de se soumettre aux examens qui permettraient de savoir si elle est atteinte d'une maladie sexuellement transmissible, il prévoit une procédure forcée : « à la demande de la victime ou lorsque son intérêt le justifie, cette opération peut être effectuée sans le consentement de l'intéressé sur instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction » (art. 706-47-2). Comme le faisaient remarquer les requérants, la formulation retenue pouvait laisser entendre que le juge était lié par la demande de la victime (le verbe « pouvoir » porterait non pas sur le choix laissé au juge, mais sur le caractère hypothétique de la situation) – on pourrait même considérer que c'est le sens qui vient le plus spontanément à l'esprit. Cela reviendrait à dire que cette atteinte à la liberté individuelle n'est pas placée sous le contrôle du juge, en méconnaissance de l'article 66 C. Le Conseil, pourtant, en arrive à la conclusion que la disposition est conforme car il n'est pas ici de rigueur qui ne soit nécessaire (nous avons montré dans la première partie de ce travail comment la rigueur nécessaire est devenu petit à petit le critère de contrôle des atteintes à la liberté individuelle), ce qui présuppose que la liberté individuelle soit bien protégée par le juge. C'est la technique de rédaction, et par là d'interprétation de la loi, qui explique ce résultat : comme toujours, la décision énumère à nouveau les différentes dispositions du texte, notamment celles qui doivent exprimer les raisons justifiant l'atteinte ou les garanties qui l'encadrent. Mais dans ce passage d'habitude fastidieux, pour ne pas dire purement redondant, il

change cette fois le sens de la loi en la résumant :

à défaut de consentement de l'intéressé, l'opération ne peut être pratiquée que sur instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction, et seulement à la demande de la victime ou lorsque son intérêt le justifie, notamment, dans cette dernière hypothèse, lorsque la victime est mineure¹⁰¹⁹

La reformulation du juge change en effet le statut de la demande de la victime : alors qu'elle pouvait paraître condition nécessaire et suffisante dans le texte de loi, elle n'est plus que condition nécessaire dans l'interprétation qu'en donne le juge. Une telle technique ne peut être efficace que si le juge, grâce à sa place institutionnelle et aux rapports qu'il entretient avec les autres institutions, peut prétendre être co-auteur de la loi.

Les techniques d'annulation qui sont à sa disposition permettent également au Conseil constitutionnel, dans certaines circonstances, de réécrire la loi pour de bon. L'exemple le plus brutal en sont les réécritures constitutionnelles relevées par J. Boudon dès les premières décisions QPC : déclarant inconstitutionnelles des formations de jugement comme les tribunaux maritimes ou les commissions départementales d'aide sociale, le Conseil ne donne pas de délai au législateur pour remédier à cette inconstitutionnalité, mais énonce lui-même la nouvelle manière dont elles doivent être constituées¹⁰²⁰. Le fait qu'il calque la nouvelle composition sur celles de tribunaux existant par ailleurs (les juridictions pénales de droit commun pour les tribunaux maritimes, par exemple) doit simplement attirer l'attention sur le fait que cette écriture de la loi par le juge constitutionnel n'est pas arbitraire, mais largement tributaire des formes déjà établies, et déjà acceptées par le législateur comme par le juge lui-même.

Lorsqu'il déclare seulement certains mots contraires à la Constitution, le juge peut en même temps changer de manière positive le sens de la phrase qui reste. L'intérêt est encore pour lui, plutôt que de laisser le législateur apprécier souverainement la situation, de pouvoir faire prévaloir sa propre appréciation (à moins du cas, bien improbable, où le législateur aurait la patience de remettre tout son ouvrage sur le métier pour réécrire ce que le Conseil aurait modifié). La question de la conservation de données enregistrées, dans la décision LOPPSI 2, en donne un exemple : le texte de loi prévoyait que certaines données recueillies à l'occasion d'enquêtes sur des faits bénins puissent

¹⁰¹⁹ Décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* (note C. Lazerges, D. Rousseau, RDP, 2003/4, p. 1147-1162 ; B. Mathieu, M. Verpeaux, PA, 2003/187, p. 6-13), cons. 49 (pour l'ensemble de la question, voir les cons. 47 à 49).

¹⁰²⁰ Décisions 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres* (note J.-B. Perrier, RFDC, 2010/84, p. 841-874) et 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B.* (note I. Crépin-Dehaene, AJDA, 2011/21, p. 1214-1217). Sur cette question, voir à nouveau l'intervention de J. Boudon : « Lorsque le Conseil constitutionnel pré-légifère : les avertissements adressés au législateur dans les décisions QPC de censure », Congrès de l'AFDC (Nancy, 2011, disponible sous <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/boudonT7.pdf>).

être conservées trois ans après le dernier enregistrement. En liant la durée de conservation à la date du dernier enregistrement, le législateur laissait à la police la possibilité de la prolonger indéfiniment, en ajoutant simplement un nouvel enregistrement avant le terme du délai. Trouvant cette possibilité hors de proportion avec la gravité des faits pouvant donner lieu aux enregistrements, le Conseil a censuré la disposition. Mais il n'a censuré que le membre de phrase relatif au point de départ du délai¹⁰²¹. D'un texte qui instaurait un délai attaché à l'ensemble de la procédure, il a fait un nouveau texte, dans lequel la durée de conservation de chaque pièce a un point de départ propre, les différentes pièces n'étant donc plus liées les unes aux autres. En cela, il ne se contente pas d'enlever ce qui est inconstitutionnel en rabotant ce qui dépasserait le cadre, mais écrit lui-même le nouveau texte, en prenant une orientation tout à fait différente de celle choisie par le législateur. On remarquera que, dans cet exemple, la disposition était entièrement neuve et rendue nécessaire par le développement, hors de tout cadre juridique, de logiciels permettant un traitement automatisé des données recueillies lors d'enquêtes. C'est-à-dire que la simple annulation de l'article en question ne permettait pas de retourner à un état du droit offrant tout de même une protection des libertés individuelles en cause ; on peut donc supposer que, en l'espèce, le Conseil agit ainsi aussi pour ne pas laisser perdurer une situation en elle-même contraire aux droits fondamentaux¹⁰²².

Le Conseil manifeste le même genre de liberté lorsqu'il se trouve trop contraint par la saisine, comme ça peut-être le cas dans le contentieux QPC, puisqu'il ne peut pas, au contraire de ce qu'il fait en contrôle *a priori*, contrôler une loi dans son ensemble. Selon la rédaction de la question et selon celle du texte, le juge peut en effet se retrouver dans une situation où la censure seule n'aurait pour ainsi dire pas d'effet, ou pas suffisamment en tout cas. Au moment de déclarer inconstitutionnel l'article 380-11 CPP, le Conseil constitutionnel a été confronté à ce genre de difficulté. Il n'était saisi que de cet article, qui déclare caduc l'appel d'un accusé en fuite contre une décision de cour d'assises. La simple censure était cependant insuffisante, car l'appel de ces décisions est organisé par une procédure particulière (art. 380-1 à 380-15 CPP), à laquelle ne s'applique pas, par exemple, la procédure du défaut prévue pour juger les accusés en leur absence (art. 379-2 à 379-6 CPP) : l'appel est subordonné aux « conditions prévues par le présent chapitre »¹⁰²³, c'est-à-dire les art. 380-1 à 380-15 CPP. En censurant l'article 380-11 CPP, le juge n'offrait pas pour autant à l'accusé absent un moyen de faire appel. Il a donc modulé sa décision et ordonné « que, nonobstant les dispositions de l'article 380-1 du code de procédure pénale, ils

¹⁰²¹ Décision 2011-625 du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure* (note A. Pena-Gaïa, RFDC, 88, 2011, p. 803-811), cons. 72.

¹⁰²² Pour un autre exemple de rédaction par le Conseil constitutionnel afin de donner plein effet à sa décision, on peut renvoyer à la décision 2012-279 QPC du 5 octobre 2012, *M. Jean-Claude P.*, et notamment à la note donnée par M. Verpeaux (JCP A, 2012/47, p. 10-22).

¹⁰²³ Art. 380-1 CCCP.

pourront être jugés selon la procédure du défaut en matière criminelle »¹⁰²⁴. Le Conseil, en plus d'annuler la disposition dont il est saisi, enlève toute force, pour cette question, à un autre article qui devait pourtant lui échapper, et organise en plus la procédure de substitution. À cet égard, il est intéressant de remarquer qu'il n'invente pas une nouvelle procédure *ex nihilo*, mais reprend celle qui avait déjà été organisée, en première instance, pour assurer le droit au procès équitable : il ne s'arroge donc le pouvoir législatif que parce que sa décision serait sans cela sans effet, et en s'appuyant sur une législation déjà existante. On retrouve quelque chose ici de l'élément de légitimation que lui assurait l'écriture d'après un hypotexte constitutionnel étudiée dans la première partie de ce travail.

Au rang des techniques qui permettent au juge d'écrire positivement le droit, nous évoquerons enfin l'évolution qu'a connue la jurisprudence Nouvelle-Calédonie. On pouvait en effet penser que l'introduction d'un contrôle *a posteriori* formalisé rendrait obsolète cette manière qu'avait inventée le Conseil constitutionnel de contrôler la loi déjà promulguée lorsqu'il examinait une disposition qui s'y rattachait¹⁰²⁵. C'était négliger un élément particulièrement intéressant que représente cette jurisprudence pour le juge : elle lui laisse en effet une grande part d'initiative, alors que dans le contentieux QPC, il est dépendant des questions qu'on veut bien lui poser. La jurisprudence Nouvelle-Calédonie revêt donc une tout autre fonction que celle qui fut d'abord la sienne (de remédier aux inconstitutionnalités grossières de lois déjà promulguées) : elle permet au juge d'intervenir dans un domaine qui forme un ensemble et de le refaçonner à sa guise. L'exemple en a été donné dans la décision sur la loi de finances pour 2013. En décidant (on reviendra sur ce point par la suite) de prendre en compte l'ensemble des revenus pour déterminer l'existence ou non d'un impôt confiscatoire, le Conseil a constaté que la nouvelle tranche d'imposition prévue par la loi de finances « f[ais]ait peser sur les contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives » dans le cas des personnes touchant des retraites-chapeaux. Plutôt que de censurer la nouvelle disposition (qui dépassait cette seule situation) ou de la suspendre dans cette seule circonstance, le Conseil a, d'autorité, annulé une autre part de l'impôt touchant ses retraites, abaissant ainsi le taux global d'imposition en dessous de ce qu'il considérait être un impôt confiscatoire¹⁰²⁶.

Enfin, on remarquera que le Conseil ne manie pas uniquement le crayon pour retoucher les

¹⁰²⁴ Décision 2014-403 QPC du 13 juin 2014, *M. Laurent L.*, cons. 8.

¹⁰²⁵ cf. décision 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie* (note P. Wachsmann, AJDA, 1985, p. 362), cons. 10.

¹⁰²⁶ Décision 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 19-21 ; pour cette question, voir en particulier la note d'E. Oliva, RFDA, 2013/6, p. 1273-1290.

textes législatifs, mais également pour compléter le bloc de constitutionnalité. Là encore, c'est sa position institutionnelle qui le lui permet. Son rôle d'information des autres acteurs doit être mesuré à cette aune, notamment lorsqu'il met à leur disposition des outils systématisant sa jurisprudence. L'introduction de la QPC a en effet renforcé les articulations entre les juges ordinaires, aussi bien les cours suprêmes que les juges de première instance ou d'appel, et le Conseil constitutionnel. Le filtre exercé par ces juges suppose notamment de leur part, en particulier pour ce qui regarde la condition de nouveauté et de sérieux de la question posée, une certaine connaissance de la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil a donc mis en place, en coopération avec l'École nationale de la magistrature, des formations destinées à familiariser les magistrats avec ces nouvelles contrées du droit ; ainsi, les outils proposés par le Conseil, au premier rang desquels les tables analytiques publiées sur le site internet et régulièrement mises à jour, forment pour ainsi dire la véritable Constitution. Or il est remarquable que ces tables analytiques, en lien avec le commentaire produit par le Conseil lui-même, imposent parfois des interprétations des décisions (et donc des principes constitutionnels) qu'on aurait bien de la peine à trouver dans la décision. Ainsi, parmi les textes ne pouvant pas être soumis au Conseil pour un contrôle au regard de l'article 37 de la Constitution, les tables analytiques se fondent sur la décision 2006-207 L pour inclure différents décrets-lois ou ordonnances non-ratifiées¹⁰²⁷. Rien de très surprenant sur le fond, mais la référence à la décision est plus étrange. Il est précisé dans les tables que cette solution est « implicite ». De fait, la décision elle-même n'est constituée que d'un seul considérant :

Considérant que les dispositions de l'article 2428 du code civil soumises au Conseil constitutionnel sont issues de la loi du 6 avril 1998 susvisée ; que, déterminant le contenu du bordereau à déposer à la conservation des hypothèques pour l'inscription des privilèges et hypothèques, elles ne relèvent ni des " principes fondamentaux... du régime de la propriété, des droits réels " que l'article 34 de la Constitution réserve au domaine de la loi, ni d'aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans ce domaine ; que, par suite, elles ont le caractère réglementaire¹⁰²⁸

Contrairement à ce qu'on pourrait attendre au vu du résumé donné par les tables, il n'est pas ici de non-lieu à statuer, mais une déclaration du caractère réglementaire fondée sur le fait que la matière traitée ne relève pas des principes fondamentaux du régime de propriété. En réalité, seul le commentaire publié par le Conseil mentionne le fait que d'autres dispositions, dans le même article 2428 C.Civ., n'auraient pas lieu à être contrôlée au regard de l'article 37 à fin de déclassement, dans la mesure où elles ont en réalité rang réglementaire (s'agissant notamment d'ordonnances non ratifiées). Ces dispositions n'étaient cependant pas en cause, et la décision elle-même ne fait aucun

¹⁰²⁷ Tables analytiques du Conseil constitutionnel, point 3.6.3.3.4, textes ne pouvant pas être soumis au Conseil dans le contrôle article 37.

¹⁰²⁸ Décision 2006-207 L du 23 novembre 2006, *Nature juridique de dispositions du Code civil*, cons. 1.

obiter dictum. Il faut donc bien voir là une utilisation par le juge d'outils institutionnels pour renforcer sa position dans l'interprétation et l'orientation de la Constitution : celle-ci est, bien plus que les documents du bloc de constitutionnalité, ce que lui dit aux autres juges qu'elle est.

On observe également que la jurisprudence du Conseil peut devenir, sans qu'il y paraisse, le fondement déterminant de nouvelles interprétations ; de cette manière, il déplace le centre de gravité du contrôle de constitutionnalité du texte (que chacun pourrait vouloir interpréter à sa manière) vers lui-même. Si on ne fait que retrouver là ce qui paraît être consubstantiellement lié à toute activité juridictionnelle (tout juge s'orientant d'après ses précédents et invitant, comme on l'a vu en **a**), les autres acteurs à faire de même), cette constante trouve une expression un peu particulière en ce qu'il ne s'agit plus seulement d'interpréter une norme comme elle l'a déjà été, mais plus encore de traiter un énoncé jurisprudentiel comme on traiterait n'importe quel énoncé trouvé dans les textes constitutionnels.

À l'occasion des escarmouches que se livrèrent la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel dans les premiers temps de la QPC, les parlementaires contestant la loi relative au jeu en ligne invoquaient la décision par laquelle le juge judiciaire avait remis en cause la jurisprudence IVG du Conseil afin de contester la procédure de QPC devant le juge européen¹⁰²⁹. Cet épisode est bien connu, ainsi que la solution dégagée par le juge constitutionnel et la confirmation qui lui fut apportée par la Cour européenne. Il n'est pas inutile pour autant d'analyser de plus près le raisonnement suivi par le Conseil. Pour répondre à l'argument selon lequel les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité pourraient être assimilés l'un à l'autre (au moins pour ce qui regarde le droit de l'Union européenne, en passant par le biais de l'article 88-1 C), celui-ci affirme :

le cinquième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et le deuxième alinéa de son article 23-5 précisent l'articulation entre le contrôle de conformité des lois à la Constitution, qui incombe au Conseil constitutionnel, et le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France, qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires ; [...] ainsi, le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ;¹⁰³⁰

D'après le juge, la question du conflit entre les deux contrôles (et à travers eux entre les deux ordres juridiques) ne se pose pas car l'ordonnance relative au Conseil constitutionnel, aux deux endroits cités, préciserait l'articulation entre eux. Pourtant, la seule articulation que réalisent ces

¹⁰²⁹ Cass., 16 avr. 2010, n° 10-40.001 (note A. Levade, D. 2010, p. 1254 sq., note P. Manin, AJDA 2010/18, p. 1023 sq.).

¹⁰³⁰ Décision 2010-605 du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* (note J.-P. Camby, PA, 2010/134, p. 6-14 ; A. Levade, D., 2010/21, p. 1321-1324 ; B. Mathieu, JCP G, 2010/21, p. 1077), cons. 11.

deux dispositions (qui n'en forment en réalité qu'une, énoncée d'abord pour le cas d'une QPC posée devant le juge du fond ou d'appel, puis répétée pour la QPC posée directement devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation) est temporelle : le juge doit d'abord se prononcer sur la transmission de la QPC avant d'examiner la question de conventionnalité. Cela n'a rien que de très banal, surtout dans la mesure où le contrôle de conventionnalité, au contraire du contrôle de constitutionnalité, peut être effectué par le juge ordinaire. Or si celui-ci a la capacité d'écarter une norme législative en se fondant sur une norme conventionnelle, le juge constitutionnel, en censurant la loi mise en cause, peut lui épargner, *a limine*, ce travail (tout en donnant une solution juridiquement plus solide dans la mesure où le texte disparaît de l'ordre juridique). En aucun cas on ne peut donc tirer de ces deux citations de l'ordonnance de 1958 sur le Conseil constitutionnel un argument pour ou contre le maintien de la jurisprudence IVG. C'est pourtant bien ce que semble faire le Conseil qui, dans le passage reproduit, déduit (« ainsi ») de cette prétendue articulation la séparation stricte entre les deux types de contrôle.

En réalité, la seule raison qui peut rendre compte de la solution adoptée est la volonté de protéger et de maintenir (d'ailleurs sans doute pour des raisons tout à fait acceptables) la position énoncée dans la décision IVG. Plutôt que les textes invoqués, qui d'ailleurs n'ont pas de valeur constitutionnelle, c'est sa propre jurisprudence qui lui sert ici de fondement. Sur le fond, bien sûr, puisqu'il ne fait que réaffirmer cette jurisprudence qu'il ne veut pas abandonner (mais alors, sans autre argument que cette répétition). Sur la forme, aussi, car l'idée d'une articulation et donc d'une hiérarchisation (et d'une distinction de nature) entre les deux contrôles vient également de sa propre jurisprudence : dans la décision portant sur la loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 afin d'organiser la procédure QPC, il avait affirmé qu'on voyait là l'expression de la priorité donnée dans l'ordre interne par le législateur à la Constitution sur les conventions internationales (laquelle Constitution doit être bien faible pour devoir ainsi s'en remettre au législateur). Mais, en 2009, cette hiérarchisation a des conséquences encore extrêmement restreintes : elle a pour « seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie »¹⁰³¹. Le but est en effet, justement, de rassurer le juge ordinaire qui aurait pu craindre de se voir ôter par le biais d'un contrôle *a posteriori* le contrôle de conventionnalité. Dans la décision de 2010, le Conseil semble s'appuyer formellement sur cette jurisprudence qui avait constaté la différence faite par le législateur organique pour en déduire un principe constitutionnel. En ce sens, il interprète sa propre jurisprudence comme un juge interprète, d'ordinaire, les normes de référence de son contrôle. Par la seule grâce de la répétition et d'une apparente évidence, il devient peu à peu

¹⁰³¹ Décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* (note J. Roux, RDP, 2010/1, p. 233-259), cons.14.

aussi auteur, de fait, des normes constitutionnelles.

Directement ou par le biais du contrôle en quelque sorte préventif qu'il exerce sur le Parlement, le juge constitutionnel peut donc se faire législateur. À tel point qu'il est parfois obligé, conscient qu'il est de la portée donnée à ses raisonnements, de prévenir dans le commentaire publié aux Cahiers des interprétations possibles, mais qu'il juge malencontreuses, de ses décisions¹⁰³². C'est ce pouvoir qui donne tout leur sens aux techniques d'interprétation, si le juge veut acclimater la constitution à l'ordre juridique (et l'inverse) : il ne suffit pas d'en déterminer le sens, il faut encore pouvoir s'assurer que les autres acteurs agiront à partir d'elle, et qu'elle ne viendra pas seulement, après coup et de manière un peu artificielle, couper les branches qui dépassent de la haie. Cette politique, cependant, le pousse à s'immiscer de plus en plus dans l'activité des autres institutions démocratiques, du Parlement en premier lieu. Seul le repli sur la distinction de nature entre droit et politique peut justifier de telles atteintes : qu'y peut le juge, si le constituant a établi un cadre si strict que le législateur ne dispose que d'une marge de manœuvre très étroite ? On l'a vu, pourtant, c'est précisément cette distinction entre droit et politique qui est souvent discutable. La présentation rapide de quelques problématiques fiscales le confirme.

§ 2 nouvelle remise en cause de la séparation entre droit et politique : l'exemple de l'impôt.

La question de l'impôt, bien plus inhérente au droit constitutionnel qu'on ne le croirait en constatant le monopole mis par les fiscalistes sur leur matière¹⁰³³, révèle de manière particulièrement visible les faiblesses justificatives du juge constitutionnel lorsqu'il prétend, non pas concéder au législateur une marge d'action, mais rester dans les limites de son office, qui par nature ne pourrait pas empiéter sur celui du législateur. Cette précaution est d'autant plus nécessaire en droit fiscal que l'intervention du juge, même limitée à ce qui est censé être une pure question de constitutionnalité, pèse directement sur l'action du législateur en limitant ses ressources financières. Par conséquent, le juge est amené, même malgré lui, à intervenir dans la décision politique¹⁰³⁴.

¹⁰³² Ainsi dans le commentaire de la décision 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, *Société Wesgate Charters Ltd* (note G. Roussel, AJP, 2014/2, p. 84-86), où il est obligé de mettre en garde contre un raisonnement *a contrario* sur sa décision (p. 11 du commentaire publié sur le site du Conseil).

¹⁰³³ MANGIAVILLANO (Alexandre), *Le contribuable et l'État : l'impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété : Allemagne-France*, Paris, Dalloz, 2013, 676 p.

¹⁰³⁴ Cet argument est particulièrement répandu en Allemagne, pour inviter le Bundesverfassungsgericht à une certaine modération en matière fiscale. Voir par exemple dans KÖPPE (Olaf), « Bundesverfassungsgericht und Steuergesetzgebung – Politik mit den Mitteln der Verfassungsrechtsprechung? », in VAN OUYEN (Robert), MÖLLERS (Martin), dir., *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden 2006, p. 435-448, p. 435-436.

On pourrait donc spontanément penser que les questions fiscales échappent largement au juge constitutionnel. On le penserait d'autant plus en songeant que, comme le montre A. Mangiavillano, il n'est pas de principe constitutionnel qui permette au juge de s'opposer au prélèvement effectué par le législateur sur le patrimoine des individus. La propriété, à laquelle on songerait spontanément, fait défaut car le statut même de citoyen emporte la contribution ; elle ne peut servir de protection que dans des cas confinant à la spoliation. Cet impôt confiscatoire au sens propre n'apparaissant jamais, le contrôle du juge constitutionnel sur l'impôt s'effectue en Allemagne comme en France d'après le principe d'égalité, duquel on peut déduire l'interdiction d'un impôt excessif¹⁰³⁵. Cependant, comme on le sait, l'application du principe général d'égalité repose pour l'essentiel sur l'appréhension des faits de l'espèce : il s'agit de savoir à quel moment la situation des personnes concernées est ou non différente, ce qui justifie ou non l'atteinte au principe d'égalité. Dans le cas du droit constitutionnel fiscal, la question est rendue plus complexe encore par le caractère spécifique qu'y revêt ce principe, comme le montrent en France son édicition particulière à l'art. 13 DDHC et surtout les normes qu'en a déduites le juge (rencontrant sur ce chemin son homologue allemand, arrivé au même point quoique devant partir du principe général d'égalité). La question n'est plus seulement celle de la différence de situation, mais les conséquences que le législateur peut en tirer sur le taux de l'impôt. Or au moment où le juge prétend s'intéresser au taux de l'impôt, on voit bien qu'il intervient directement dans le champ d'action du législateur. On se retrouve en effet proche d'un problème posé par le contrôle de proportionnalité et relevé par A. Stone Sweet : à partir du moment où le juge contrôle l'adéquation et la nécessité d'une mesure, il accomplit le même travail intellectuel que le législateur¹⁰³⁶. La prétendue frontière entre droit et politique s'en trouve remise en question.

Dans le contrôle de proportionnalité, il ne semble donc pas qu'on puisse trouver une différence de nature entre la tâche du législateur et celle du juge : toute la question est seulement de savoir à quel point le juge respectera les présupposés du raisonnement qui a mené le législateur à sa décision. C'est en ce sens d'ailleurs que la théorie du bilan se distingue le plus nettement du contrôle de proportionnalité : pas seulement parce qu'on passe d'une balance entre deux exigences à la prise en considération de toute une série d'intérêts publics et privés (comme le fait remarquer M. Fromont¹⁰³⁷), mais aussi parce qu'il manque le contrôle de la nécessité. D'une certaine manière, la théorie du bilan peut apparaître comme une sous-espèce du contrôle de proportionnalité, dans la mesure où elle s'applique uniquement aux étapes de l'adéquation et de la proportionnalité (au sens

¹⁰³⁵ MANGIAVILLANO, *Le contribuable et l'État*, p. 140 sq. ; pour avoir un aperçu du rapport entre l'impôt et le statut de citoyen, qui forme le fond de tout l'ouvrage, on pourra se référer à son introduction.

¹⁰³⁶ STONE SWEET, *Governing with Judges*, p. 98

¹⁰³⁷ FROMONT (Michel), « Le principe de proportionnalité », AJDA, 1995 (hors-série), p. 156-166.

strict) de la mesure, pas à la nécessité. Cela permet au juge de maintenir une différence de nature entre son travail et celui du législateur, puisqu'il contrôle entièrement l'utilité publique de la décision (depuis la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*), mais pas le choix entre plusieurs solutions satisfaisant toutes à ce premier lit de Procuste¹⁰³⁸. Le contrôle de la nécessité, en revanche, implique de choisir la solution qui porte le moins atteinte aux autres intérêts en jeu.

Le contrôle de l'égalité, particulièrement en matière fiscale, pose un problème semblable au contrôle de proportionnalité : le juge ne peut pas ne pas examiner la situation comme le législateur l'a fait. Ainsi, tout en prétendant ne faire qu'interpréter objectivement la constitution, il accomplit en réalité le même travail que lui lorsqu'il discute l'appréciation d'une différence de situation comme justifiant ou pas une différence de traitement (a), ou plus encore lorsqu'il se sert du concept d'égalité verticale pour fixer les taux acceptables pour l'impôt (b). À chaque fois, le juge trace la frontière qu'il prétend respecter.

a. l'appréciation des différences de situation

En matière d'impôts, la position des deux cours est assez proche : toutes deux affirment ne faire peser qu'un contrôle minimal sur le législateur, fondé sur le principe d'égalité. Cependant, cette retenue ne concerne que le taux de l'impôt : la manière de réaliser le calcul, en revanche, donne au juge l'occasion d'encadrer assez strictement le Parlement. Il utilise en effet le principe d'égalité de manière à pouvoir censurer en amont certains projets, sans paraître intervenir dans la matière fiscale à proprement parler.

On le constate en étudiant l'emploi par le Bundesverfassungsgericht du principe de *Leistungsfähigkeit* (capacité contributive) dans les questions relatives à l'impôt. Comme on l'a déjà remarqué à plusieurs reprises, ce principe apparaît d'abord incidemment, avant d'être utilisé à part entière. Dans la décision où le principe est employé pour la première fois (ou tout du moins celle que le juge convoque ensuite comme précédent), il ne constitue pas réellement l'enjeu de la démonstration. La *Leistungsfähigkeit* n'est utilisée qu'en tant qu'elle permet de signaler qu'il est différent d'imposer une personne physique ou une personne morale. Le juge observe que « l'impôt sur le revenu s'appuie, comme l'impôt embrassant les revenus de la personne, sur la capacité

¹⁰³⁸ Comme l'a montré, peu de temps après *Ville Nouvelle Est*, l'arrêt *CE 1974 Adam*, dans lequel le juge se refuse à comparer les deux tracés possibles pour une autoroute, car tous deux peuvent être considérés comme d'utilité publique, même si celui retenu par l'administration est, de l'aveu même du commissaire du gouvernement, plus dommageable que la solution alternative.

contributive de l'individu » alors que « la taxe professionnelle, au contraire, s'appuie sur la capacité contributive de l'activité professionnelle, de "l'objet" »¹⁰³⁹. On voit qu'il n'est pas question de faire de cette capacité contributive un élément du contrôle de constitutionnalité. Les deux précédents invoqués par le juge confirment cela, puisque le juge se penche dans les deux cas sur les conséquences qu'a sur l'égalité devant l'impôt ou sur la vie familiale le système d'imposition individuelle sur le revenu (le choix ou non qu'ont les couples de faire une déclaration séparée, ou la possibilité pour le mari de mettre au compte de sa femme une partie de ses revenus imposables). Le juge résume dans la seconde décision l'apport de la première et affirme « que le droit moderne de l'impôt sur le revenu repose sur le principe de l'imposition individuelle et s'appuie sur la capacité contributive du contribuable individuel »¹⁰⁴⁰.

En 1976, cependant, le principe n'est pas utilisé incidemment, mais comme l'élément permettant de contrôler matériellement la loi. La formulation change dès lors, même si le juge s'appuie sur les décisions que nous venons de signaler : « D'un autre côté, l'orientation de l'imposition d'après la capacité contributive (économique) est une exigence de principe de la justice fiscale »¹⁰⁴¹. Le précédent invoqué ne justifie en réalité pas du tout cette nouvelle exigence : on se trouve donc à nouveau face à l'un de ces cas où le juge tord, d'une certaine façon, sa propre jurisprudence en confondant volontairement thème et rhème. L'intérêt de la décision de 1976, cependant, est surtout que ce nouveau principe n'est pour ainsi dire pas utilisé contre le législateur, ou seulement pour un contrôle extrêmement restreint. Le requérant entendait en effet que fussent soustraites du revenu imposable les charges imposées par l'entretien des enfants. Selon lui, en effet, ne pas les prendre en compte revenait à créer une inégalité entre les couples chargés d'enfant et les couples sans enfant, puisque les premiers ne disposent en réalité pas de leurs entiers revenus, obligés qu'ils sont de pourvoir aux besoins de leurs enfants.

Le juge rejette cette argumentation en signalant, outre le fait que l'adossement de l'impôt sur le revenu à la capacité contributive ne revient pas à dire que cet impôt ne porte que sur la part du revenu disponible pour la consommation personnelle, que « le principe d'une imposition d'après la capacité contributive se révèle d'ailleurs ambigu, si l'on cherche à en tirer des conséquences concrètes ». Les dépenses imposées au contribuable, parce qu'elles diminuent sa faculté

¹⁰³⁹ « Die Einkommensteuer ist als umfassende Steuer von den Einkünften der Person auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen hin angelegt [...] Die Gewerbesteuer hingegen ist auf die Leistungsfähigkeit des Gewerbebetriebs, des "Objekts" angelegt » (BVerfGE 13, 290, 297).

¹⁰⁴⁰ « daß das moderne Einkommensteuerrecht auf dem Grundsatz der Individualbesteuerung beruht und auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen Steuerpflichtigen hin angelegt ist » (BVerfGE 9, 237, 243 ; prenant appui sur BVerfGE 6, 55, 67 sq.).

¹⁰⁴¹ « Andererseits ist es ein grundsätzliches Gebot der Steuergerechtigkeit, daß die Besteuerung nach der (wirtschaftlichen) Leistungsfähigkeit ausgerichtet wird » (BVerfGE 43, 108, 120).

contributive, doivent certes être prises en compte par le législateur, mais la manière dont celui-ci doit le faire lui laisse une large marge d'appréciation. Ainsi, le juge ne doit pas se contenter d'apprécier la question du point de vue de l'impôt, mais observe également tous les autres moyens par lesquels l'État soutient les parents – par exemple par la mise en place d'un système public d'éducation¹⁰⁴².

Cette liberté laissée au législateur a été assez rapidement abandonnée : en 1984, le Bundesverfassungsgericht est à nouveau confronté à une situation où un contribuable entendait déduire de son revenu imposable les frais qui lui étaient imposés par l'entretien cette fois d'un ascendant. Le tribunal reprend certes la formule que nous venons de citer à propos de l'entretien des enfants (en s'appuyant explicitement sur cette décision), mais il en tire une conclusion différente puisqu'il déclare la loi inconstitutionnelle. Cette fois, en effet, le fait que les sommes engagées pour pourvoir aux besoins d'un ascendant ou d'un descendant diminuent d'autant la capacité contributive de la personne concernée conduit le juge à examiner de beaucoup plus près l'activité du législateur, puisqu'il vérifie que les critères établis par celui-ci pour la prise en compte de ces obligations ne soient pas « étrangères à la réalité » (*realitätsfremd*)¹⁰⁴³. C'est-à-dire qu'il contrôle jusque dans ses détails le fond de la loi, ce qu'il ne faisait pas jusqu'alors¹⁰⁴⁴.

Le fait même que le tribunal puisse se servir des mêmes formules et des mêmes références pour conduire en réalité un contrôle tout à fait différent indique déjà les problèmes que pose le principe d'égalité fiscale pour ce qui regarde les relations entre le législateur et le juge constitutionnel. On ne voit pas l'élément certain qui ferait le départ entre ce qui relève de l'un et de l'autre. Pour autant, il s'agit bien dans les deux cas de l'égalité entre différents contribuables. Le Bundesverfassungsgericht a été ensuite plus loin encore, en se détachant du principe d'égalité pour déterminer, sur la base d'appréciations soi-disant scientifiques, ce que pouvait, et ne pouvait pas être l'impôt. C'était là encore un moyen de brider le législateur sans paraître remettre en cause sa liberté d'appréciation.

Si l'on ne considérait que la solution du cas, on s'expliquerait difficilement la tempête doctrinale provoquée par la décision *Vermögensteuer* (impôt sur le patrimoine) de 1995. Le juge effectue en effet un banal contrôle d'égalité : il déclare inconstitutionnel le mode de calcul de

¹⁰⁴² BVerfGE 43, 108, 119-123 (pour la citation, 43, 108, 120 : « Das Prinzip einer Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit erweist sich allerdings, wenn daraus konkrete Schlüsse gezogen werden sollen, als vieldeutig »).

¹⁰⁴³ BVerfGE 66, 214, 223.

¹⁰⁴⁴ KÖPPE, « Bundesverfassungsgericht und Steuergesetzgebung – Politik mit den Mitteln der Verfassungsrechtsprechung? », p. 440 sq.

l'impôt sur le patrimoine, qui soumet au même taux des biens appréciés d'après leur valeur réelle et des biens appréciés d'après une valeur fiscale fictive qui, fixée une trentaine d'années auparavant, n'avait plus rien à voir avec la valeur réelle (malgré certains efforts du législateur). En conséquence, les contribuables étaient traités différemment selon que leurs biens étaient soumis à l'un ou l'autre régime, sans que rien ne le justifie.

Avant d'en arriver à ce contrôle, cependant, le juge a profité de l'affaire pour traiter de manière générale, et sans que le cas le requière, des limites qui s'imposent au législateur dans la détermination de l'impôt. À cette fin, il établit une distinction entre l'acquisition, la possession et l'utilisation du patrimoine, et affirme qu'à chacune de ces situations correspond un degré d'atteinte permis au législateur. Il en conclut que le patrimoine lui-même ne peut être taxé qu'à proportion du revenu qu'on peut en attendre (et, on y reviendra plus loin, sans dépasser la moitié de ce revenu), et que le montant de l'impôt sur le revenu doit être compris dans ce calcul, afin de ne pas taxer deux fois ce patrimoine (la première fois lorsque le contribuable obtient les moyens de se le procurer, la deuxième fois directement)¹⁰⁴⁵. C'est cette longue digression qui a été abondamment critiquée. Sur la forme d'abord, puisqu'elle énonce des règles générales à l'intention du législateur en s'affranchissant de la seule question qui lui était posée et tend ainsi à faire du tribunal, selon la formule de Böckenförde dans son opinion concurrente, un « précepteur catégorique du législateur »¹⁰⁴⁶. Sur le fond ensuite, car la prétendue évidence scientifique de cette tripartition repose en réalité sur la seule théorie développée par P. Kirchhof dans son activité universitaire, et dont la trace se lit nettement dans la décision – prise sur le rapport du même Kirchhof. Loin d'être neutre, cette théorie se fonde sur des présupposés néo-libéraux qui peuvent être critiqués d'une part sur le terrain économique lui-même (puisque'ils constituent des jugements axiologiques)¹⁰⁴⁷, d'autre part du point de vue du droit constitutionnel fiscal puisqu'elle oublie la spécificité du rapport entre citoyen et contribuable, qui devrait pourtant permettre de s'affranchir d'une perspective purement économique, celle-ci fût-elle même scientifiquement justifiée¹⁰⁴⁸. Ainsi, le juge constitutionnel

¹⁰⁴⁵ BVerfGE 93, 121, 134-142.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, 151.

¹⁰⁴⁷ On se reportera sur ce point à quelques présentations critiques de cette jurisprudence : KÖPPE, « Bundesverfassungsgericht und Steuergesetzgebung – Politik mit den Mitteln der Verfassungsrechtsprechung? », p. 435-438, 443-446 ; WIELAND (Joachim), « Der Vermögensteuerbeschluss – Wende in der Eigentumsrechtsprechung? Zu den denkwürdigen Umständen einer vielbeachteten Entscheidung », in GUGGENBERGER, WÜRTEMBERGER, dir., *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik*, p. 173-188.

À signaler que l'on peut aussi voir dans la prise en compte ou non des pensions versées aux enfants l'expression de préférences axiologiques qui relèveraient, normalement, du législateur. En Autriche, ainsi, la solution adoptée par la cour constitutionnelle fédérale suppose l'introduction dans le raisonnement d'un postulat clandestin, comme il est des passagers clandestins : ce serait un devoir moral d'avoir des enfants (SOMEK, « Intuitives Verfassungsrecht. Eine Exegese zur Ordnungssystemjudikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshof », in FELDNER (Birgit), BENKE (Nikolaus), *Norm und Entscheidung : Prolegomena zu einer Theorie des Falls*, Wien, Springer, 2000, 385 p., p. 253-279, not. p. 262-274).

¹⁰⁴⁸ Voir pour cette question la critique longue et détaillée proposée par A. Mangiavillano (*Le contribuable et l'État*,

parvient à enfermer le législateur dans un cadre politique déterminé (l'application d'une politique néo-libérale) tout en prétendant ne pas restreindre sa marge d'appréciation. Comme le remarque Böckenförde,

Toute possibilité d'atteindre ce patrimoine est ôtée, une fois pour toute et par principe, au législateur, sans qu'on puisse prendre en compte le potentiel de capacité contributive qui s'y exprime. Par là, le législateur est également condamné, *a priori*, à l'impuissance face à la dynamique d'accumulation propre au capital.¹⁰⁴⁹

À l'exemple de cette décision, on voit que la fragilité de la distinction entre politique et droit apparaît nettement lorsque le juge peut décider à sa guise de ce qui relève du champ politique.

Cette jurisprudence a été particulièrement critiquée en doctrine (notamment parce que les présupposés de Kirchhof n'avaient jamais été largement admis sur le plan scientifique, avant même qu'il ne cherche à les appliquer) et paraît désormais en recul, du moins pour ce qui regarde la prédétermination complète de la marge d'action du législateur : le juge se contenterait de contrôler des questions de détail, pas la conception même de l'impôt. O. Köppe, qui constate cela, rappelle cependant aussi que ce mouvement est facilité par la réception, par le législateur, des thèses néo-libérales avancées par le Bundesverfassungsgericht (ce qui rendrait superflue leur réaffirmation explicite), et surtout que le juge, n'ayant pas expressément renié ses anciennes positions, continue à disposer d'un répertoire de formules qui lui permettront encore, à l'avenir, d'exercer un contrôle étroit sur le législateur en matière fiscale¹⁰⁵⁰.

On voit d'ailleurs qu'au delà de cet exemple extrême d'encadrement de la liberté du législateur, le juge allemand a continué d'affirmer des critères apparemment neutres, mais empiétant en réalité sur l'action politique. Il a par exemple mis en place un contrôle en deux temps, portant d'abord sur le calcul de l'assiette de l'impôt, puis sur les taxes elles-mêmes. Dans une décision portant sur les droits de succession, il déduit du principe d'égalité que la valeur des biens d'après laquelle est calculé l'impôt doit être établie de manière uniforme, en convertissant l'ensemble de ces biens en valeur monétaire, sans pouvoir proposer d'évaluation différente afin de favoriser tel ou tel comportement – dans un but politique, donc. Les distinctions ne peuvent en effet intervenir qu'après, au moment d'établir les taux qui frapperont les différents objets¹⁰⁵¹. Sur ce fondement, le

p. 311-332)

¹⁰⁴⁹ « Dem Steuergesetzgeber wird vom Grundsatz her ein für allemal eine Zugriffsmöglichkeit auf solches Vermögen entzogen, unabhängig davon, welches Potential an Leistungsfähigkeit in ihm zum Ausdruck kommt. Er wird damit auch gegenüber der Eigendynamik kumulierenden Kapitals von vornherein zur Machtlosigkeit verurteilt. » (BVerfGE 93, 121, 155).

¹⁰⁵⁰ KÖPPE, « Bundesverfassungsgericht und Steuergesetzgebung – Politik mit den Mitteln der Verfassungsrechtsprechung? », p. 447 (s'appuyant notamment sur la décision BVerfGE 107, 27).

¹⁰⁵¹ BVerfGE 117, 1, 30-37.

juge oblige à calculer la valeur des biens d'une entreprises de la manière qui lui paraît juste, sans laisser au législateur la possibilité de recourir à d'autres méthodes, par lesquelles il pourrait pourtant exprimer un choix politique. La question n'est pas de savoir si, en l'espèce, la solution est juste ou non – il semble d'ailleurs que le juge se soit effectivement soucié de parvenir à une solution plus juste, et la doctrine ne lui reproche rien de ce point de vue¹⁰⁵². En revanche, il est important de relever que le juge, prétendant se fonder sur une approche scientifique neutre, interdit en réalité une approche du problème qui s'affranchisse de considérations tirées de la seule science économique (et de la science économique vraisemblablement la plus orthodoxe, puisque celle qui est déjà reçue en droit)¹⁰⁵³.

L'exemple allemand montre donc que le juge, même lorsqu'il prétend conserver la marge d'appréciation du législateur, peut trouver un autre endroit où exercer un contrôle en réalité assez strict, et empiétant sur des décisions qu'on pourrait qualifier de politiques, sans avoir pour cela d'appui plus précis dans la Loi fondamentale que le principe d'égalité. De la même manière, en France, les modalités de calcul de l'impôt servent au Conseil constitutionnel pour encadrer strictement les orientations fiscales des pouvoirs politiques.

Cela se remarque d'abord dans la manière de considérer la différence de situation. Dans deux décisions récentes qui s'inscrivent dans un mouvement général d'approfondissement du contrôle des questions fiscales, le Conseil constitutionnel a ainsi censuré des dispositions de lois de finances en se fondant sur des critères apparemment assez fondamentaux pour s'imposer aux décisions politiques du législateur.

C'est le cas dans la censure de la taxe à 75 % sur les très hauts revenus. On se souvient que ce n'est pas sur le fondement du caractère confiscatoire qu'aurait ce taux que la taxe a été annulée, mais en se rapportant au principe originel d'égalité de tous devant les charges publiques. Aux requérants qui se fondent principalement sur l'interdiction d'un impôt confiscatoire, le Conseil répond en citant son considérant habituel, qui leur donne raison en principe. Cependant, le problème de ce critère de contrôle est qu'il empiète visiblement (on y reviendra) sur la liberté qu'a le législateur d'établir un taux. Dans un continuum, il est en effet difficile de justifier le passage soudain du permis à l'interdit : 75 % seraient-ils si différents de 74 %, voire de 74,9 % ? Cette question du seuil rend le sujet délicat. Évitant de se prononcer d'une manière qui pourrait passer

¹⁰⁵² Voir ainsi la note de J. Key, JZ, 2007, p. 564-574, ainsi que le passage consacré à cette décision dans WALDHOFF (Christian), « Rechtsprechungsanalyse - Steuerrecht und Verfassungsrecht », *Der Staat*, 41, 2008, p. 259-294, p. 274-275.

¹⁰⁵³ BVerfGE 117, 1, 38-39.

pour arbitraire sur un sujet devenu si symbolique de la politique gouvernementale, le juge s'intéresse plutôt au mode de calcul de l'impôt. Celui-ci prenait en compte les personnes physiques et non les foyers fiscaux, puisqu'il était établi pour lutter contre les très hauts revenus. En conséquence, un foyer dont les revenus étaient largement supérieurs à un million d'euros, mais suffisamment également répartis entre les deux membres de ce foyer pour qu'aucun ne gagne plus d'un million, n'aurait pas été soumis à cette taxe, quand un foyer aux revenus légèrement supérieurs à un million d'euros, mais qui seraient le fait d'un seul de ses membres, y aurait été assujéti. Devant cette hypothèse, le juge a déclaré la taxe inconstitutionnelle¹⁰⁵⁴.

En appréhendant la mesure du strict point de vue de l'égalité fiscale, le Conseil a cependant refusé de se demander s'il pouvait y avoir derrière cette différence de traitement une différence de situation qui la justifierait. On peut certes remarquer que, sur le fond, la taxe n'était pas à la hauteur de ses ambitions en ce qu'elle ne s'appliquait qu'aux revenus du travail, pas à ceux du capital¹⁰⁵⁵. Cela n'ôte pourtant rien à l'objectif de transformation politique que semblait poursuivre le pouvoir législatif à travers cette taxe : agir sur les inégalités sociales en cherchant à empêcher des inégalités de revenus trop criantes. Il est certain qu'un tel but s'écarte d'une forme de consensus fondamental libéral qui fait le socle commun des partis de gouvernement ; cependant, il s'agit encore d'une option politique, que le Conseil ne prend même pas en compte comme telle. Il influe dès lors profondément sur l'action du législateur, comme en témoigne la nouvelle version de la mesure acceptée par le juge l'année suivante : il s'agit désormais de faire payer la taxe sur les très hauts revenus par l'employeur. De cette manière, l'impôt n'est pas contraire au principe d'égalité devant les charges publiques¹⁰⁵⁶. Mais de cette manière également, il ne peut pas atteindre le même objectif, ou bien moins efficacement tout du moins : on peut en effet supposer qu'un impôt ainsi assis n'est pas aussi dissuasif, puisqu'il n'entame pas le gain perçu par l'individu.

Dans la même décision, on relève encore un encadrement particulier de l'impôt, sur une question antérieure à la fixation du taux lui-même. La loi de finance comprenait une disposition permettant aux communes d'adapter les tranches de la cotisation foncière des entreprises. Cette taxe nouvelle, destinée à remplacer la taxe professionnelle et assise, comme l'indique son nom, sur la valeur locative des locaux occupés par l'entreprise, avait eu des effets que le législateur entendait corriger : elle frappait (et frappe toujours) plus lourdement les entreprises commerciales que celles qui relèvent de la catégorie des bénéfiques non commerciaux, dans la mesure où ces dernières, par

¹⁰⁵⁴ Décision 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013* (note A. Mangiavillano, D., 2013/1, p. 19 ; E. Oliva, RFDA, 2013/6, p. 1273-1290), cons. 67-74.

¹⁰⁵⁵ Voir la note d'A. Mangiavillano, D., 2013/1, p. 19.

¹⁰⁵⁶ Décision 2013-685 du 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014* (note O. Fouquet, *Revue de Droit Fiscal*, 2014/1-2, p. 8-9), cons. 13-24.

leur nature même, ont une plus forte valeur ajoutée. Une taxe fondée sur la valeur locative traite donc de la même manière deux catégories d'entreprises qui n'ont pas la même part de coûts fixes dans la production de la richesse¹⁰⁵⁷. Selon le Gouvernement (dans le mémoire complémentaire adressé au Conseil constitutionnel), l'égalité fiscale était en fait mieux réalisée par cette disposition, puisqu'elle permet de taxer plus lourdement des personnes « bénéficiant, à chiffre d'affaires équivalent, de facultés contributives en réalité plus importantes ».

Ainsi, on pouvait tout à fait avancer que le législateur avait traité différemment des questions différentes, et ce pour des raisons d'opportunité politique : il ne lui semblerait pas juste ni bon pour le pays que certains entrepreneurs soit favorisés par rapport à d'autres. Cet article de la loi n'était d'ailleurs pas contesté par les requérants, alors même que les problèmes de constitutionnalité qui pouvaient se poser avaient été évoqués en commission¹⁰⁵⁸. Le Conseil a donc choisi de se saisir d'office de cet article, et d'utiliser le principe d'égalité pour limiter considérablement la marge d'action politique du législateur. À partir du moment où les situations étaient différentes, il lui était loisible d'introduire des différences de traitement pour essayer d'atteindre la forme de société qu'il se propose. Pourtant, le Conseil considère qu'il y a là une rupture injustifiée du principe d'égalité, prétendant que cet impôt aurait un sens (celui de taxer la valeur locative) qui n'autoriserait donc pas de voir une différence de situation entre des contribuables qui, après tout, occupent de la même manière un espace pouvant être appréhendé au moyen de la valeur locative. Cela ne va pas, nous semble-t-il, sans hypocrisie : c'est prétendre en effet que l'impôt doit trouver une autre justification que le seul fait d'apporter des ressources à l'État, ou tout du moins, ce qui est tout aussi contestable, que le législateur entendait, en taxant la valeur locative, exercer une action politique dans le domaine de l'immobilier d'entreprise. Cela va, en outre, contre la jurisprudence même du Conseil, qui accepte une taxe qui aurait été censurée (toujours au nom du principe d'égalité) si le législateur l'avait attachée à un certain but, mais l'accepte pourvu qu'elle doive seulement améliorer les finances nationales¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁷ Le rapporteur de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale fait ainsi remarquer que les titulaires de bénéfices non commerciaux, « étant donné la faiblesse de leur assiette foncière, [sont] assujettis au barème de droit commun et bénéfici[ent] donc d'un traitement beaucoup plus favorable que les autres redevables au regard de leurs facultés contributives » (rapport de Christian Eckert fait au nom de la Commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2014, AN n° 1395, t. III, p. 110-122).

¹⁰⁵⁸ Lors de la discussion, les orateurs regrettaient plutôt que les titulaires de bénéfices non commerciaux ne pussent pas être soumis à des prélèvements plus hauts ; aucune voix ne s'est élevée contre cette position (voir ainsi, pour l'Assemblée nationale, le compte-rendu de la première séance du vendredi 15 novembre 2013).

¹⁰⁵⁹ Le cas s'est présenté, comme on l'a déjà signalé *supra*, à propos de la « taxe soda » qu'avait voulu introduire le Parlement : une fois celle-ci étendue aux boissons gazeuses sans sucre (mais comportant des édulcorants de synthèse), elle aurait été inconstitutionnelle si elle avait été toujours justifiée par des enjeux de lutte contre l'obésité. Une fois déplacée de ce domaine, et réduite à une simple source de revenus, en revanche, elle est acceptée par le Conseil (décision 2011-644 DC du 28 décembre 2011, *Loi de finances pour 2012*, cons. 7-14).

Le juge peut encore restreindre fortement la marge d'action du législateur en matière fiscale sans agir directement sur le taux au moment de définir les sommes qui doivent être prises en compte pour calculer l'impôt. Comme son homologue allemand (qui dans la décision *Vermögenssteuer* avait imposé de prendre en compte de cumuler l'impôt sur le revenu et l'impôt sur le patrimoine pour calculer le montant maximal des prélèvements), le Conseil constitutionnel a ainsi contrôlé beaucoup plus strictement la liberté du pouvoir politique en décidant de prendre en compte, pour décider si l'impôt est ou non confiscatoire, tous les prélèvements qu'a à subir le contribuable. Comme de coutume pour les revirements d'envergure, celui-ci s'est déroulé en deux temps : sans censure d'abord dans la décision 2012-654 (cons. 32), puis comme fondement à une censure dans la décision portant sur la loi de finances pour 2013¹⁰⁶⁰.

Les juges français et allemand ont pu restreindre en amont la liberté du législateur, en prétendant appliquer des critères politiquement neutres. Au vrai, ces critères ne sont neutres que si l'on réduit d'abord le champ des possibles politiques à un consensus juste-milieu – qui serait d'ailleurs celui exprimé par la constitution. Quoique le juge prétende respecter la liberté du législateur et se contenter du droit, cette limite perd de son sens puisqu'il la module à son gré.

b. Un taux-limite ?

La fixation du taux de l'impôt est généralement considérée, aussi bien par le juge que par la doctrine, comme le point par excellence qui relève de la décision politique, et donc de la marge d'appréciation du législateur. Là aussi, pourtant, le juge a trouvé matière à exercer son contrôle. De fait, sans même discuter le principe d'interdiction de l'impôt excessif découvert par les deux juges constitutionnels en se fondant sur le principe d'égalité, nul ne contestera qu'il est un moment où l'impôt peut devenir confiscatoire : ce moment hypothétique, par exemple, où le taux d'imposition atteindrait les 100 %. Dans ce cas, même le rang constitutionnel que revêt le devoir de participation aux dépenses publiques ne pourrait suffire à justifier une atteinte à ce point entière à la propriété.

À partir du moment, en revanche, où il reste à l'individu si peu que ce soit du fruit de son labour, il devient ardu de définir une limite : non seulement parce que toute limite paraît arbitraire,

¹⁰⁶⁰ Décision 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 17-22. Sur cette question, voir la note d'E. Oliva (RFDA, 2013/6, p. 1273-1290). On remarquera également ici l'utilisation de la jurisprudence Nouvelle-Calédonie sur le contrôle de la loi promulguée, qui permet au Conseil constitutionnel de choisir l'impôt qu'il déclare inconstitutionnel parmi l'ensemble des impôts dont la combinaison excédait le principe de taxation à proportion des capacités contributives : on le voit donc ici encore utiliser en réalité le crayon et non seulement la gomme, comme nous l'avons montré plus haut.

mais aussi parce que sont en jeu, dans un impôt progressif, d'autres considérations. Il est ainsi tout à fait différent d'appréhender la question de l'impôt excessif de manière abstraite (par principe, l'impôt ne pourrait pas dépasser tel ou tel taux) ou de manière plus concrète au vu des revenus qui restent à la personne imposée (il serait injuste de permettre tel écart entre les revenus les plus hauts et les plus bas, ce qui justifierait de taxer presque à 100 % les plus hauts : il en restera toujours assez). Des options idéologiques sont en jeu, et l'on n'est pas certain que le juge puisse, surtout sans un appui clair dans le texte, les prendre à sa charge.

C'est pourtant ce que font le Conseil constitutionnel et le Bundesverfassungsgericht, qui ont tous deux inclus dans leurs critères de contrôle celui de l'impôt excessif. Le fondement trouvé, le principe d'égalité, n'est pas pour convaincre dans la mesure où, comme on vient de le voir, le contrôle des différences de situation qui revient au juge revient en fait à pouvoir entièrement guider le législateur dans ses choix. Lorsque G. Vedel affirme, pour justifier qu'on interdise un impôt confiscatoire, que la disposition contrôlée « fait peser sur les épaules de quelques-uns ce qui devrait peser sur les épaules de tous »¹⁰⁶¹, le déontique n'a pas force d'évidence, mais recèle en réalité toute une série de choix politiques et sociaux.

Une fois le principe établi, le juge est bien forcé, s'il veut le mettre en œuvre, de délimiter la fourchette dans laquelle le législateur aura la liberté de choisir, quand il ne décide pas purement et simplement du taux juste.

C'est cette ambition, ainsi, on l'a dit, que la manière dont elle avait été formellement amenée, qui a suscité les critiques les plus violentes contre la décision *Vermögensteuer* de 1995. En plus d'instituer une différence de structure à l'intérieur du patrimoine que le législateur devrait respecter, le tribunal a en effet fixé à plus ou moins 50 % le taux auquel devaient être soumis les revenus tirés du patrimoine. La Loi fondamentale, reconnaissant l'élément social de la propriété, affirme que celle-ci oblige, et que « [s]on usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité »¹⁰⁶². Le juge s'est arrêté sur le « en même temps » (*zugleich*) et en a tiré le principe d'une répartition égale entre l'individu et la société ; ainsi, l'ensemble des impôts touchant les revenus du patrimoine ne devrait pas dépasser 50 %¹⁰⁶³. Les déductions qui doivent être faites sur l'évaluation du patrimoine sont également réglées dans les détails par le juge¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶¹ Délibération sur la décision 85-200 DC du 16 janvier 1986 ; cité par A. Mangiavillano, *Le contribuable et l'État*, p. 149.

¹⁰⁶² « Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen » (art. 14, al. 2 GG).

¹⁰⁶³ BVerfGE 93, 121, 138.

¹⁰⁶⁴ Il exige ainsi qu'on déduise la valeur d'une maison familiale moyenne du patrimoine, au prétexte que la part du patrimoine qui sert au contribuable pour mener sa vie personnelle doit être particulièrement protégée, sans quoi la

Cette manière de faire ne touche d'ailleurs pas que le droit fiscal, mais les questions financières en général. Le Bundesverfassungsgericht a ainsi déclaré contraire à la Loi fondamentale la part du traitement des fonctionnaires censée couvrir l'éducation de leurs enfants. Le traitement des fonctionnaires allemands se distingue en effet du salaire normal en ce que l'État-employeur est soumis à un devoir d'alimentation de ses agents¹⁰⁶⁵ : ceux-ci ne doivent donc pas avoir à prendre sur les ressources destinées à leur confort personnel pour nourrir leurs enfants, et ne doivent pas être soumis à un choix entre conditions de vie et vie de famille¹⁰⁶⁶. La cour ne s'est pas contentée d'énoncer ce principe : elle a aussi établi très précisément le standard minimum que devait respecter le complément de salaire attribué pour chaque enfant : partant des minima sociaux accordés pour l'éducation des enfants, mais remarquant que le statut du fonctionnaire était tout de même qualitativement différent de celui de la personne adressée à la solidarité nationale, elle a fixé cette différence qualitative à 15 %. Si le complément de salaire ne dépasse pas de ce pourcentage au moins les minima sociaux, c'est que le législateur a méconnu les bornes posées à sa liberté d'appréciation¹⁰⁶⁷. Là encore, on voit donc que la marge d'action politique du législateur est réduite à néant : à en croire le juge, la Loi fondamentale aurait prévu le montant du traitement des fonctionnaires, ou peu s'en faut. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle cette décision est regardée comme typiquement dysfonctionnelle par S. Kneip¹⁰⁶⁸.

L'évolution récente du Bundesverfassungsgericht semble plutôt indiquer un abandon de cette manière la plus voyante d'imposer certaines décisions au législateur. C'est du moins ce qu'a retiré la doctrine de la décision de 2006 qui revient sur le principe de répartition par moitié des revenus du patrimoine adopté en 1995. Les requérants se réclamaient en effet de cette jurisprudence pour faire reconnaître un principe général de limitation des impôts à 50 %. Pour rejeter l'argument, le juge a précisément repris à son compte les critiques formulées à l'époque par Böckenförde : puisque ce principe avait été énoncé sans raison, il n'a pas force de loi et ne peut donc pas être invoqué par un requérant. On voit d'ailleurs ici l'intérêt de l'*obiter dictum*, qui contraint de fait le législateur (prévoyant comme on l'a montré un contrôle au regard du critère qui y est énoncé) sans contraindre le juge, ni de fait (puisque'il n'est pas de *custos custodis*), ni de droit. Le substitut inventé pour protéger tout de même le citoyen de l'impôt excessif révèle cependant à son tour les apories auxquelles mène la question. En soumettant en effet le législateur au principe de proportionnalité

liberté individuelle serait atteinte (*ibid.*, p. 140-141).

¹⁰⁶⁵ Ce devoir d'alimentation est du moins, d'après le tribunal, l'un des principes traditionnels de la fonction publique, tels qu'ils doivent être protégés et développés aux dires de la Loi fondamentale (art. 33, al. 5).

¹⁰⁶⁶ BVerfGE 99, 300 (314-316).

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, 321-322

¹⁰⁶⁸ KNEIP (Sascha), *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, 375 p., p. 331.

dans la fixation de l'impôt, le juge ne peut en réalité pas mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité au sens plein, car cela impliquerait de comparer le taux choisi au but poursuivi. Or le but, obtenir des ressources financières, ne permet pas en fait de contrôle de l'adéquation ou de la nécessité de la mesure. Le seul contrôle de proportionnalité qu'il peut faire est donc un contrôle de proportionnalité au sens restreint : il réside dans une appréciation des justifications avancées par le législateur pour justifier le poids de l'imposition¹⁰⁶⁹. Un tel contrôle ne permet pas de préserver la marge d'appréciation de ce législateur : au contraire de la théorie du bilan, qui marque explicitement la distinction entre droit et opportunité (même si, comme on l'a montré, cela laisse lui encore amplement la possibilité de réduire en réalité la liberté du politique à la portion congrue), le juge apprécie un continuum, et doit indiquer une limite arbitraire. Si le taux n'est pas explicitement indiqué, on a vu qu'il ne lui est pas difficile, grâce aux outils dont il dispose, d'amener le législateur à trouver celui qui lui semble le plus indiqué.

Dans son étude particulièrement fouillée et informée sur le droit constitutionnel fiscal en France et en Allemagne, A. Mangiavillano avance l'hypothèse selon laquelle, pour ce qui regarde le taux de l'impôt, le juge français agit exactement à l'inverse de son homologue allemand. Dans plusieurs décisions, le Conseil aurait ainsi renoncé à imposer au législateur un taux précis : à deux reprises, il a ainsi refusé de contrôler le taux de plafonnement des impôts directs, considérant que la matière relevait du législateur¹⁰⁷⁰. On pourrait donc en conclure que « la fixation d'une limite quantitative à la pression fiscale relève, non du juge constitutionnel, mais d'une appréciation de nature législative, c'est-à-dire d'un choix substantiellement politique »¹⁰⁷¹.

Pourtant, la décision portant sur la loi de finances pour 2013, déjà largement évoquée, paraît remettre en cause cette affirmation. Non pas à propos de la si symbolique taxe à 75 %, dont on a vu que le motif de censure était trouvé en amont d'un éventuel contrôle portant sur le taux lui-même. En revanche, toute une série d'autres impositions ont été rejetées en raison de l'atteinte qu'elles portaient aux facultés contributives des citoyens, c'est-à-dire à cause de leur caractère excessif. Deux d'entre elles concernaient des taux de 90 % ou 85 %, ce qui pourrait à la rigueur paraître beaucoup pour qui considère la chose de manière purement abstraite ; les dispositions portant sur les retraites chapeaux et les avantages concédés sous forme d'actions, elles, mettaient en place des

¹⁰⁶⁹ Pour cette analyse, voir WALDHOFF, « Rechtsprechungsanalyse - Steuerrecht und Verfassungsrecht », p. 279-281.

¹⁰⁷⁰ Décisions 2055-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006* (note L. Philip, RFDC, 66, 2006, p. 356-367), cons. 61-68 ; 2007-555 DC du 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat* (note A. Mangiavillano, RFDC, 73, 2008, p. 99-119 ; X. Pretot, *Revue française de finances publiques*, 103, 2008, p. 207-212), cons. 22-28.

¹⁰⁷¹ MANGIAVILLANO, *Le contribuable et l'État*, p. 369.

taux de 75 % ou 68 %, et ont également été censurées¹⁰⁷². Il semble bien ainsi que le Conseil constitutionnel mette en place un taux maximal d'imposition – et laisse par là peu de doutes sur le sort qui aurait été réservé à la taxe sur les très hauts revenus même en l'absence du strict problème d'égalité.

Le Gouvernement ne s'y est d'ailleurs pas trompé et a demandé au Conseil d'État de lui présenter les conséquences de cette décision pour le législateur. L'avis donné en réponse tire les conséquences de la décision pour l'avenir :

un taux marginal maximal d'imposition des deux tiers, quelle que soit la source des revenus, doit être regardé comme le seuil au-delà duquel une mesure fiscale risque d'être censurée par le juge constitutionnel comme étant confiscatoire ou comme faisant peser une charge excessive sur une catégorie de contribuables en méconnaissance du principe d'égalité.¹⁰⁷³

On imagine que cette consultation n'est pas destinée à rester ignorée, et l'on voit donc ici exactement à l'œuvre le cercle juridictionnel décrit par A. Stone Swet : le recours au juge donne à celui-ci l'occasion de préciser de plus en plus le texte constitutionnel, restreignant ainsi le champ des décisions que peut prendre le législateur. Dans les mots mêmes du Conseil d'État, une disposition qui irait à l'encontre du critère qu'on peut dégager de la décision 2012-662 DC « risquerait d'être censurée », et l'on pense donc bien que le législateur ne s'y risquera pas. Malgré tous ses dénis, le Conseil impose donc une limite, tout à fait arbitraire et injustifiée autant qu'injustifiable, à la liberté du législateur.

Il y a là, nous semble-t-il, la conséquence nécessaire de toute position prétendant que l'atteinte à un droit fondamental devient inconstitutionnelle à partir d'un certain degré (ce qui pose le même problème que la conception, présente depuis les premières années du Conseil, selon laquelle le législateur peut restreindre l'exercice d'un droit tant qu'il ne dénature pas celui-ci : là encore, on voit mal comment le Conseil peut justifier l'effet de seuil). En ce sens, la distinction entre la limitation de l'impôt par la propriété ou l'égalité a quelque chose d'illusoire, ou tout du moins d'un miroir aux alouettes. Telle que construite par la doctrine, elle justifie certes deux degrés de contrôle, plus absolu mais plus rare dans le cas de la propriété (impôt confiscatoire), plus souple et plus fréquent dans le cas de l'égalité (impôt excessif) et rend compte de la jurisprudence des cours constitutionnelles. Elle néglige cependant un problème plus essentiel (et qui n'est, il faut le reconnaître, pas son objet) : le fait de contrôler l'assiette ou le taux de l'impôt oblige le juge constitutionnel à prendre des décisions qui relèvent de l'appréciation politique en ce qu'elles

¹⁰⁷² Décision 2012-662 DC (déjà citée), respectivement cons. 12-22 et 75-85.

¹⁰⁷³ CE, avis, 21 mars 2013, *Contribution sur les très hauts revenus*, n° 387402.

engagent des choix de société qui ne sont pas tranchés par les textes constitutionnels (pas suffisamment en tout cas pour que le juge puisse s'appuyer dessus). On voit donc encore une fois que cette prétendue différence de nature entre droit et politique (qui se transforme parfois visiblement en différence de degré) est un outil de justification pour les cours constitutionnelles, obligées d'y recourir si elles veulent contrôler le législateur. Le tout, comme le montre notamment l'exemple allemand et la destinée de la décision *Vermögenssteuer*, est de savoir le faire avec suffisamment de subtilité. Ce mouvement, en France, va de pair avec un approfondissement général du contrôle, tendant à laisser de moins en moins de liberté au législateur pour ce qui regarde la rationalité de son raisonnement, quoique la tradition rousseauiste rende la chose difficile à assumer pour le juge, comme à accepter pour la doctrine¹⁰⁷⁴. Au contraire, les études qui prétendent scientifiquement prouver ce qui est une décision respectant ou non la charge du juge constitutionnel nous semblent fragilisées dès l'abord lorsqu'elles se reposent entièrement sur cette distinction¹⁰⁷⁵.

On voit donc que la distinction entre droit et politique ne suffit pas à expliquer le comportement du juge, ne serait-ce que parce qu'elle dépend en dernier lieu de l'interprétation, qui revient souverainement au juge. C'est ce que l'on pouvait tirer aussi des réflexions sur les marges d'actions laissées au législateur. Deux mouvements parallèles peuvent donc être observés : d'un côté, le juge refuse parfois d'intervenir trop profondément dans les décisions du pouvoir politique, jusqu'à laisser parfois la constitution inappliquée. De l'autre, il se donne dans certains cas les moyens, sans y paraître, de contrôler d'extrêmement près l'activité de ce même pouvoir politique. Dans les deux cas, il nous semble qu'il s'agit en réalité surtout d'informer société et constitution de manière à ce que qu'elle puisse s'articuler sans heurts. En ce sens, on peut affirmer que « ce n'est pas la prévisibilité formelle ni la fiabilité, mais la stabilisation d'un *juste-milieu* qui forment la tâche transmise au Bundesverfassungsgericht dans son berceau »¹⁰⁷⁶. En ce sens également, on rencontre les hypothèses avancées par C. Guarnieri et P. Pederzoli à propos de la justice en général : par la place de plus en plus grande qu'occupe le droit, l'idée d'un juge comme acteur politique s'impose face à celle du juge comme gardien¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁴ DONNARUMA (Maria Rosaria), « un mythe brisé : l'intangibilité de la loi. le contrôle juridictionnel de la « ragionevolezza » des lois », RFDC, 76, 2008, p. 797-837.

¹⁰⁷⁵ Ainsi notamment de KNEIP (Sascha), *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, 375 p. (not. p. 81-83).

¹⁰⁷⁶ « Nicht formale Berechenbarkeit und Verlässlichkeit, sondern Stabilisierung des juste milieu war die Aufgabenstellung, die dem BVerfG an der Wiege vermittelt wurde » (LIETZMANN (Hans), « "Reflexiver Konstitutionalismus" und Demokratie. Die moderne Gesellschaft überholt die Verfassungsrechtsprechung », in GUGGENBERGER, WÜRTEMBERGER, *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik*, p. 233-261, p. 241).

¹⁰⁷⁷ GUARNIERI (Carlo), PEDERZOLI (Patrizia), *The Power of Judges. A comparative study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 235 p., p. 159.

L'action du juge constitutionnel, plus encore, est profondément politique : établissement d'un juste-milieu libéral d'un côté (mais qui permet, à la manière de l'apparition d'un centre républicain aux débuts de la Troisième République, le ralliement de ceux qui, sans avoir d'idéologie particulière, y retrouvent leurs intérêts bien compris), refus de trancher par lui-même, lorsqu'il ne pense pas pouvoir s'appuyer sur un consensus axiologique suffisamment établi, les questions les plus épineuses. Ainsi, alors que le Bundesverfassungsgericht, aidé par la compréhension globale qu'il a construite de la Loi fondamentale, n'hésite pas à utiliser le principe d'égalité pour traiter les questions homo- ou transsexuelles, le Conseil constitutionnel a une certaine tendance à se laver les mains. Contrairement au *Grundgesetz*, la Constitution de 1958, si on peut y trouver le fondement du pacte républicain, n'offre pas un projet de société si complet. Ou plutôt : le Conseil constitutionnel, organe à la légitimité d'abord chancelante, n'a pas commencé par en faire un ensemble axiologique cohérent. Lorsqu'il se refuse à traiter des questions de société, il ne fait finalement que tirer les conséquences de ce commencement.

Titre 4 Les rapports entre le juge constitutionnel et les juridictions ordinaires

En se contentant d'étudier l'articulation entre les textes constitutionnels et les normes qui structurent déjà la société où ceux-ci doivent s'enraciner au regard du contrôle exercé par le juge constitutionnel sur le législateur, on méconnaîtrait les apports de la théorie réaliste de l'interprétation dont nous nous réclamons pourtant. Puisque l'interprète est en réalité celui qui dit la norme, on ne peut pas ignorer la part qui revient aux juges ordinaires dans l'activité législative. Par conséquent, on ne peut pas non plus, sous peine de perdre l'approche empirique que nous avons choisie, négliger d'étudier les relations qui apparaissent entre le juge constitutionnel et les juges ordinaires. La bonne application des compromis inventés par le premier dépend pour une large part des seconds.

Cette coexistence risque pourtant de tourner rapidement à la confrontation. Par réflexe de défense d'un groupe social, d'abord : même si les juges du Bundesverfassungsgericht doivent satisfaire à des critères plus stricts pour ce qui est des compétences juridiques que les membres du Conseil constitutionnel, aucune des deux cours n'est constituée par principe de magistrats de carrière. Il ne serait donc pas surprenant que ceux qui sont parvenus au sommet de leur ordre social (les cours suprêmes¹⁰⁷⁸ de chaque ordre juridique) considèrent avec méfiance des juges constitutionnels nommés directement par le pouvoir politique, sans avoir dû passer par le *cursus*

¹⁰⁷⁸ Nous entendons par « cours suprêmes » les juridictions jugeant en dernier recours dans un certain sous-ensemble du système juridique et à qui revient de ce fait en général la tâche d'unifier la jurisprudence et de l'imposer aux tribunaux qui leur sont subordonnés. En France, la Cour de cassation et le Conseil d'État, en Allemagne le Bundesgerichtshof, le Bundesverwaltungsgericht, le Bundesfinanzhof, le Bundesarbeitsgericht et le Bundessozialgericht.

honorum que eux connaissent (ce qui est particulièrement vrai en France ; les exigences qui s'appliquent pour le recrutement au Bundesverfassungsgericht rendent les deux mondes un peu moins hétérogènes). Ceux-là, en conséquence, manqueraient des capacités techniques qui font un bon magistrat : les juges comme la doctrine civils allemands s'appuient ainsi sur leur plus grande compétence et leur plus grande ancienneté pour contester tout empiétement du Bundesverfassungsgericht sur leurs prérogatives¹⁰⁷⁹. La référence à l'ancienneté prouve que cette position tient sans doute autant du réflexe sociologique que de réels doutes sur la qualité des décisions rendues par la Cour constitutionnelle : ce qui lui est reproché n'est pas tant de méconnaître le droit, que de méconnaître le droit tel qu'il a été développé, en vase clos, par des générations de juristes comme une vérité intemporelle et abstraite du contexte politique et social. En France, J.-H. Robert a également pu conjecturer, pour expliquer l'indifférence polie avec laquelle la Cour de cassation (notamment sa chambre criminelle) a longtemps regardé les décisions du Conseil constitutionnel, que « ses membres considèrent le Conseil constitutionnel comme un grand naïf, nouveau venu dans le métier et qui s'empêtrera bien vite dans des affirmations trop ambitieuses »¹⁰⁸⁰.

Au-delà de ces questions de susceptibilités professionnelles, un autre élément explique la concurrence qui peut naître entre juges constitutionnels et ordinaires dans des systèmes juridiques comme les systèmes français et allemand. Il s'agit en effet de ce qui peut paraître une forme d'auto-contradiction dans le champ juridique lui-même entre deux principes qui le structurent. D'une part, le principe dynamique, selon lequel une norme n'est valide que si elle est édictée par l'autorité habilitée à le faire. D'autre part, le principe statique, selon lequel une norme est valide lorsqu'elle est matériellement conforme à la norme supérieure. D'après celui-ci, la Constitution devrait s'imposer à toutes les autres normes, puisqu'on désigne par là le texte qui est au sommet de la hiérarchie des normes. Il paraît dès lors à première vue tout naturel que le tribunal chargé spécifiquement d'appliquer le droit constitutionnel bénéficie lui aussi de la même supériorité à l'égard des juges qui veillent au respect de textes subalternes. L'argument de la compétence technique se retourne d'ailleurs à ce moment contre ceux-là : puisqu'ils sont spécialistes d'un droit particulier, ils ne peuvent pas prétendre appliquer le droit constitutionnel avec la même justesse que le tribunal créé exprès à cet effet. Cependant, le principe dynamique, c'est-à-dire transposé à notre situation le principe selon lequel les rapports entre les institutions ne dépendent pas du droit qu'elles appliquent,

¹⁰⁷⁹ Sur ce point, voir DIEDERICHSEN (Uwe), « Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz », *Jura*, 1997/2, p. 57-64.

¹⁰⁸⁰ ROBERT (Jacques-Henri), « Fiction : le droit pénal sans la jurisprudence constitutionnelle », in DRAGO (Guillaume), FRANÇOIS (Bastien), MOLFESSIS (Nicolas), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1996, 415 p., p. 181-188, p. 182.

mais du cadre institutionnel qui a été établi et des liens de subordination qui ont été éventuellement créés, s'oppose dans les systèmes allemand et français à une telle position prédominante du juge constitutionnel.

Dans la Loi fondamentale, on ne trouve pas trace d'une supériorité du Bundesverfassungsgericht sur les autres cours fédérales. S'il existe un système de renvoi préjudiciel (art. 100 GG), c'est afin d'assurer l'unité de la jurisprudence constitutionnelle, de même que les cinq tribunaux suprêmes ont à charge de maintenir l'unité de la jurisprudence, au besoin au moyen d'une chambre constituée de membres venant de chacun d'entre eux. Pour le reste, le Bundesverfassungsgericht est présenté comme une juridiction parmi les autres : « Le pouvoir de rendre la justice est confié aux juges ; il est exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, par les cours fédérales prévues par la présente Loi fondamentale et par les tribunaux des Länder »¹⁰⁸¹ (art. 92 GG). En France, la position du Conseil constitutionnel est peut-être un peu plus à part dans la mesure où il dispose dans la Constitution d'un titre à lui tout seul (le titre VII, l'autorité judiciaire étant traitée ensuite, au titre VIII), mais c'est plutôt marque de faiblesse (il n'a pas les mêmes pouvoirs et n'offre pas les mêmes garanties qu'un véritable juge) que de puissance. L'important est que, dans les deux cas, le juge constitutionnel tel qu'il est établi dans les textes constitutionnels n'a pas sur les autres tribunaux l'autorité qu'une cour suprême peut exercer sur les tribunaux de première instance et d'appel qui relèvent de son domaine.

Contrairement au modèle diffus que l'on rencontre par exemple aux États-Unis, il n'est pas une seule juridiction au sommet de l'ordre juridique, qui utiliserait la constitution comme elle utilise toutes les autres normes juridiques. Puisqu'il n'existe pas de hiérarchie entre les diverses institutions qui peuvent, sur des fondements hétérogènes, se considérer comme suprêmes, rien n'empêche qu'éclatent des conflits insolubles. Si une cour d'appel s'oppose visiblement à une solution retenue par la Cour de cassation, la querelle est en quelque sorte réglée d'avance : la nécessité d'un revirement de jurisprudence est ou non reconnue, et l'arrêt en conséquence maintenu ou non. En revanche, si la juridiction ordinaire, à quelque niveau que ce soit, adopte une interprétation de la constitution qui boude celle du tribunal constitutionnel, celui-ci n'a dans les systèmes allemand et français aucun moyen d'imposer la sienne (pas plus, d'ailleurs, que le juge ordinaire ne peut le contraindre à modifier sa propre solution). En conséquence, la divergence d'interprétation ne peut pas être résorbée, et le même texte donne lieu à deux normes différentes, voire antinomiques. Ce genre de conflit entre suffisamment profondément en contradiction avec le principe inhérent à la compréhension contemporaine du droit comme un ordre cohérent pour que, lorsqu'il s'agit de cours

¹⁰⁸¹ « Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt. »

qui ne se situent pas non plus dans des rapports hiérarchiques, le législateur ait prévu des juridictions mixtes chargées de trancher les différends : ainsi du Tribunal des conflits en France, ou du Sénat commun aux cinq cours suprêmes allemandes.

Rien de tel cependant pour les conflits pouvant survenir entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire. Cela tient sans doute à la spécificité qu'on veut la plupart du temps reconnaître à la justice constitutionnelle, et qui justifie d'ailleurs l'institution d'un tribunal spécifique. Cela tient aussi, n'en doutons pas, aux résistances qui auraient été à craindre de la part des magistrats ordinaires, pour les raisons déjà évoquées.

Même dans l'hypothèse où le juge constitutionnel n'est pas considéré comme le supérieur du juge ordinaire, leurs relations peuvent être plus ou moins organisées, au moins indirectement, par le droit. La situation à cet égard est différente en France et en Allemagne : on peut y observer deux grades de formalisation des rapports entre les juges. Le Bundesverfassungsgericht, en plus de pouvoir se réclamer, comme le Conseil constitutionnel, de l'autorité de ses décisions, peut en effet connaître de *Verfassungsbeschwerde*, procédure à la disposition de tout justiciable ayant été lésé dans ses droits fondamentaux par quelque institution étatique que ce soit, y compris un tribunal. On verra que cette voie détournée n'est pas sans poser problème tant que prédomine l'idée que le tribunal constitutionnel est un tribunal parmi les autres, et pas un nouveau degré de juridiction.

En tout donc, l'approche purement juridique et formelle ne permet pas de rendre compte de la manière dont fonctionne le système : soit qu'elle conduise à des apories théoriques, soit qu'elle ne soit pas suffisante pour assurer une harmonie pourtant plus ou moins établie dans les faits ; l'exemple allemand semble ainsi montrer que l'attribution d'outils de contrôle au tribunal constitutionnel tend plutôt à créer les problèmes qu'à les résoudre (chapitre 1). Là encore, ce sont des négociations institutionnelles et les compromis qui en résultent qui permettent d'éviter, dans la plupart des cas, les conflits : les techniques d'interprétation jouent un rôle important pour permettre ces conciliations discrètes, comme on le verra en France (chapitre 2).

Chapitre 1 Naissance et résolution des conflits entre le Bundesverfassungsgericht et les juges ordinaires

Le problème évoqué plus haut, cette discrédence entre la supériorité de la constitution dans la hiérarchie des normes, qui invite spontanément le béotien à considérer le juge constitutionnel comme une sorte de juge suprême par essence, et la distribution réelle des pouvoirs dans le pouvoir judiciaire (dans lequel, par commodité et d'après le modèle allemand, nous rangeons ici le Conseil constitutionnel – sans prétendre en rien régler la question au fond) ne se pose que dans un sens, du juge constitutionnel vers le juge ordinaire. La question est en effet de savoir s'il parvient à assurer la suprématie de la constitution, requise par la construction hiérarchique du système juridique. Pour cela, il ne suffit pas que le juge ordinaire compte le texte constitutionnel au nombre de ses normes de références : puisque la norme est le texte interprété, il faut que soit appliquée la constitution telle que le juge constitutionnel l'interprète.

Or si ce juge constitutionnel ne dispose pas des moyens institutionnels adéquats, il lui est matériellement impossible d'imposer ses solutions au juge ordinaire. Et précisément, l'examen de la constitutionnalité des lois conduit à les déclarer conformes ou non-conformes, ce qui se traduit normalement par le maintien dans l'ordre juridique (ou leur exclusion de celui-ci) des textes législatifs. C'est-à-dire qu'il n'existe, en principe, aucune interaction avec le juge ordinaire, dans la mesure où toute cette activité relève encore du travail législatif. La chose est particulièrement évidente dans le cas du contrôle *a priori* : si la loi est censurée, elle ne peut pas être promulguée, et aucun requérant ne pourra s'en prévaloir devant un tribunal, pas plus qu'il ne pourrait se fonder, dans le cas d'une loi promulguée, sur un amendement rejeté pendant la discussion parlementaire.

Puisque la conséquence est la même, on ne voit pas en quoi un contrôle *a posteriori*, même demandé par un juge ordinaire (comme c'est le cas du contrôle concret allemand prévu à l'art. 100 GG), changerait cet état de fait.

Si l'on s'en tenait là, il pourrait y avoir éventuellement des interprétations divergentes de la constitution (le juge ordinaire pouvant être amené à l'utiliser pour contrôler des actes infra-législatifs, ou à l'occasion de procédures particulières, tel en France le constat de l'abrogation implicite d'une loi antérieure à la Constitution et contraire à celle-ci¹⁰⁸²), mais pas de conflit ouvert, faute non tant de combattants que de lice commune. Cependant, il existe en réalité plusieurs points de passage potentiels : l'extension de l'autorité accordée par les textes aux décisions du juge constitutionnel (comprise de manière très large par chaque cour) peut ainsi être utilisée comme un argument pour fixer une interprétation particulière du texte constitutionnel et l'imposer au juge ordinaire. On sait également que le Conseil constitutionnel comme le Bundesverfassungsgericht ont rapidement élargi leur champ d'action sur les lois contrôlées en ajoutant à la censure pure et dure la conformité sous réserve : réserves d'interprétation en France, *verfassungskonforme Auslegung* (interprétation conforme à la constitution) en Allemagne.

Dans ces cas, le juge constitutionnel prétend imposer un certain comportement au juge ordinaire : par exemple de ne prendre en compte, parmi les interprétations possibles de la loi, que celle qu'il a déclarée conforme à la constitution. Cependant, le problème des moyens concrets pour contraindre les autres juges à l'obéissance demeure : si le juge constitutionnel n'est pas doté des instruments qui feraient de lui une cour suprême pour tout l'ordre juridique (notamment le droit d'examiner et réformer les décisions rendues par les juges ordinaires), ces tentatives d'élargir le champ de la juridiction constitutionnelle ne peuvent conduire qu'à rendre manifestes des conflits sinon plus ou moins latents. On conçoit en effet que le conflit est plus évident lorsque deux juridictions s'affrontent sur le même texte, alors qu'on peut toujours trouver des échappatoires lorsqu'il s'agit certes de la même norme de référence, mais appliquée à deux textes formellement différents, même s'ils sont très proches sur le fond.

En France comme en Allemagne, le juge constitutionnel n'a pas été doté de ces pouvoirs. Dans les deux cas, les constituants ont refusé l'idée d'une cour suprême calquée sur le modèle états-unien, et Bundesverfassungsgericht comme Conseil constitutionnel, lorsqu'ils s'expriment comme institution ou par la bouche des individus qui y siègent, rappellent sans cesse n'être pas un nouveau degré de juridiction. Nous avons déjà évoqué les raisons qui justifient cette limitation des pouvoirs

¹⁰⁸² CE, 16 décembre 2005, *Syndicat national des huissiers de justice*, n° 259584.

du juge constitutionnel : la spécificité de sa tâche justifiant des modes de recrutement particuliers (qui doivent notamment prendre en compte la dimension toujours nécessairement politique de son activité), il ne peut pas offrir les mêmes garanties que les magistrats ordinaires, ni sur le plan de l'indépendance, ni sur le plan des compétences techniques. Pour le dire crûment, et même si cela vaut surtout pour la France, on imagine mal l'ensemble de l'ordre judiciaire soumis à un collège de neuf personnes nommées directement par le pouvoir politique. Et en Allemagne, si les conditions sont plus strictes, les juges sont également nettement identifiés d'après leur appartenance politique au moins supposée (à tel point que la doctrine parle, pour décrire la situation des premières années, d'une chambre noire – celle dominée par les membres nommés par la CDU/CSU – et d'une chambre rouge – celle où la majorité allait aux juges nommés par la SPD). Quoi qu'il en soit de l'influence réelle de cette proximité politique dans le processus de décision (elle tend généralement à être minorée, souvent dans le but de légitimer le juge¹⁰⁸³), les apparences ne sont jamais tout à fait sauvées.

D'un autre côté, cependant, le fait de soustraire les juges à la souveraineté de la constitution telle qu'interprétée par l'organe institué spécialement à cette fin peut être considéré comme un abus de leur indépendance, qui risque en définitive de déboucher sur une forme de gouvernement des juges. Le plus grand lien qu'entretient le juge constitutionnel avec le pouvoir politique doit en effet lui permettre d'appréhender la question qui lui est posée dans l'ensemble du contexte politique et social, et non dans une vision trop étroitement juridique. En fait, la problématique du gouvernement des juges se retrouve ici, mais renversée : alors qu'on l'oppose au juge constitutionnel dans ses rapports avec le Parlement, elle peut justifier l'existence d'un certain contrôle exercé par ce juge sur le juge ordinaire. De sorte que pourrait correspondre à une confiance plus ou moins grande placée dans le pouvoir judiciaire classique une possibilité inversement proportionnelle pour le juge constitutionnel de contrôler celui-ci.

De fait, des situations historiques différentes, ou plus exactement peut-être l'appréciation différente de ces situations historiques, ont influencé les constituants allemands et français au lendemain de la seconde guerre mondiale. On serait tenté d'y voir une explication aux moyens d'actions donnés au juge allemand et refusés au juge français, et par conséquent aux divergences qu'on peut observer, pour ce qui regarde les rapports réglés par le droit entre juge constitutionnel et juge ordinaire, dans les deux pays. Seul le Bundesverfassungsgericht peut en effet entrer en conflit ouvert mais maîtrisable, c'est-à-dire pouvant être réglé dans le cadre des relations institutionnelles prévues par les textes, (ou peut-être, on le verra, ouvert parce que maîtrisable) avec les juridictions

¹⁰⁸³ Voir par exemple, pour la France, dans SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, p. 304-309.

ordinaires.

Les constituants allemands ont renoncé à créer une cour suprême régnant seule sur l'ensemble de l'ordre juridique allemand pour établir un tribunal constitutionnel qui ne devait être regardé que comme une juridiction parmi d'autres¹⁰⁸⁴. Deux ans après l'entrée en vigueur de la Loi Fondamentale, cependant, le législateur inclut dans la loi sur le Bundesverfassungsgericht la possibilité de juger toute atteinte portée par la puissance publique aux droits fondamentaux d'un individu (§ 90 BVerfGG). Par cette voie, il donne au juge constitutionnel le moyen de connaître des décisions d'autres tribunaux (même si on peut d'abord interpréter une telle disposition de manière restrictive, comme un moyen de vérifier que les juges ordinaires n'ont pas oublié de soumettre une loi supposée inconstitutionnelle au contrôle concret de constitutionnalité). Il semble donc qu'il y ait une forme de contradiction entre le statut donné par la Loi fondamentale et les pouvoirs accordés par le législateur.

La raison de cette évolution montre que celui-ci avait tout à fait conscience de donner au Bundesverfassungsgericht un moyen d'imposer sa jurisprudence au juge ordinaire. La *Verfassungsbeschwerde* a en effet été introduite afin de garantir l'application des droits fondamentaux énoncés par le *Grundgesetz*. Cela pouvait paraître une nécessité au vu d'abord de la méfiance qui régnait à l'égard du pouvoir judiciaire, lequel ne s'était pas particulièrement grandi sous le régime national-socialiste (et avait déjà, sous la République de Weimar, fait son possible pour ôter toute efficacité aux droits fondamentaux proclamés en 1919) ; surtout, le comportement des juges ordinaires entre 1949 et 1951 laissait croire qu'ils ne considéraient pas non plus la Loi fondamentale avec tout le respect qu'on aurait pu attendre¹⁰⁸⁵. Face à cela, d'ailleurs, et à un personnel judiciaire peu renouvelé après 1945¹⁰⁸⁶, les membres du Bundesverfassungsgericht avaient été choisis de manière à être, de ce point de vue au moins, irréprochables.

En Allemagne, la suprématie de l'interprétation de la constitution donnée par le juge constitutionnel peut donc s'appuyer sur des pouvoirs accordés par les textes. En retour, son

¹⁰⁸⁴ Sur ce point, voir par exemple ROELLECKE (Gerd), « Roma Locuta – Zum 50jährigen Bestehen des BVerfG », NJW, 2001/40, p. 2924-2931, p. 2926 sq. ; WESEL (Uwe), *Der Gang nach Karlsruhe*, München, Karl Blessing Verlag, 2004, 413 p., p. 30-37 ; LAUFER (Heinz), *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik*, Tübingen, Mohr, 1968, 623 p., p. 39-45 et 52-61 ; comptes-rendus des débats constituants dans *Der Parlamentarische Rat 1948-1949 : Akten und Protokolle*, München – Boppard am Rhein, Olenbourg – Boldt, 13 t. (voir particulièrement pour ces questions les t. 2, p. 321 et 13-2, p. 1299-1308).

¹⁰⁸⁵ KAUFFMANN (Peter), « Die Abschaffung der Urteilsverfassungsbeschwerde », *Recht und Politik*, 34, 1998, p. 29-39, p. 31.

¹⁰⁸⁶ À titre d'exemple, 70 % des juges du BGH servaient déjà sous le régime nazi (HENNE (Thomas), « Die neue Wertordnung im Zivilrecht – speziell im Familien- und Arbeitsrecht », in STOLLEIS (Michael), dir., *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berliner Wissenschaftsverlag, 2007, 103, p., p. 13-37, p. 16).

interprétation générale de la constitution renforce et étend ces pouvoirs (section 1). L'inconvénient de cet arsenal est précisément la puissance incontrôlée qu'il confère au Bundesverfassungsgericht. On verra qu'il n'est pas aisé de prétendre respecter tout de même l'indépendance des juges ordinaires – sans d'ailleurs que cela les empêche de résister parfois fermement (section 2).

Section 1 L'arsenal du Bundesverfassungsgericht

La force principale du Bundesverfassungsgericht est de pouvoir conjuguer approche dynamique et approche statique du droit pour agir sur les jurisprudences des juges ordinaires. En plus de la *Verfassungsbeschwerde* que le législateur a mis dès 1951 à sa disposition, il a en effet développé une lecture de la constitution comme ordre de valeurs (nous renvoyons à la présentation faite dans la première partie de ce travail) qui lui permet, par la porte de service que lui ouvre cette *Verfassungsbeschwerde*, de contrôler sans limite externe les décisions de justice (§ 1). Le législateur a par ailleurs appuyé ce développement, servant à plusieurs reprises d'auxiliaire au juge constitutionnel (§ 2).

§ 1 Fondements du contrôle exercé par le Bundesverfassungsgericht sur les juges ordinaires

Nous avons déjà présenté le fonctionnement général de la *Verfassungsbeschwerde* : celle-ci n'est pas spécifiquement dirigée contre les tribunaux ordinaires, elle est d'abord une sorte de clause générale permettant d'être certain qu'aucune violation des droits fondamentaux ne puisse échapper, pour quelque raison procédurale que ce soit, au contrôle juridictionnel. Elle est aujourd'hui le recours le plus utilisé, et de loin (96,54 % de l'ensemble des recours introduits depuis 1951 ; 96,87 % pour l'année 2013¹⁰⁸⁷), pour accéder au juge constitutionnel. Ce succès s'explique par l'ouverture de cette voie à tout justiciable, par l'ampleur du contrôle qu'elle permet et, surtout, par l'extension que lui a donnée le tribunal (a). Elle s'est donc révélée un instrument particulièrement efficace pour imposer aux autres juges la primauté de la constitution (b).

¹⁰⁸⁷ Source : statistiques du Bundesverfassungsgericht (disponibles sur son site internet : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2013/A-I-1.html>).

a. Développement théorique et pratique de la *Verfassungsbeschwerde*

Cette extension dépend de la conception que se fait le Bundesverfassungsgericht du droit constitutionnel et des droits fondamentaux. On peut en effet discerner deux manières de limiter cette procédure : d'une part d'après la loi sur le Bundesverfassungsgericht elle-même, qui limite son utilisation aux atteintes aux droits fondamentaux (art. 1-19 GG), ainsi qu'à certaines dispositions particulières de la Loi fondamentale (donnant notamment des droits propres au système instauré par le Grundgesetz : droit de vote, droits civiques et égal accès à la fonction publique... ; en général, donc, des droits matériellement proches des droits fondamentaux). D'autre part, en limitant l'effet à certains champs du droit, par exemple, selon la compréhension libérale traditionnelle des droits fondamentaux, aux relations entre l'État et les citoyens.

La première limite, celle du texte, a été levée par le Bundesverfassungsgericht dans la décision *Elfes* (1957). En interprétant la liberté personnelle énoncée à l'article 2, al. 1 GG comme une liberté générale d'action (*allgemeine Handlungsfreiheit*)¹⁰⁸⁸, il a permis d'attaquer au moyen de la *Verfassungsbeschwerde* toute norme, limitant si peu que ce soit cette liberté et contraire à quelque disposition que ce soit de la constitution, et plus seulement aux articles énoncés au § 90 BVerfGG. C'est au prix d'un raisonnement qui peut paraître contourné. Puisque la liberté d'action est première, elle ne peut être restreinte que par une loi conforme non pas seulement formellement, mais aussi matériellement, à la constitution ; par une loi, donc, qui respecte l'ordre de valeurs établi par celle-ci, et qui est exprimé par toutes ses dispositions, pas seulement celles qui respectent les droits fondamentaux au sens strict. En conclusion,

chacun peut faire valoir au moyen d'une *Verfassungsbeschwerde* qu'une loi limitant sa liberté d'action n'appartient pas à l'ordre constitutionnel car elle contreviendrait, formellement ou matériellement, à des dispositions constitutionnelles prises isolément ; qu'en conséquence serait enfreint son droit fondamental tiré de l'art. 2, al. 1 GG.¹⁰⁸⁹

Le domaine de la *Verfassungsbeschwerde* se trouve ainsi considérablement étendu par

¹⁰⁸⁸ BVerfGE 6, 32, 37 (« Rechtlich gesehen ist er [art. 2, al 1 GG] ein selbständiges Grundrecht, das die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit gewährleistet » : « considéré du point de vue juridique, l'art. 2, al. 1 GG est un droit fondamental autonome qui garantit la liberté générale d'action de l'homme »). Confirmé notamment dans la décision *Reiten im Walde*, qui livre cette définition très large de la *allgemeine Handlungsfreiheit* : « Est ainsi protégé non seulement un domaine limité, celui du développement de la personnalité de chacun, mais aussi toute forme d'action humaine, sans préjudice du poids qui revient à cette activité pour le développement de la personnalité » (« Geschützt ist damit nicht nur ein begrenzter Bereich der Persönlichkeitsentfaltung, sondern jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt » ; BVerfGE 80, 137, 152).

¹⁰⁸⁹ « Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. » (BVerfGE 6, 32, 41) ; voir aussi la présentation de cette question dans SCHLAICH, KORIOETH, *Bundesverfassungsgericht*, p. 140-143.

rapport à ce que prévoyait le texte qui l'a instituée.

La deuxième limite à l'extension du champ couvert par la justice constitutionnelle au moyen de la *Verfassungsbeschwerde* serait la conception traditionnelle des droits fondamentaux comme droits-défenses opposables à l'État, mais pas aux autres individus. Dans ce cas, en effet, tout le droit civil ou peu s'en faut échappe à la plainte constitutionnelle puisqu'il s'agit de relations entre individus. À partir du moment, en revanche, où l'on considère qu'il existe un ordre constitutionnel englobant l'ensemble du système juridique et guidant l'interprétation de l'ensemble de ses normes, la portée de ce pourvoi change du tout au tout.

Or nous avons vu que dans la décision *Lüth* (1958) le Bundesverfassungsgericht a précisément considéré que l'ordre de valeurs établi par la Loi fondamentale (et déjà signalé, par exemple, dans la décision *Elfes*) « doit valoir, en tant que décision fondamentale de droit constitutionnel, pour tous les domaines du droit »¹⁰⁹⁰ – y compris donc l'interprétation des règles civiles. Il y a là un changement de perspective complet, et en lien avec la procédure d'amparo existante, un véritable « coup d'État juridique »¹⁰⁹¹ : « avec la reconnaissance d'un contenu « de droit objectif », on fait des droits fondamentaux ancrés dans la constitution un programme *juridique* » ; par là, le Bundesverfassungsgericht se place de lui-même au sommet de l'ordre juridique allemand¹⁰⁹². La mention d'un « programme juridique » indique, en creux, ce qui change profondément : les droits fondamentaux ne sont plus seulement considérés comme ce qui limite l'action de l'État, et la constitution n'est plus un simple cadre dans lequel celui-ci se meut librement. Il s'agit désormais de remplir un programme. Ainsi se dessine l'État juridictionnel soumis à la justice constitutionnelle, lequel est dénoncé, dans la pure tradition schmittienne, par Forsthoff et Böckenförde (mais au nom chez ce dernier d'une conception de la démocratie qui s'écarte de certains présupposés schmittiens)¹⁰⁹³.

En étendant l'emprise du droit constitutionnel sur tout le reste du droit, non pas seulement comme un cadre, mais comme une direction à suivre, le Bundesverfassungsgericht a conjugué la supériorité formelle due au droit constitutionnel dans la vision de Kelsen et la supériorité matérielle,

¹⁰⁹⁰ BVerfGE 7, 198, 205 (« Dieses Wertsystem [...] muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten »).

¹⁰⁹¹ Pour reprendre l'expression d'Alec Stone Sweet (« The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority », *German Law Journal*, 8, 2007, p. 915-928).

¹⁰⁹² RÖHL (Hans Christian) « Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie ? », in TRUTE (Hans Heinrich), Groß (Thomas), RÖHL (Hans Christian), MÖLLERS (Christoph), *Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen, 2008, 945p., p. 821-836, p. 824.

¹⁰⁹³ Voir la présentation de la question dans ALEXY (Robert), in id., IPSEN (Jörn), ERBGUTH (Wilfried), dir., *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Berlin, De Gruyter, 2002, 549 p., p. 7-30, p. 12.

voire axiologique, que lui reconnaît Smend. Ce faisant, il a « doté de dents l'idée smendienne », et ainsi provoqué la critique de Böckenförde évoquée à l'instant¹⁰⁹⁴. Par les décisions *Elfes* et *Lüth*, il a profondément modifié la portée de la *Verfassungsbeschwerde* : après elles, « toute atteinte portée à un droit privé pouvait devenir une violation de la constitution, et le Bundesverfassungsgericht obtint le droit, voire le devoir, de contrôler tout litige juridique civil »¹⁰⁹⁵.

b. Efficacité de la Verfassungsbeschwerde

Ce sont donc des constructions théoriques apparemment indépendantes de la procédure en cause qui permettent au juge constitutionnel de faire du système d'amparo un moyen de s'élever institutionnellement au sommet de l'ordre juridique. La conjonction de ces facteurs matériel et institutionnel explique l'obéissance des autres cours et la tolérance du pouvoir politique. Le meilleur signe du succès de la stratégie mise en œuvre depuis les années 50 par le Bundesverfassungsgericht reste en effet la très faible proportion (2,4%) des *Verfassungsbeschwerde* qui sont couronnées de succès : on peut y voir en effet une preuve que les juges ordinaires se sont soumis aux interprétations énoncées par lui, et prennent donc d'eux-mêmes en compte les droits fondamentaux tels qu'il les comprend¹⁰⁹⁶.

Le facteur matériel, la supériorité axiologique de la constitution, a pu suffire lorsque la situation n'était pas déjà conflictuelle. La doctrine allemande s'accorde ainsi pour considérer que le Bundesverwaltungsgericht, dans les premiers temps au moins, n'a pas fait de difficulté pour intégrer la constitution, et la constitution telle qu'interprétée par le juge constitutionnel, parmi ses outils de contrôle. En effet, il est le premier à avoir été institué en Allemagne : jusqu'alors, les États fédérés avaient toujours refusé l'idée d'une juridiction administrative fédérale. De ce fait, l'esprit de corps propre d'habitude à ce genre d'institution n'a pas pu s'établir, et le tribunal manque surtout de la légitimité qu'apporte la tradition. Dans un contexte rendu encore plus difficile par le caractère instable du droit administratif de l'après-guerre, qui doit avant tout régler à court terme les problèmes issus de la guerre et de la reconstruction, la constitution offre au juge administratif un point d'ancrage bienvenu. Sans compter qu'elle lui permet également d'élargir son champ de

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 9-12, citation p. 10.

¹⁰⁹⁵ « Damit konnte jede Störung privater Rechte zum Verfassungsverstoß werden und das Bundesverfassungsgericht wurde zur Überprüfung aller bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten berechtigt oder sogar verpflichtet » (ROELLECKE (Gerd), « Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Gerichtsbarkeit », HbStR, t. 3, p. 1221-1231, p. 1225).

¹⁰⁹⁶ On a ainsi pu relever que, parmi les censures prononcées par le Bundesverfassungsgericht, de moins en moins se fondent sur une insuffisante prise en compte par le juge ordinaire des droits fondamentaux : signe que celui-ci a intégré la jurisprudence constitutionnelle, qu'il a d'ailleurs pris l'habitude de citer (SCHLAICH, KORIOTH, *Bundesverfassungsgericht*, p. 183).

compétence¹⁰⁹⁷. Enfin, vers l'extérieur, le droit constitutionnel offre encore une sorte de paratonnerre scientifique : en faisant découler de lui le droit administratif, la doctrine comme les juges administratifs se protègent du regard critique des autres champs scientifiques. H.-C. Röhl y voit une stratégie tout à fait efficace de légitimation¹⁰⁹⁸.

Le droit administratif allemand a donc connu une révolution copernicienne après la seconde guerre mondiale : en se fondant sur la Loi fondamentale et sur l'interprétation qu'en donnait le Bundesverfassungsgericht comme un ordre de valeurs fondé sur la dignité humaine, donc sur l'individu, il a adopté une perspective subjective du droit administratif. Cette révolution s'est manifestée notamment par un changement d'adage : quand on considérait jusqu'alors avec Otto Mayer que « le droit constitutionnel passe, le droit administratif demeure » (1924), Fritz Werner affirme en 1959 que le droit administratif est du « droit constitutionnel concrétisé »¹⁰⁹⁹. Ainsi, l'assistance aux plus démunis, auparavant devoir objectif de l'État, est devenu droit subjectif de l'individu¹¹⁰⁰. C'est également, on l'a vu, la position du Bundesverfassungsgericht : d'une manière générale, on observe en effet une certaine proximité dans les conséquences que tirent ces deux cours de la Loi fondamentale, et des échanges certains dans leur jurisprudence¹¹⁰¹. Il est d'ailleurs tout à fait remarquable que la critique faite, en droit constitutionnel, à la compréhension de la constitution comme un ordre de valeurs devant orienter l'ensemble du droit se soit appliquée de la même manière au droit administratif – et dans la bouche des mêmes auteurs : Forsthoff voit dans la suprématie englobante accordée à la Loi fondamentale une « catastrophe originelle ». Quant aux partisans de cette évolution, ils la saluent également en soulignant le passage du droit administratif de l'état autoritaire [*Obrigkeitsstaat*] au droit administratif de la démocratie parlementaire¹¹⁰² – les mêmes lignes de front, donc, que pour ce qui regarde le droit constitutionnel.

¹⁰⁹⁷ Pour toute cette question, voir SCHÖNBERGER (Christoph), « Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht », in STOLLEIS (Michael), dir., *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berliner Wissenschaftsverlag, 2007, 103, p., p. 53-84, p. 61-66.

¹⁰⁹⁸ RÖHL, « Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie ? », p. 822, 828 sq. (voir également, signalé par lui, MÖLLERS (Christoph), « Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft », in SCHMIDT-ASSMANN (Eberhard), HOFFMANN-RIEM (Wolfgang), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, p. 131-164, 147 sq.)

¹⁰⁹⁹ « Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht » ; « Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht ». Cités dans SCHÖNBERGER, « Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht », p. 53. Même si l'auteur signale que le contraste traditionnel est un peu exagéré au regard de la réalité (p. 59).

¹¹⁰⁰ BVerwGE 1, 159

¹¹⁰¹ Pour un exemple fameux, voir la décision BVerwGE 1, 48, qui met en place l'argumentation conduisant à la libéralisation de l'économie reprise ensuite par le Bundesverfassungsgericht dans la décision sur la liberté d'installation des pharmaciens (BVerfGE 7, 377). Sur toute cette question, voir à nouveau Schönberger, « Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht », p. 70 sq., que nous résumons ici.

¹¹⁰² FORSTHOFF (Ernst), « Die Umbildung des Verfassungsgesetzes », FS Carl Schmitt, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, 330 p., p. 35 sq. ; BADURA (Peter), *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr, 1966, 27 p. ; les deux cités par Schönberger, « Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht », p. 56.

Le Bundesgerichtshof n'a pas été aussi aisé à convaincre. Il se considérait en effet comme une institution antérieure à la République fédérale allemande, et pour tout dire indépendante du régime politique dominant les territoires allemands. C'est notamment comme un signe de cette position particulière qu'il a fêté, peu de temps après son instauration, ses soixante-quinze ans : manière de rappeler qu'il ne devait rien au constituant de 1949, mais n'était que la continuation nécessaire du Reichsgericht établi en 1879¹¹⁰³. Le tribunal bénéficiait ainsi d'une tradition mieux installée que le Bundesverwaltungsgericht, et avait en plus l'avantage, contrairement à ce dernier, d'avoir été institué avant le Bundesverfassungsgericht (en 1950). Cette assurance l'a conduit à entrer en conflit à plusieurs reprises avec le juge constitutionnel dans leurs premières années.

Tout d'abord sur le fond, en prétendant développer une conception du droit qui ne se reposait pas en premier lieu sur la Loi fondamentale, et encore moins sur l'interprétation qu'en donnait le Bundesverfassungsgericht. S'il prend bonne note, comme ce dernier, de la formule de Radbruch et de la nécessité d'abandonner un positivisme trop strict, cela se traduit dans sa jurisprudence non pas par un recours à l'ordre de valeurs constitutionnel, mais par une forme de renaissance du droit naturel. Il se fonde par exemple sur de prétendues différences biologiques pour justifier des atteintes au principe d'égalité entre les sexes¹¹⁰⁴. À partir du moment, cependant, où le Bundesverfassungsgericht a pu censurer les décisions du Bundesgerichtshof au moyen de la *Verfassungsbeschwerde* (la décision *Lüth* déjà maintes fois citée exclut d'ailleurs toute référence à un ordre de valeurs naturel, tel que l'envisageait le Bundesgerichtshof en droit de la famille, et ne considère que celui établi par le *Grundgesetz*), celui-ci a dû se résoudre à abandonner progressivement sa jurisprudence pour adopter celle du tribunal constitutionnel. C'est ainsi qu'il a notamment utilisé l'idée d'ordre de valeur constitutionnel pour dégager un droit autonome de la personnalité, pouvant donner lieu à réparation, et ce contre une décision législative relativement

¹¹⁰³ HENNE (Thomas), « Die neue Wertordnung im Zivilrecht – speziell im Familien und Arbeitsrecht », in STOLLEIS, *Altes Recht und neue Verfassung*, p. 13-37, p. 16. L'auteur s'appuie sur JAUERNIG, « Der Bundesgerichtshof und das Zivilprozessrecht – Ein Rückblick auf 40 Jahre », in *40 Jahre Bundesgerichtshof*, Heidelberg, 1991, p. 28.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 13-20. Remarquons cependant que, dans la question particulière de l'égalité entre les sexes, le Bundesverfassungsgericht faisait à la même époque usage des mêmes prétendues différences biologiques pour déclarer conformes à la Loi fondamentale des atteintes grossières à l'égalité entre les sexes (condamnation de la seule homosexualité masculine, par exemple : BVerfGE 6, 389, 421 sq.). T. Henne fait cependant remarquer que si les principes dégagés se trouvent parfois être les mêmes, ils découlent de raisonnements différents ; par ailleurs, dans les faits, le Bundesverfassungsgericht ne justifie jamais ainsi une discrimination faite au détriment des femmes (*ibid.*, p. 15-20, 26-37). Au contraire, le Bundesgerichtshof utilise cette jurisprudence pour confirmer par exemple la préséance qui revient à l'héritier mâle, même cadet, sur sa sœur dans les transmissions d'exploitations agricoles. En effet, il existe une différence naturelle dans l'organisation des travaux agricoles, qui fait qu'une ferme doit être dirigée par un homme (arrêt du 5 mai 1959, JZ, 1959, p. 441-442 ; cf. également le commentaire de Fritz Baur (*ibid.*, p. 443-444), qui montre à quel point le Bundesgerichtshof détourne ainsi la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht). Il est à peine besoin de souligner le décalage avec une réalité où l'on sortait de six années de guerre, pendant lesquelles les hommes étaient plus souvent au front qu'aux champs).

À propos de l'évolution du Bundesverfassungsgericht sur cette question, on pourra se reporter à RODRIGUEZ RUIZ (Blanca), SACKSOFSKY (Ute), « Gender in the German Constitution », in BAINES (Beverley), RUBIO-MARIN (Ruth), dir., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 342 p., p. 149 sq.

explicite (inexistence d'un droit de la personnalité dans la loi, et échec récent d'un projet de loi qui avait visé à l'introduire), et en renversant sa propre jurisprudence, qui s'appuyait elle-même sur celle du Reichsgericht¹¹⁰⁵. On voit ici battue en brèche l'une de ces traditions fondées sur l'autorité judiciaire qu'il s'agissait pour le constituant de 1949 de combattre en instituant le Bundesverfassungsgericht¹¹⁰⁶. La décision *Soraya* rendue peu après par le juge constitutionnel a confirmé cette interprétation de la Loi fondamentale et cette audace jurisprudentielle. C'est précisément parce qu'il prenait matériellement en compte l'ordre supérieur qu'est l'ordre constitutionnel que le juge civil pouvait rendre une décision certes très discutable au regard des méthodes du droit civil, mais qui, parce qu'elle « sert justement à imposer et à protéger efficacement un droit que la constitution même regarde comme le point central de son système de valeurs » ne peut pas être critiquée du point de vue de cette constitution – et pas non plus donc, du point de vue d'un éventuel dépassement de ses pouvoirs par le juge face au pouvoir législatif¹¹⁰⁷.

Le même genre de développement peut être constaté en droit pénal, un droit d'autant plus particulier au regard de la Loi fondamentale qu'il était pour la plus grande part simplement repris de celui en vigueur dans l'État national-socialiste. Le Bundesverfassungsgericht a certes agi parfois lui-même, mais généralement avec retenue. Le contrôle exercé sur le Bundesgerichtshof a suffi à ce que celui-ci, après une première période d'indifférence dans les années 50, utilise de plus en plus fréquemment les principes constitutionnels tels qu'ils étaient dégagés par le Bundesverfassungsgericht¹¹⁰⁸.

Les éléments institutionnels et matériels ont donc permis, par leur utilisation conjointe, d'imposer dans une large mesure l'autorité du Bundesverfassungsgericht sur les juges ordinaires. Ces deux types d'éléments se renforcent l'un l'autre : c'est sur le fondement d'un ordre de valeurs constitutionnels embrassant tout le système juridique que le juge constitutionnel fonde l'extension de son pouvoir institutionnel ; en retour, ce pouvoir institutionnel lui permet d'imposer aux autres cours la réception probe des techniques d'interprétation qu'il utilise pour la constitution. L'argument matériel vaut toujours aujourd'hui : précisément à un moment où les catégories et les distinctions traditionnelles en droit tendent à être remises en question par des mutations internes, les influences

¹¹⁰⁵ Arrêt *Herrenreiter* (BGHZ 26, 349) : la personne dont la photographie a été utilisée, à son insu, pour une campagne de publicité du reste peu flatteuse (remède entre autre contre l'impuissance) peut être dédommagée de l'atteinte portée à droit de la personnalité, qui découle des art. 1 et 2 GG, et non comme c'était le cas jusqu'alors d'après le gain qu'il aurait pu tirer d'un éventuelle exploitation contractuelle de cette photographie.

¹¹⁰⁶ SCHLAICH, KORIOTH, *Bundesverfassungsgericht*, p. 132.

¹¹⁰⁷ BVerfGE, 34, 269, 291 (« Das Ergebnis [...] kann von der Verfassung her nicht beanstandet werden, wenn es gerade der Durchsetzung und dem wirksamen Schutz eines Rechtsgutes dient, das diese Verfassung selbst als Mittelpunkt ihres Wertsystems ansieht »). Sur le rapport entre *Herrenreiter* et *Soraya*, on peut se rapporter à KUNIG (Philip), in ALEXY, IPSEN, ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 34-74, p. 45-46.

¹¹⁰⁸ KUHLEN (Lothar), « Das Grundgesetz als Herausforderung für Strafprozess- und Strafrecht », in STOLLEIS, *Altes Recht und neue Verfassung*, p. 39-52.

externes et l'apparition de problématiques transversales, le rôle unificateur et surplombant de la constitution – et du juge constitutionnel avec elle – paraît à certains d'autant plus nécessaire¹¹⁰⁹.

§ 2 L'appui ultérieur du législateur

Il est arrivé à plusieurs reprises que le législateur intervienne lorsque le conflit ouvert entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire n'était pas résolu assez rapidement au bénéfice du premier. La chose n'est pas pour étonner outre-mesure puisque, comme on l'a vu, le pouvoir politique avait entendu donner au Bundesverfassungsgericht le pouvoir d'adapter l'état du droit à la nouvelle donne constitutionnelle. Surtout, l'intérêt est immédiat pour le Parlement : il s'épargne à la fois le temps infini que lui prendrait la réécriture de l'ensemble du système juridique, et surtout les débats de fond qui ne manqueraient pas de naître. On voit donc ici encore que les facteurs institutionnels se conjuguent pour encadrer le processus d'interprétation.

Le législateur peut ainsi intervenir dans un conflit qui ne peut être résolu autrement. Si la *Verfassungsbeschwerde* offre au Bundesverfassungsgericht une arme particulièrement efficace pour contrôler l'application par les autres juges de la constitution à l'égard des justiciables, elle ne lui permet pas pour autant de s'attaquer à tous leurs agissements. C'est ce qu'a révélé, en 1955-1956, la querelle des rapports d'expertise (*Gutachten-Streit*) qui opposa le juge constitutionnel au Bundesgerichtshof.

La procédure de contrôle concret (c'est-à-dire de renvoi préjudiciel par le juge d'une loi qu'il considère contraire à la Loi fondamentale) d'abord instituée prévoyait un filtre par la cour suprême de l'ordre concerné. Or ces cours suprêmes prirent l'habitude, dans le silence des textes, d'adjoindre à la question posée par le juge une note juridique sur la constitutionnalité de la loi, censée éclairer le juge constitutionnel. Quoique ces avis n'aient eu, cela va de soi, aucun pouvoir pour lier celui-ci, ils représentaient tout de même une intrusion assez importante des juges ordinaires dans le champ constitutionnel, et donc une tentative de co-légiférer en cette matière, d'égal à égal avec le juge spécialisé. Cette volonté est particulièrement visible dans le cas du Bundesgerichtshof, encore une fois celui qui s'opposa le plus frontalement au Bundesverfassungsgericht. Non content d'instituer en son sein une chambre spécialisée dans les questions constitutionnelles dont les notes étaient

¹¹⁰⁹ Ainsi de GERHARDT (Michael), « Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Parameter der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts » in TRUTE, GROSS, RÖHL, MÖLLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 735-748 (p. 747-748).

extrêmement détaillées (allant jusqu'à une soixantaine de pages), il prit l'initiative de les publier, soit dans des revues spécialisées, soit même dans le recueil officiel de ses décisions. On voit à quel point il cherchait par là à leur conférer une forme d'autorité qui obligerait le Bundesverfassungsgericht à les prendre en compte (d'autant qu'elles étaient en général publiées avant même la décision de celui-ci)¹¹¹⁰.

Le conflit éclata dans une décision du juge constitutionnel où celui-ci rappela que, malgré le silence des textes, « les déclarations faites sous forme de rapports d'expertise par les tribunaux transmettant la questions sont irrecevables », renversant par là une première jurisprudence qui se contentait de ne pas les interdire¹¹¹¹. Les présidents des cours suprêmes eurent beau jeu d'affirmer, dans une prise de position commune publiée dans la *Juristenzeitung*, qu'il ne s'agissait là que d'un *obiter dictum* qui ne les liait en rien. De fait, la question qui donnait lieu à la décision avait justement été posée sans passer par la voie des cours suprêmes, et comme telle déclarée irrecevable par le Bundesverfassungsgericht, sans qu'il soit nécessaire de se demander si les rapports étaient ou non autorisés (d'autant qu'il n'y avait pas de rapport, puisqu'il n'y avait pas eu de transmission)¹¹¹². Le Bundesverfassungsgericht répondit par la même voie de presse et délivra le commentaire autorisé de sa décision : l'interdiction d'adjoindre des rapports n'était en rien un *obiter dictum*, mais bien une des bases de la décision, et exigeait comme telle obéissance des autres juges¹¹¹³.

On voit bien qu'il s'agit ici d'une querelle impossible à vider, dans la mesure où aucune des parties n'a le moyen d'imposer sa solution à l'autre. À moins pour le Bundesverfassungsgericht de refuser systématiquement toutes les questions transmises accompagnées d'un rapport, on ne voit pas en effet comment il pouvait empêcher les cours suprêmes de continuer à agir de la sorte. Il fallut donc une intervention du législateur qui supprima la transmission par les cours et rendit du même coup la question caduque – au profit du Bundesverfassungsgericht, qui voyait ainsi son monopole sur l'interprétation de la Loi fondamentale confirmée.

Le législateur vint ensuite à nouveau porter secours au tribunal constitutionnel afin de lui permettre d'asseoir une forme de domination sur les autres cours. L'une des évolutions notables que connut l'organisation du Bundesverfassungsgericht est en effet la transformation, en 1986, des

¹¹¹⁰ Sur tout cet épisode, voir BALDUS (Manfred), « Frühe Machtkämpfe. Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts », in HENNE, (Thomas), RIEDLINGER (Arne), dir., *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, 592 p., p. 237-248, not. p. 245-246, que nous reprenons largement.

¹¹¹¹ « Gutachtliche Äußerungen der weiterleitenden Gerichte sind vielmehr unzulässig » (BVerfGE, 4, 358, 362).

¹¹¹² JZ, 1956, p. 90.

¹¹¹³ JZ, 1956, p. 135 sq.

commissions d'examen des requêtes (*Vorprüfungsausschüsse*) en chambres¹¹¹⁴ (*Kammer*) dotées du pouvoir de statuer sur les *Verfassungsbeschwerde*. Pour compenser le caractère restreint de cette formation (seuls trois juges siègent), elles ne peuvent le faire que s'il existe dans la jurisprudence d'un des *Senate* des précédents assez précis et établis pour que l'action de la chambre se réduise à une application pure et simple de ceux-ci, sans qu'elle ait de pouvoir d'appréciation propre¹¹¹⁵. Une forme de bouche de la loi, si l'on veut. L'intention assumée du législateur était de procurer ainsi au juge constitutionnel un moyen « d'imposer efficacement et rapidement sa jurisprudence à l'administration et aux tribunaux »¹¹¹⁶. En effet, la possibilité de rendre des décisions en formation restreinte devait, mécaniquement, permettre d'en rendre un plus grand nombre, et ainsi de faire face au flot des *Verfassungsbeschwerde* qui menaçait de submerger le tribunal ; on pense bien que les tribunaux ordinaires pouvaient profiter de cette saturation pour maintenir une solution même déjà tancée par le tribunal constitutionnel, sachant que celui-ci ne pouvait de toutes manières pas assurer un suivi rapide et efficace de sa propre jurisprudence.

L'efficacité de cette réforme a pu être observée pour ce qui regarde le domaine de l'exécution des peines. Les résistances des juges, rattachés à la juridiction judiciaire, était particulièrement fortes lorsqu'il s'agissait d'appliquer les principes de droit public qu'utilise plus naturellement le juge constitutionnel. Les *Oberlandesgerichte* ont ainsi refusé pendant plusieurs dizaines d'années d'exiger un fondement légal aux mesures disciplinaires prises dans les prisons, alors que le Bundesverfassungsgericht répétait dans plusieurs décisions qu'il y a avait là une atteinte aux droits fondamentaux. Dans ce genre de contextes, le plus grand nombre de plaintes que peuvent traiter des chambres est un moyen de répondre à ces résistances des juges ordinaires¹¹¹⁷.

Encore s'agissait-il dans ce cas de faire reconnaître une décision de principe. Les décisions des chambres sont aussi particulièrement utiles lorsque la décision de principe est assez vague pour pouvoir être aisément contournée par le juge ordinaire. Le droit des étrangers en fournit un bon exemple, puisque l'administration et les juges administratifs ont, d'après le Tribunal constitutionnel, une certaine tendance à traiter les questions touchant aux retraits de titre de séjour et aux expulsions

¹¹¹⁴ La traduction du terme pose problème : *Kammer* signifie littéralement « chambre », mais il est également usuel de traduire *Senat* (c'est-à-dire la formation normale, à huit juges, du Bundesverfassungsgericht) par « chambre ». Par fidélité linguistique et souci de ne pas alourdir davantage le texte, nous utiliserons le terme « chambre » pour traduire *Kammer*, sauf les cas où l'on parle de « première » ou de « deuxième chambre » ; il s'agira alors du *erster* ou du *zweiter Senat*.

¹¹¹⁵ Cf. le § 93 C BVerfGG : « si la question de droit constitutionnelle pertinente pour juger la *Verfassungsbeschwerde* a déjà été tranchée par le Bundesverfassungsgericht » (« ... ist die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgebliche verfassungsrechtliche Frage durch das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden »).

¹¹¹⁶ « seine Rechtsprechung gegenüber der Verwaltung und den Gerichten schnell und effektiv durchzusetzen » (Drucksachen des Deutschen Bundestags projet de loi du 28 février 1985, 10/2951, p. 7).

¹¹¹⁷ Voir notamment BVerfGE, 116, 169, 181 sq., 191, et l'analyse du rôle des chambres dans Gerhardt, « Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit... » in TRUTE, GROSS, RÖHL, MÖLLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 735-748, p. 739.

un peu trop rapidement, rendant leurs décisions de manière assez automatique. Au contraire, le Bundesverfassungsgericht attache une importance particulière à ce que les situations individuelles concrètes soient à chaque fois étudiées minutieusement, afin notamment de protéger efficacement le droit à une vie familiale normale (nous l'avons vu dans la première partie de ce travail). Pour imposer ce contrôle poussé de chaque cas, il est nécessaire, justement, d'étudier chaque cas : ici encore, le nombre des décisions en cause ne pourrait pas être traité par le tribunal, et seule la subdivision en chambres permet d'affiner petit à petit la jurisprudence et d'imposer au juge administratif un examen plus sérieux des décisions individuelles, sans se contenter d'appréciations sommaires¹¹¹⁸.

En somme, législateur et juge constitutionnel, malgré toutes leurs tensions internes, semblent former un attelage plutôt harmonieux lorsqu'il s'agit de s'opposer au juge ordinaire. Le premier a donné au deuxième les outils pour s'imposer face au troisième, malgré une position au départ égale – et ne semble pas décidé, malgré les critiques qu'on peut faire à ce pouvoir sans véritable limite, à les remettre en cause. En retour, le Bundesverfassungsgericht encadre suffisamment certains domaines pour que les conflits de principe qui remueraient le plus violemment le Parlement soient en fait exclus dès le départ. Il est significatif à cet égard que le délai qui avait été donné par la Loi fondamentale au pouvoir législatif pour réformer entièrement le droit de la famille et le débarrasser de toutes les dispositions contraires aux nouvelles valeurs constitutionnelles se soit écoulé sans qu'intervienne une telle réforme. Au contraire, c'est au fur et à mesure (jusque dans les années 70), et d'après les décisions du Bundesverfassungsgericht, que ce droit a été rendu conforme aux droits fondamentaux énoncés par le *Grundgesetz*. Sans donc, c'est ce qui nous intéresse ici, le dialogue qu'on aurait pu attendre avec le juge judiciaire, lequel se considérait pourtant comme le dépositaire de ce droit¹¹¹⁹. Malgré cette prétention, il s'est retrouvé pris en tenaille par deux pouvoirs qui allaient dans la même direction : le juge constitutionnel qui pouvait censurer ses décisions, le législateur qui lui imposait un droit de la famille plus indépendant de la tradition.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, p. 738.

¹¹¹⁹ Sur ce point, voir HERMES (Georg), in ALEXY, IPSEN, ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 119-150, p. 140 ; SCHUPPERT (Gunnar Folke), BUMKE (Christian), *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des "einfachen" Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, 104 p., p. 10-11.

Section 2 Les limites de la Verfassungsbeschwerde

Ce pouvoir qu'a acquis le Bundesverfassungsgericht avec l'aide du législateur et de sa propre jurisprudence n'est pas sans poser problème : il révèle en effet une forme de contradiction interne à l'architecture institutionnelle allemande. D'une part, ce tribunal n'est pas censé être supérieur aux autres, d'autre part il a la possibilité de contrôler les décisions de ceux-ci, donc en définitive de leur imposer sa propre lecture de la constitution comme des lois. La portée pratique de la *Verfassungsbeschwerde* méconnaît donc la séparation des pouvoirs telle qu'elle est organisée en Allemagne.

Le discours du juge semble ignorer cette contradiction : il existerait une différence claire entre la mission qu'il remplit et la tâche d'une cour offrant un nouveau recours au justiciable contre une décision rendue en sa défaveur. Il rappelle donc régulièrement depuis la décision *Lüth* que « ce n'est pas affaire au tribunal constitutionnel de contrôler entièrement les arrêts du juge civil », et qu'il n'a pas vocation « à agir comme une instance de cassation, voire de super-cassation face aux juges civils ». Son travail se limite à vérifier que les droits fondamentaux n'ont pas été méconnus à cette occasion¹¹²⁰. Ainsi, c'est une différence de nature entre droit constitutionnel et droit ordinaire que doit mettre en avant le Bundesverfassungsgericht pour justifier l'autorité qu'il veut exercer sur les autres tribunaux¹¹²¹. Si elle était avérée, elle pourrait instaurer une limitation fonctionnelle de son domaine par rapport à celui des juges ordinaires ; mais c'est justement parce que la distinction tend à être extrêmement floue, surtout d'après l'interprétation extrêmement large faite des droits fondamentaux dans l'arrêt *Elfes*, que cette limitation fonctionnelle ne fonctionne pas, et que le juge constitutionnel module en réalité son contrôle d'après des considérations matérielles¹¹²².

La vivacité des débats menés par la doctrine confirme cette hypothèse : l'auto-limitation théorique du juge constitutionnel face aux juges ordinaires reste largement illusoire, comme l'attestent de récentes extensions de son contrôle (§ 1). Cela explique les mouvements rebelles qu'on observe chez les autres juges (§ 2).

¹¹²⁰ « es ist nicht Sache des Verfassungsgerichts, Urteile des Zivilrichters in vollem Umfange auf Rechtsfehler zu prüfen [...] Sowenig das Bundesverfassungsgericht berufen ist, als Revisions- oder gar "Superrevisions"-Instanz gegenüber den Zivilgerichten tätig zu werden, sowenig darf es von der Nachprüfung solcher Urteile allgemein absehen und an einer in ihnen etwa zutage tretenden Verkennung grundrechtlicher Normen und Maßstäbe vorübergehen. » (BVerfGE 7, 198, 207).

¹¹²¹ RÖHL, « Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie ? », p. 824.

¹¹²² Cf. HEUNER (Werner), *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, 95 p., p. 31-35

§ 1 Une auto-limitation illusoire

Pour le Bundesverfassungsgericht, la Loi fondamentale, correctement interprétée, suffit à régler le problème : elle lui confie le contrôle du seul « droit constitutionnel spécifique », pour reprendre l'expression devenue habituelle. L'application du droit ordinaire, en revanche, reste du seul ressort du juge. Tout comme c'est une interprétation de la constitution qui a élargi le champ de son contrôle, c'est une autre interprétation qui doit limiter l'immixtion du juge constitutionnel dans la justice ordinaire, puisque le seul objet de son contrôle est la bonne prise en compte des droits fondamentaux (ce qui suppose un contrôle de l'interprétation de ceux-ci, et de l'interprétation de la loi aux regards de ceux-ci). Le problème est précisément que l'interprétation, objet du contrôle, est plus une tête de pont qu'une frontière, comme le constate la doctrine (1). L'interprétation constitutionnelle a même encore récemment servi au Bundesverfassungsgericht pour étendre l'intensité de son contrôle, jusqu'à toucher les méthodes du juge ordinaire (2).

a. Apories de l'auto-limitation

Le Bundesverfassungsgericht a systématisé sa position sur les limites de son contrôle lors d'une *Verfassungsbeschwerde* en une formule connue comme la « formule de Heck », du nom du juge rapporteur pour la décision où elle apparut. La frontière entre sa propre compétence et celle des tribunaux ordinaires y est tracée par la notion de « droit constitutionnel spécifique » : l'établissement et la qualification des faits, ainsi que l'interprétation et l'application du droit ordinaire relèvent uniquement du juge ordinaire, et le juge constitutionnel ne peut intervenir qu'en cas d'atteinte à ce droit constitutionnel spécifique. Si l'on a en tête les décisions *Elfes* et *Lüth*, on se rend bien compte de la fragilité de cette position, puisque on avait vu que toute atteinte à la Loi fondamentale, y compris donc par le simple fait de méconnaître le droit, pouvait fonder une *Verfassungsbeschwerde*. Ainsi, le Bundesverfassungsgericht précise qu'il « ne suffit pas qu'une décision soit objectivement fautive au regard du droit ordinaire pour que l'atteinte au droit constitutionnel spécifique soit constituée »¹¹²³. On voit ici une forme de contradiction interne dans la position du tribunal, dont témoigne le concept malaisé à saisir de « droit constitutionnel spécifique ». Le résumé formulé par le tribunal constitutionnel montre quel est le véritable point qui établit une limite au contrôle du juge :

Les procédés normaux de subsomption internes au droit ordinaire sont ôtés au contrôle du Bundesverfassungsgericht tant qu'on n'y relève pas d'erreurs d'interprétation reposant sur une conception *essentiellement* fautive de la

¹¹²³ « Spezifisches Verfassungsrecht ist aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft » (BVerfGE 18, 85, 92).

signification d'un droit fondamental, en particulier de son emprise et de son domaine de protection, et étant par ailleurs dans leur portée matérielle pour le cas concret *d'un certain poids*.¹¹²⁴

Comme le montrent les deux expressions soulignées, sous les apparences d'une distinction de nature entre ce qui relève du droit ordinaire et ce qui relève du droit constitutionnel, on trouve en réalité une simple différence de degré : est du droit constitutionnel spécifique une erreur particulièrement grave, et aux conséquences importantes, dans l'interprétation des droits fondamentaux. Malgré les tentatives qui ont pu être faites pour dégager doctrinalement une séparation claire entre les deux domaines du droit, en se fondant par exemple sur une distinction entre droit des droits fondamentaux et droit qui ne touche pas les droits fondamentaux, la conception d'un système juridique soumis au système de valeurs de la Loi fondamentale est trop englobant pour permettre qu'une partie du droit échappe par essence à la juridiction constitutionnelle¹¹²⁵.

L'autre moyen de poser des bornes au contrôle mené par le Bundesverfassungsgericht a été de se fonder sur un autre type d'approche fonctionnelle : d'après la formule dégagée par Ekkehard Schumann et adoptée par les juges constitutionnels, le tribunal devrait se restreindre à censurer les arrêts dont la solution, si elle était formulée abstraitement par une loi, serait censurée même dans un contrôle abstrait¹¹²⁶. Ce faisant, on assumerait simplement le rôle que tient le juge dans la détermination concrète du texte de loi, et le contrôle serait justifié puisqu'il serait le même que celui opposé au législateur¹¹²⁷. Cependant, ce critère n'offre pas de garanties suffisantes : il reconnaît en réalité au juge un pouvoir législatif, puisque celui-ci peut énoncer des normes que le législateur, peut-être, n'avait précisément pas voulu prendre. De ce fait, si la formule est généralement reconnue, elle est en réalité insuffisante pour rendre compte de la jurisprudence constitutionnelle¹¹²⁸.

Force est donc de s'en remettre à un contrôle portant sur le degré de l'atteinte au droit constitutionnel, ce qui fragilise tout de même l'idée même d'un droit constitutionnel spécifique. Au

¹¹²⁴ « Allgemein wird sich sagen lassen, daß die normalen Subsumtionsvorgänge innerhalb des einfachen Rechts so lange der Nachprüfung des Bundesverfassungsgerichts entzogen sind, als nicht Auslegungsfehler sichtbar werden, die auf einer *grundsätzlich* unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall *von einigem Gewicht* sind » (*ibid.*, 93 ; nous soulignons).

¹¹²⁵ Pour cette tentative, voir par exemple BENDER (Michael), *Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 1991, 446 p., p. 210-269, et la critique qui en est faite dans SCHLAICH, KORIOTH, *Bundesverfassungsgericht*, p. 196-197.

¹¹²⁶ SCHUMANN (Ekkehard), *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963, 380 p., p. 206.

¹¹²⁷ De la même manière que, dans certains cas où la construction du droit par le juge est la règle (comme c'est le cas en droit du travail, où très peu de lois encadrent le travail judiciaire), le contrôle exercé par le Bundesverfassungsgericht s'apparente en réalité à un simple contrôle de la loi (SCHLAICH, KORIOTH, *Bundesverfassungsgericht*, p. 201).

¹¹²⁸ Cf. KUNIG (Philip), in Alexy, Ipsen, Erbguth, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 66.

delà même des cas où le tribunal s'affranchit de cette théorie et se comporte à l'évidence comme un nouveau degré de juridiction¹¹²⁹, la doctrine s'accorde d'ailleurs pour considérer qu'il décide, dans le cadre de la formule de Heck, au cas par cas ; tout au plus peut-on reconnaître une forme de régularité dans le rapport entre l'importance accordée au droit fondamental éventuellement bafoué et l'intensité du contrôle mené. Or cette manière de déterminer ce qui relève du droit constitutionnel spécifique revient en réalité à nier la raison qui avait conduit à élaborer cette notion : alors qu'elle devait permettre de garantir que l'application du droit ordinaire, notamment la qualification des faits, reste du seul ressort du juge ordinaire, le Bundesverfassungsgericht s'est à plusieurs reprises permis d'étendre jusque là son contrôle, lorsque l'importance du droit fondamental en cause lui semblait l'exiger, jusqu'à reprendre l'ensemble de l'affaire¹¹³⁰. Schlaich et Koriöth relèvent ainsi que la problématique de l'instance de cassation se trouve dépassée lorsque les juges de Karlsruhe agissent comme une instance d'appel en ce qu'ils examinent également les faits¹¹³¹. On citera pour seul exemple la décision « *Soldaten sind Mörder* » : pour considérer qu'il n'y avait pas là d'insulte qui dépasserait les bornes de la liberté d'expression et pourrait fonder une condamnation (on doit traduire *Mörder* par « assassin » plutôt que par « meurtrier »), ils ont dégagé les significations possibles du mot que les tribunaux ordinaires avaient ignorées – et pour cause : il s'agit des significations qui ne relèvent ni du langage familier, ni de la langue juridique¹¹³².

Le lien avec l'interprétation générale de la Loi fondamentale développée par le Bundesverfassungsgericht est d'autant plus évident que l'argument de la *Wertordnung* est régulièrement utilisé par le juge pour justifier son intrusion dans le domaine du juge ordinaire. On a vu que c'était déjà le cas dans la décision *Lüth*, mais on doit encore signaler que, loin d'être en déclin, la notion est parfois ajoutée au support d'une solution déjà établie : en 1999, le Bundesverfassungsgericht se contentait d'une référence à la réforme constitutionnelle pour affirmer que la volonté du constituant avait été de soumettre aussi le droit civil à l'interdiction des discriminations fondées sur un handicap¹¹³³. L'année suivante, le tribunal reformule son

¹¹²⁹ Voir les exemples donnés dans Schlaich, Koriöth, *Bundesverfassungsgericht*, p. 180 ; ils sont rares, et parfois assumés par les juges eux-mêmes, comme étant la seule manière de rendre justice dans le cas précis (voir ainsi l'aveu de Ernst Benda, quant à des délibérations auxquelles il avait participé : « Diskussionsbeitrag », in Bogs (Harald), dir., *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 179 p., p. 128).

¹¹³⁰ KUNIG (Philip), in ALEXY, IPSEN, ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 49-54.

¹¹³¹ « Das Bundesverfassungsgericht ist in den genannten Entscheidungen nicht eigentlich ein Revisionsgericht, sondern sogar eine Tatsachen- und Berufungsinstanz » (SCHLAICH, KORIOETH, *Bundesverfassungsgericht*, p. 192)

¹¹³² « In den vorliegenden Fällen bestanden Alternativen zu der von den Gerichten angenommenen Deutung, die Soldaten der Bundeswehr würden Mördern im strafrechtlichen oder im umgangssprachlichen Sinn gleichgestellt » (« Dans les cas de l'espèce, il existait d'autres significations que celles adoptées par les tribunaux, selon lesquelles les soldats seraient comparés à des meurtriers au sens du droit pénal ou du langage familier », BVerfGE, 93, 266, 298).

¹¹³³ « L'interdiction de désavantager les personnes handicapées vaut également, d'après la volonté du constituant, pour le droit civil et oblige à examiner les lois relevant du droit privé » (« Das Verbot der Benachteiligung Behinderter wirkt

raisonnement. Ce n'est plus seulement la volonté du constituant qui justifie le carcan imposé au juge ordinaire, mais cette volonté en tant qu'elle modifie l'ordre de valeurs de la Loi fondamentale¹¹³⁴. Cette modification nous semble être particulièrement significative pour deux raisons. D'abord parce qu'il s'agit d'une décision de chambre. Comme nous allons le voir, leur légitimité est plus âprement disputée que celle du Bundesverfassungsgericht dans ses formations habituelles. On pourrait donc conclure de cette décision que la *Wertordnung* est convoquée pour suppléer cette fragilité essentielle. Cela ne ferait que renforcer notre hypothèse selon laquelle le sens donné par le tribunal à la Constitution est l'un des piliers de son pouvoir. Ensuite parce que le conflit ne portait pas sur une loi, contrairement au précédent invoqué, mais sur une décision prise par le juge en l'absence de toute loi lui permettant de trancher. Un locataire avait en effet demandé à son propriétaire d'installer à ses frais dans la cage d'escalier de l'immeuble un ascenseur d'escalier pour sa femme handicapée, et contestait devant les tribunaux le refus essuyé. Puisque, comme le remarque la chambre, il n'existe pas de disposition législative particulière sur l'adjonction des ascenseurs d'escalier, le juge avait dû décider d'après les principes généraux du droit des contrats, et aurait dû prendre à ce moment en compte les droits fondamentaux qui entraient en jeu¹¹³⁵. Là aussi, la référence à la *Wertordnung* pourrait avoir pour fonction de mieux assurer une décision empiétant plus visiblement et plus profondément dans le domaine du juge ordinaire : celui-ci n'avait pas seulement méconnu la portée d'un droit fondamental sur une loi (auquel cas la décision portait finalement plus sur la loi que sur son propre travail), mais avait réglé de lui-même une situation qui semblait risquer d'échapper au droit.

Les critères permettant de délimiter le domaine d'intervention du Bundesverfassungsgericht sont donc trop aisément malléables pour véritablement contraindre celui-ci. Il est généralement reconnu que la formule de Heck « permet dans de nombreux cas de fonder de la même façon, selon les règles de l'art, des résultats opposés », et certains avancent même qu'au regard de la jurisprudence actuelle, et malgré la persistance formelle de cette formule, le juge constitutionnel déciderait sans doute aujourd'hui à l'inverse de ce qu'il avait fait en 1964, dans la décision qui la vit apparaître¹¹³⁶. Les juges eux-mêmes reconnaissent parfois que le critère de la méconnaissance

nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers auf das Zivilrecht ein und zwingt zur Überprüfung privatrechtlicher Gesetze », BVerfGE 99, 341, 356 : l'interdiction faite par le BGB aux muets analphabètes célibataires de tester méconnaît ce principe de non-discrimination) .

¹¹³⁴ « D'après la volonté du constituant, l'interdiction de désavantager les personnes handicapées influence aussi, en tant que part de l'ordre de valeurs objectif, l'interprétation du droit civil » (« Nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers fließt das Verbot der Benachteiligung Behinderter als Teil der objektiven Wertordnung aber auch in die Auslegung des Zivilrechts ein » ; Bundesverfassungsgericht (Kammer), 1 BvR 1460/99 (28 mars 2000), § 20).

¹¹³⁵ *Ibid.*, § 18.

¹¹³⁶ KUNIG (Philip), in ALEXY, IPSEN, ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 49 ; voir

« essentielle » (*grundsätzlich*) de la portée d'un droit fondamental constitue en réalité un « arcane » de la jurisprudence constitutionnelle¹¹³⁷. Par conséquent, les commentateurs en sont réduits à constater que « la pratique est dominée par une forme de pragmatisme, et que la résignation s'est établie parmi la doctrine »¹¹³⁸.

En définitive, le respect par le juge constitutionnel d'un domaine réservé du juge ordinaire semble dépendre entièrement de son bon vouloir, et ne pas pouvoir être contraint par les formules dégagées à cet effet. Ici encore, nous voyons la lointaine conséquence de l'interprétation mimétique mise en œuvre par le Bundesverfassungsgericht.

b. Les extensions récentes du contrôle sur le juge ordinaire

Malgré ces critiques, la campagne victorieuse de la *Verfassungsbeschwerde* ne semble pas devoir s'arrêter, ni se restreindre le contrôle exercé par le juge constitutionnel sur le juge ordinaire à la manière d'une cour suprême. C'est au moins ce que laissent supposer deux exemples récents : l'utilisation par le Bundesverfassungsgericht du droit international comme un cheval de Troie pour étendre son emprise sur les juges (1) et son examen des méthodes utilisées par ceux-ci (2).

1) Le contrôle par le biais du droit international

Les traités ont en Allemagne le rang hiérarchique des lois fédérales¹¹³⁹. De ce fait, leur application par les tribunaux ordinaires ne peut en toute logique pas donner lieu à un recours en *Verfassungsbeschwerde* : il s'agirait de droit ordinaire, et non des droits fondamentaux. On a déjà signalé cependant que le Bundesverfassungsgericht avait découvert un principe constitutionnel « d'ouverture internationale et de conformité par principe de la Loi fondamentale au droit des gens »¹¹⁴⁰, et qu'il en a tiré le devoir d'interpréter le droit de manière à respecter le droit international, ce qui permettait d'éviter les éventuels conflits de norme entre un traité et une loi postérieure le contredisant¹¹⁴¹.

Du même coup, cependant, le juge constitutionnel s'est encore donné un moyen de contourner le principe selon lequel l'application du droit ordinaire revient par principe au juge

également la critique dans ROELLECKE (Gerd), « Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Gerichtsbarkeit », HbStR, t. 3, p. 1221-1231.

¹¹³⁷ BÖCKENFÖRDE (Ernst-Wolfgang), « Grundrechte als Grundsatznormen », *Der Staat*, 29, 1990, p. 1 sq., p. 9

¹¹³⁸ HERMES (Georg), in Alexy, Ipsen, Erbguth, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 146.

¹¹³⁹ Art. 59 GG.

¹¹⁴⁰ BVerfGE 92, 26, 48.

¹¹⁴¹ Voir *supra*, ch. 2, section 2, § 2, a.

ordinaire. Il a en effet déduit de ce principe l'obligation pour celui-ci de prendre en compte les décisions des tribunaux internationaux (même pour l'application du droit purement interne, notamment lorsque la jurisprudence internationale s'applique également à des droits fondamentaux protégés par le *Grundgesetz*) ; et puisque c'est d'un principe constitutionnel qu'il s'agit, sa méconnaissance peut lui donner prétexte à réformer le jugement en question. Ainsi, les techniques d'interprétation utilisées par le juge ordinaire se retrouvent elles aussi contrôlées par le juge constitutionnel : « Tant que, tout en restant dans le cadre des standards méthodiques en vigueur, des marges existent pour l'interprétation ou la pondération, les tribunaux allemands ont le devoir de donner la priorité à l'interprétation conforme à la Convention [EDH] »¹¹⁴².

2) *Le contrôle portant sur les méthodes du juge ordinaire*

La deuxième extension est de plus grande importance encore : éventrant l'une des digues bâties avec la formule de Heck, le Bundesverfassungsgericht se reconnaît le droit de faire porter son contrôle sur les techniques d'interprétation utilisées par le juge ordinaire. Il ne s'agit donc même pas de la protection directe d'un droit fondamental, simplement du principe d'État de droit.

La question portait sur le calcul des pensions alimentaires versées suite à un divorce. Le Bundesgerichtshof avait modifié depuis 2003 sa jurisprudence, jusqu'à adopter la méthode dite « de division par trois » (*Dreiteilungsmethode*). Il considérait en effet que la pension, calculée d'après les revenus du couple au jour du divorce, pouvait être modifiée en fonction des évolutions familiales des personnes. Ainsi, si le conjoint versant la pension venait à se remarier, on devrait prendre en compte tout autant les droits de l'ancien conjoint que ceux du nouveau. Dans ce cas, la somme devrait être calculée d'après les revenus de l'ensemble des personnes concernées, par une division égale entre elles. Entre temps, le législateur avait adopté une réforme d'ampleur sur cette question, affaiblissant les droits du conjoint bénéficiaire de la prestation pour tenir compte des évolutions sociales et renforcer la responsabilité individuelle des personnes : le développement du travail et de l'instruction des femmes ne justifiaient plus la protection extrêmement forte accordée au conjoint recevant la pension. L'article concernant la base de calcul de la pension, en revanche, n'a pas été modifié : il dispose toujours que « sa mesure [...] se détermine d'après le niveau de vie matrimonial. La pension comprend l'ensemble des besoins » (§ 1578 BGB) ; on lui a seulement ajouté un alinéa permettant de baisser la somme due, ou de limiter dans le temps son versement, si ce mode de

¹¹⁴² « Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben » (BVerfGE, 111, 307, 329).

calcul conduisait à un résultat injuste (*unbillig*), sans plus de précision sur la nature de cette injustice.

Le Bundesverfassungsgericht condamne la jurisprudence du Bundesgerichtshof en se fondant notamment sur la volonté, au moins implicite, du législateur de ne pas modifier fondamentalement le mode de calcul des pensions alimentaires. Le juge civil aurait en revanche, par la méthode de calcul qu'il a introduite, complètement occulté le principe voulu par le législateur (se fondant non plus sur « le niveau de vie matrimonial », c'est-à-dire arrêté au moment du divorce, mais sur « le niveau de vie matrimonial changeant », prenant donc en compte les évolutions ultérieures), et l'aurait remplacé par le sien au nom du sentiment de justice. Ce faisant, il aurait « outrepassé les limites autorisées de la construction du droit par le juge »¹¹⁴³.

Quoi qu'on pense de la jurisprudence du Bundesgerichtshof, son contrôle n'est normalement pas permis au juge constitutionnel dans la mesure où n'est pas en jeu un droit fondamental. Le tribunal répète d'ailleurs l'affirmation traditionnelle selon laquelle « l'interprétation du droit ordinaire, le choix des méthodes pour ce faire et l'application au cas concret sont l'affaire du juge ordinaire compétent, et leur justesse n'a pas être contrôlée par le Bundesverfassungsgericht ». Mais c'est pour nuancer aussitôt : ce n'est plus le cas lorsque le juge bafoue par là le droit constitutionnel¹¹⁴⁴. On se retrouve finalement toujours au même point : le juge constitutionnel n'intervient pas dans les affaires du juge ordinaire, sauf lorsqu'est en jeu le droit constitutionnel. Et la même question revient donc toujours, de savoir ce qui est précisément du droit constitutionnel – et qui peut en décider. En utilisant les critères apparus dans la décision *Elfes*, le Bundesverfassungsgericht se donne encore les moyens de le délimiter très largement : en relève la décision de justice qui restreint la liberté générale d'action (c'est-à-dire apparemment potentiellement toute décision) combinée au respect de l'État de droit en ne respectant pas « les frontières d'une interprétation défendable »¹¹⁴⁵.

Or les critères de cette interprétation défendable ne sont pas sans intérêt : le juge « doit dans ce cadre suivre les méthodes reconnues de l'interprétation des lois », c'est-à-dire, comme le montre le détail du contrôle effectué ainsi que les renvois jurisprudentiels les interprétations littérale, systématique, téléologique et historique (cette dernière au sens de l'intention du législateur telle

¹¹⁴³ « Mit diesem Systemwechsel überschreitet sie die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung » (BVerfGE 128, 193, 211) ; pour l'examen détaillé de la jurisprudence du Bundesgerichtshof, voir 211-218.

¹¹⁴⁴ « Die Auslegung des einfachen Rechts, die Wahl der hierbei anzuwendenden Methoden sowie seine Anwendung auf den Einzelfall sind Sache der dafür zuständigen Fachgerichte und vom Bundesverfassungsgericht nicht auf ihre Richtigkeit zu untersuchen. Nur wenn die Gerichte hierbei Verfassungsrecht verletzen, kann das Bundesverfassungsgericht auf eine Verfassungsbeschwerde hin eingreifen » (BVerfGE, *ibid.*, 209).

¹¹⁴⁵ « ... in den Grenzen vertretbarer Auslegung » (*ibid.*).

qu'elle peut être déterminée par les travaux parlementaires)¹¹⁴⁶. Le Bundesverfassungsgericht utilise donc comme critère de contrôle des concepts dont on a vu, d'une part, la fragilité, et d'autre part qu'il ne se sent pas tenu par eux. Cela rend son immixtion dans le travail des juges ordinaires, et son argument selon lequel il ne serait toujours pas une nouvelle instance de cassation, mais seulement le juge du droit constitutionnel, hautement critiquables. D'autant que l'application qu'il en fait n'est pas nécessairement pour convaincre : non seulement la jurisprudence du BGH, comme il le reconnaît lui-même, certes débattue, était tout de même acceptée par une partie de la doctrine (dont on peut espérer qu'elle ait la formation juridique suffisante pour interpréter un texte) ; surtout, le détail de son raisonnement ne convainc pas toujours : ainsi, il ne paraît pas évident de rejeter comme il le fait l'argument selon lequel le législateur, en ne modifiant pas le § 1578 BGB lors de sa réforme alors même qu'il avait connaissance de la jurisprudence civile, l'avait implicitement tolérée. Le Bundesgerichtshof quant à lui dégagait une autre volonté du législateur à laquelle correspondait sa jurisprudence¹¹⁴⁷. Mais pour décider si cette interprétation est ou non « défendable », on voit bien que ce n'est pas tant sa force de conviction qui compte (puisque'il n'est pas d'arbitre pour trancher), mais la position de force qu'occupe le juge constitutionnel grâce à ses pouvoirs institutionnels¹¹⁴⁸.

La question, dans cet arrêt, n'est pas de savoir si le Bundesverfassungsgericht a bien fait de mettre un terme à une forme de gouvernement des juges. Cette position, adoptée par un commentateur de l'arrêt¹¹⁴⁹, méconnaît en effet le problème de fond : à partir du moment où même l'usage des techniques d'interprétation, donc le travail juridique lui-même, peut faire l'objet d'un contrôle, rien ne peut plus limiter le contrôle exercé par le Bundesverfassungsgericht sur les juridictions ordinaires, et rien ne l'empêche donc de se faire cour suprême. Loin d'être « fichues », « les théories selon lesquelles l'obéissance des tribunaux à la loi serait un "rêve irréalisables" »¹¹⁵⁰ ont seulement remonté d'un cran, et concernent le Bundesverfassungsgericht. S'il y a quelque chose de fichu, c'est l'idée d'une égalité entre celui-ci et les autres cours suprêmes. On préférera donc l'idée selon laquelle le juge constitutionnel ne voulait pas tant mettre un coup d'arrêt au pouvoir des juges ordinaires face à la loi qu'il ne poursuivait des buts propres. Mais il ne nous semble pas qu'il faille limiter ceux-ci au cas d'espèce¹¹⁵¹ : bien plus que la question des pensions alimentaires, c'est une question institutionnelle que le Bundesverfassungsgericht règle ici, celle de savoir jusques à où

¹¹⁴⁶ « Er hat hierbei den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu folgen », *ibid.*, 210 ; voir aussi 218-222.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, 203-204.

¹¹⁴⁸ On se reportera également au commentaire de V. Rieble, pour qui le Bundesverfassungsgericht a employé toutes les techniques possibles pour déterminer une signification particulièrement étroite et statique du « niveau de vie matrimonial », afin que la lecture plus ouverte qu'en fait le Bundesgerichtshof la méconnaisse (RIEBLE (Volker), « Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG », NJW, 2011, p. 819-822, p. 819).

¹¹⁴⁹ Voir RÜTHERS (Bernd), « Klartext zu den Grenzen des Richterrechts », NJW, 2011/26, p. 1856-1858, p. 1858

¹¹⁵⁰ « Theorien, wonach die Gesetzesbindung der Gerichte ein „unerfüllbarer Traum“ sei, haben sich damit für die Gerichtspraxis in der Bundesrepublik erledigt » (*ibid.*).

¹¹⁵¹ Comme le fait Rieble (« Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG », NJW, 2011, p. 819-822, p. 820).

porte son contrôle.

Par cette décision sur la *Dreiteilungsmethode*, le juge n'a pas vraiment changé la nature de son pouvoir sur les autres juridictions. Il a plutôt poussé à son terme l'évolution engagé depuis l'arrêt *Elfes*, comme le montre d'ailleurs la persistance des formules et les nombreux précédents desquels il peut se réclamer. Désormais, en incluant les techniques d'interprétation, et non plus seulement les résultats auxquels on pouvait parvenir, dans les objets de son contrôle, il a étendu davantage le champ ouvert en 1957.

§ 2 Les résistances des juridictions ordinaires

On pourrait en définitive constater en observant le comportement du Bundesverfassungsgericht que toute institution dotée d'un pouvoir aussi important est portée à en abuser. Face à ces menées, les juges ordinaires ont également joué sur l'interprétation des textes pour conserver ce qu'ils pouvaient de leur autonomie. La lutte est particulièrement visible lorsqu'elle s'engage contre la jurisprudence des chambres (a), mais le Bundesgerichtshof ne répugne pas non plus à ouvrir le combat contre le Bundesverfassungsgericht, malgré l'avantage structurel dont celui-ci dispose (b).

a. La contestation des chambres par les juges ordinaires

Tout comme le juge constitutionnel a étendu largement ses attributions originelles par les échafaudages théoriques que nous avons présentés, de même il ne s'est pas senti excessivement tenu par les textes pour ce qui regarde les compétence des chambres, et leur a confié de fait, mais cette fois sans justification, une importance plus grande que ce que la loi qui organise son fonctionnement ne prévoyait. Alors qu'elles sont censées seulement appliquer des jurisprudences constantes à des cas semblables, elles s'emparent régulièrement de cas dans lesquels ces conditions ne semblent pas remplies, et annulent alors de leur propre chef des arrêts rendus par les juridictions ordinaires. Si celles-ci n'ont aucun moyen de droit pour contester cette façon de faire, on comprend leur indignation lorsque les chambres vont jusqu'à effectuer des revirements de jurisprudence constitutionnelle¹¹⁵². Le conflit peut rester sourd lorsque le juge ordinaire refuse de considérer une

¹¹⁵² Pour un exemple récent, voir la décision (Kammer) 1 BvR 3389/08 (4 novembre 2011) : tout en se réclamant de deux décisions du premier *Senat* (BVerfGE 78, 179, 196-197 ; 104, 337, 346), elle en modifie substantiellement la portée. Alors que ces précédents refusaient d'appliquer la liberté de profession de l'art. 12, al. 1 GG aux non-Allemands (d'après la lettre du texte), et renvoyaient à la liberté générale d'action garantie à tous les justiciables, la

solution dégagée de leur propre chef par les chambres comme une norme à appliquer dans l'ensemble des cas semblables (1). Il peut cependant s'envenimer lorsque les deux parties tiennent à leur solution : l'interprétation du droit de libre rassemblement en a fourni un bon exemple au début des années 2000 (2).

1) *Le refus d'appliquer les interprétations constitutionnelles des chambres*

Les juges judiciaire et administratif ont pu ainsi entrer en conflit ouvert avec le Bundesverfassungsgericht en se fondant sur les erreurs de droit qu'il aurait, lui, commises. Le Bundesgerichtshof a par exemple refusé, au moment de juger une affaire portant sur les conditions pouvant donner lieu, dans le cas de procès ayant duré particulièrement longtemps, à une compensation pour le condamné, de prendre en considération la jurisprudence récente d'une chambre du Bundesverfassungsgericht, qui faisait reposer cette compensation sur la seule importance du retard, sans plus se préoccuper de la gravité de la faute qui avait donné lieu à celui-ci (alors qu'il fallait jusqu'alors que la justice ait commis une faute grave pour que l'allongement du procès qui en résulte puisse donner lieu à réparation)¹¹⁵³.

L'argumentation du juge repose principalement sur l'obligation qui incombe aussi au juge constitutionnel de respecter le droit. Selon lui, en effet, « une décision de chambre ne peut lier au-delà du cas d'espèce lorsqu'elle ne repose pas sur une décision antérieure d'un *Senat*, car c'est de celle-ci que découle la compétence de la chambre ». On a vu en effet que le § 93 BVerfGG ne permettait aux chambres de décider que si elles pouvaient se reposer sur un précédent énoncé en formation normale. Le Bundesgerichtshof en conclut qu'elles n'ont pas elles-mêmes l'autorité de précédent, qu'elles empruntent seulement à la décision de *Senat* qui les fonde à trancher. S'il ne peut lui-même annuler une décision qu'il considère fautive, il peut constater que telle décision outrepassé les pouvoirs confiés aux chambres lorsque celles-ci « s'ouvrent un nouveau champ du droit qu'elles puissent s'approprier, de manière autonome, grâce au droit constitutionnel », et par conséquent ne pas se sentir lié par elle¹¹⁵⁴. Dans son arrêt, il se livre donc à un examen détaillé de la pertinence de

décision de 2011, sous la pression des normes européennes, assimile directement la protection offerte par l'art. 2, al. 1 à celle de l'art. 12, al. 1 ; à tel point qu'on se demande si la distinction a encore un sens, notamment à partir du moment où est associé le principe d'égalité à celui de liberté d'action (voir pour cette interprétation RIEBLE (Volker), « Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG », NJW, 2011, p. 819-822, p. 821).

¹¹⁵³ Bundesgerichtshof, 3 StR 460/98 (7 février 2006), § 34 sq.

¹¹⁵⁴ « Eine über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung kann einer stattgebenden Kammerentscheidung nämlich jedenfalls dann nicht zukommen, wenn sie nicht auf einer vorangehenden Senatsentscheidung beruht; denn von einer solchen leitet sich die Kompetenz der Kammer ab. [...] Die Grenzen ihrer Zuständigkeit sind aber überschritten, wenn es an in Senatsentscheidungen entwickelten, fortbildungsfähigen Maßstäben fehlt und sich die Kammern gleichsam ein neues Rechtsgebiet zur selbstständigen verfassungsrechtlichen Durchdringung erschließen » (*ibid.*, § 44).

la nouvelle solution dégagée par la chambre puis, constatant que les effets seraient désastreux si elle venait à être adoptée, il la refuse.

Comme on pouvait s'y attendre, cette décision a, à son tour, fait l'objet d'une plainte devant le Bundesverfassungsgericht. Outre les motifs de fond, les requérants pouvaient en effet se fonder sur la soumission des juges à la loi et au droit et contester par là le refus de prendre en compte la jurisprudence constitutionnelle. La chambre saisie n'utilise cependant pas cette occasion pour étendre le pouvoir du tribunal constitutionnel en donnant force de loi au-delà du cas d'espèce aux solutions dégagées par les chambres. Elle constate que le crime en cause, l'assassinat, et la peine prévue, la prison à perpétuité, empêchent en tout état de cause une réparation sous forme de réduction de peine accordée pour compenser le temps pris par la justice pour trancher. De sorte que le débat soulevé par le Bundesgerichtshof n'a en fait pas lieu d'être : en conséquence, la question de savoir si celui-ci aurait dû suivre la jurisprudence de la chambre « n'a pas à être discutée »¹¹⁵⁵.

Encore la confrontation était-elle ici oblique : le caractère général de la solution développée par la chambre était contesté, mais pas la décision elle-même. Des conflits plus directs ont également éclaté, lors desquels le juge ordinaire refusait obstinément la jurisprudence constitutionnelle, quitte à voir ses décisions annulées les unes après les autres.

2) *Les confrontations directes entre juge ordinaire et chambre constitutionnelle*

L'un des cas les plus connus sans doute concerne le droit de manifestation et son utilisation par des groupements néo-nazis : l'année 2001 a vu le *Oberverwaltungsgericht* de Münster et la première chambre du premier *Senat* du Bundesverfassungsgericht s'affronter avec une virulence toute particulière à ce propos. Cet épisode, comme nous allons le montrer, est intéressant en ce qu'il amène à nuancer l'idée selon laquelle l'introduction des chambres dans l'organisation du tribunal constitutionnel permettrait à celui-ci d'imposer sa jurisprudence plus efficacement en exerçant une influence plus directe par un contrôle plus rapide des arrêts qui lui sont soumis.

L'arrêt de principe qui énonce les limites dans lesquelles l'autorité administrative peut restreindre le droit de libre rassemblement garanti par l'art. 8 GG date de 1985 (décision *Brokdorf*) : seule une menace immédiate contre un autre droit de même rang que celui de rassemblement peut justifier une interdiction. Celle-ci n'est que l'ultime mesure et ne peut donc être appliquée que

¹¹⁵⁵ Bundesverfassungsgericht (Kammer), 2 BvR 750/06 (21 juin 2006), § 11.

lorsque d'autres mesures d'encadrement (aussi bien l'interdiction de certains slogans ou accessoires que l'appel à des forces de police en nombre suffisant) seraient insuffisantes pour parer à cette menace. En revanche, le simple argument de l'ordre public, lorsqu'il n'est pas plus concrètement déterminé (comme une menace immédiate à la sûreté publique), ne suffit pas à fonder une interdiction¹¹⁵⁶.

Les manifestations de partis néo-nazis posent cependant un problème de ce point de vue : même sans menacer directement la sûreté publique, l'idéologie propagée va visiblement et particulièrement profondément à l'encontre du système de valeurs défendu dans la Loi fondamentale ; surtout, celle-ci est censée reposer sur le concept d'une démocratie capable de se défendre (*wehrhafte Demokratie*), afin de ne pas connaître le même destin que la République de Weimar. La jouissance des droits fondamentaux peut donc être restreinte lorsque les sujets de droit ont pour but exprès de renverser cette démocratie. On peut donc argumenter que la simple expression d'une opinion néo-nazie suffit à caractériser en réalité un danger immédiat pour la Loi fondamentale, notamment au vu de l'histoire allemande, et interdire ainsi toute manifestation dans l'espace public au nom de la Loi fondamentale elle-même et de l'atteinte portée au sentiment moral (*sittliches Empfinden*) de la population.

On voit le problème qui se pose, et qui est connu en France également : la préservation de l'ordre public (au sens français) peut-elle passer aussi par la répression absolue de toutes formes d'expression, y compris la simple présence physique ? En répondant par l'affirmative, on présuppose l'existence d'une composante morale de l'ordre public, qui n'est pas sans poser problème¹¹⁵⁷. Et d'autant plus au regard de la jurisprudence constitutionnelle allemande que le danger immédiat envisagé par la décision *Brokdorf* était uniquement celui qui pesait sur la sécurité matérielle. Face aux difficultés que posent les groupements néo-nazis, les tribunaux ont cependant tenté de trouver des solutions pour limiter leurs apparitions dans l'espace public en évitant la question trop encadrée de la liberté de manifestation. Le Bundesverfassungsgericht lui-même a d'une certaine façon donné l'exemple : par une décision de chambre, il a confirmé l'interdiction d'une manifestation néo-nazie prévue un 27 janvier, jour anniversaire de la libération de Auschwitz et devenu comme tel jour de

¹¹⁵⁶ BVerfGE 69, 315, 353 sq.

On signalera que la *öffentliche Ordnung* n'a pas la même importance que l'ordre public français. Elle est définie par le juge comme l'ensemble des « règles non écrites dont le respect est regardé comme la condition nécessaire d'une vie en commun des hommes ordonnée à l'intérieur d'un domaine déterminé d'après les perceptions sociales et éthiques qui y sont dominantes » (« die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird », *ibid.*).

¹¹⁵⁷ Cf. la discussion en droit administratif français, à nouveau particulièrement virulente (après l'arrêt CE, 18 décembre 1959, Société « *Les films Lutétia* », GAJA, n° 75) depuis l'arrêt *Morsang-sur-Orge* et à chaque fois renouvelée lorsque le Conseil d'État fait appel à la dignité humaine en y voyant une composante de l'ordre public (voir les références citées ch. 1, section 2, § 2, b).

commémoration consacré aux victimes du national-socialisme, ainsi que son déplacement au lendemain. On aurait pu en effet y voir une provocation et une atteinte au sentiment moral de la population¹¹⁵⁸.

Certes, l'atteinte à l'ordre public ne peut toujours pas justifier l'interdiction absolue d'une manifestation (mais seulement son interdiction en un moment précis), mais cet ordre public est désormais reconnu comme le fondement possible de restrictions importantes au droit de manifester. Le même jour cependant, la même chambre annule une interdiction de manifester énoncée par le *Oberverwaltungsgericht* de Münster au motif que le but de la manifestation n'est pas explicitement néo-nazi : la NPD, le parti unanimement considéré en Allemagne comme néo-nazi, prétendait en effet organiser une marche aux flambeaux en commémoration de la fondation du deuxième Reich en 1871, et rien ne permettait de mettre en doute cette intention pour lui substituer celle de commémorer la prise du pouvoir par Hitler en 1933¹¹⁵⁹. Si l'on se rapporte à la décision du juge administratif, on mesure surtout ce que le juge constitutionnel a rejeté sans le dire. Celle-ci portait en effet des valeurs sur lesquelles se fonde la Loi fondamentale et assimilait le noyau de la *freiheitliche demokratische Grundordnung*, qui comprend notamment la dignité humaine et les principes démocratiques, à l'ordre public évoqué dans la décision *Brokdorf*. Elle en concluait que cet ordre public se trouve déjà menacé « par les efforts faits pour présenter sous un jour inoffensif la dictature national-socialiste ou glorifiant ses chefs et ses symboles » et qu'une manifestation se rattachant, même sans l'exprimer directement, à l'idéologie nazie pouvait donc être interdite¹¹⁶⁰.

Dans ce cas, les deux juges ne s'entendent pas car ils ne se situent pas au même niveau : le juge administratif considère une réunion organisée par la NPD comme une manifestation néo-nazie en soi (tant il est évident pour tous que l'idéologie profonde de ce parti est l'idéologie nazie), le juge constitutionnel ne veut prendre en compte que la manifestation, indépendamment de ce qu'on peut savoir par ailleurs des opinions de ses organisateurs. Si cette différence n'est pas encore très claire à ce moment, notamment parce que le *Oberverwaltungsgericht* fonde largement son raisonnement sur les éléments de fait qui pouvaient faire soupçonner le caractère néo-nazi de la manifestation, elle devient manifeste trois mois plus tard, lors de la seconde étape du conflit.

Le juge administratif y approfondit en effet son raisonnement, et se détache du cadre tracé par le Bundesverfassungsgericht pour évoquer les « limites immanentes à la constitution » que connaît la liberté de rassemblement à l'égard des manifestations de l'idéologie nationale-socialiste. C'est une manière de systématiser la position déjà adoptée en janvier, et de l'ancrer plus en amont

¹¹⁵⁸ Bundesverfassungsgericht (Kammer), 1 BvQ 9/01 (26 janvier 2001), § 15.

¹¹⁵⁹ Bundesverfassungsgericht (Kammer), 1 BvQ 8/01 (26 janvier 2001).

¹¹⁶⁰ OVG Münster, 5 B 115/01 (25 janvier 2001).

dans l'interprétation de la Loi fondamentale, afin de n'avoir pas à se préoccuper du seuil permettant en règle générale l'interdiction d'un rassemblement¹¹⁶¹. La censure de cette décision par le Bundesverfassungsgericht (toujours en formation restreinte) révèle donc plus clairement le point fondamental sur lequel les juges s'opposent : il ne s'agit plus de l'appréciation des faits, mais de l'interprétation de la Loi fondamentale. Rien ne justifie en effet au yeux du juge constitutionnel le renvoi à des limites immanentes à la constitution en la matière. Contrairement à la conception qu'en a le juge administratif, la *freiheitliche demokratische Grundordnung* n'est pas constituée principalement, ou en tout cas uniquement, par la dignité humaine et les principes démocratiques, mais la liberté d'opinion en est également une partie constitutive. De ce point de vue, « les citoyens ne sont pas juridiquement tenus de partager personnellement les valeurs établies par la constitution ». Puisque les prémisses du raisonnement sont rejetés, il va ensuite de soi que le juge constitutionnel ne reconnaît pas non plus de soi-disant « limites immanentes à la constitution » en ce qui concerne la liberté d'expression¹¹⁶².

À ce point, la querelle porte sur l'interprétation : le Bundesverfassungsgericht se sert des pouvoirs de contrôle qu'il possède pour imposer la version qui lui semble correcte des rapports entre valeurs de la constitution et liberté d'expression et de rassemblement. C'est l'exercice d'un monopole d'interprétation sur la constitution qui est en jeu. Pas seulement en ce qui regarde les méthodes : le juge administratif a pris soin d'utiliser des catégories tirées de la jurisprudence constitutionnelle (*les limites immanentes à la constitution*¹¹⁶³), mais aussi d'offrir une construction dans l'ensemble tout à fait cohérente avec l'idée d'ordre de valeurs, ainsi qu'avec la place centrale que confère la jurisprudence constitutionnelle à la dignité humaine dans celui-ci – une construction à laquelle on

¹¹⁶¹ « Diesen verfassungsimmanenten Beschränkungen demonstrativer Äußerungen nazistischer Meinungsinhalte im obigen Sinne muss daher bei der Auslegung des Grundrechts der Demonstrationsfreiheit nach Art. 5 I, 8 I GG und der dortigen Grundrechtsschranken - auch unterhalb der Schwelle verfassungsgerichtlicher Verbots und Verwirkungentscheidungen i.S. von Art. 21 II GG, 18 S. 2 GG - von Verfassungen wegen Rechnung getragen werde » (OVG Münster, 5 B 395/01 (25 janvier 2001), NJW, 2001/29, p. 2111)

¹¹⁶² « Die Meinungsfreiheit ist für die freiheitlich demokratische Ordnung des Grundgesetzes schlechthin konstituierend. Es gilt die Vermutung zugunsten freier Rede. Die Bürger sind rechtlich nicht gehalten, die Wertsetzungen der Verfassung persönlich zu teilen. [...] Daneben kommen entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts zusätzliche "verfassungsimmanente Grenzen" der Inhalte von Meinungsäußerungen nicht zum Tragen. » Bundesverfassungsgericht (Kammer), 1 BvQ 13/01 (24 mars 2001), § 24 et 25. La liberté d'expression est substituée dans le contrôle à celle de rassemblement car ce sont les critères de celle-là qui conditionnent les limitations qu'on peut imposer à celle-ci lorsqu'on se fonde, comme le faisait le juge administratif, sur les opinions exprimées.

¹¹⁶³ Utilisation de fait (sans la formule exacte) dans BVerfGE 28, 243, 261 (limite immanente à la constitution au droit de refuser le service militaire, fondée sur la nécessité d'avoir une armée en état de marche ; voir notamment le résumé de la question dans l'opinion dissidente de E.-G. Mahrenholz et E.-W. Böckenförde dans BVerfGE 69, 1, 58 sq.) ; apparition de la formule dans 83, 130, 142 (protection de la jeunesse contre la littérature licencieuse, quoiqu'il ne soit pas prévu de limites à la liberté artistique). Wolfgang Hoffmann-Riem fait remarquer que l'idée même de *immanente Grundrechtsschranken* est dangereuse, car elle peut servir à miner les libertés proclamées de manière absolue – comme la liberté de rassemblement (ved. « Versammlungsrecht » in MERTEN (Detlef), PAPIER (Hans-Jürgen), dir., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland in Europa*, Heidelberg, Müller, 2004-, 10 t., t. 4, p. 1117-1212, p. 1172-1173).

pouvait donc conférer un brevet de constitutionnalité les yeux fermés. Le Bundesverfassungsgericht donne bien l'impression de s'engager dans le débat doctrinal proposé, mais il ne le fait en réalité que très superficiellement, et clôt le débat par l'argument d'autorité que rend seule possible la *Vefassungsbeschwerde*. C'est qu'en réalité, même en discutant plus sérieusement les thèses qu'on lui oppose, il ne pourrait jamais les réfuter qu'en arrivant au moment où le raisonnement juridique passe du vrai ou faux (éventuellement indécidable) au valide ou non-valide, en se fondant sur un pouvoir étranger à l'argumentation scientifique. Les développements ultérieurs sont intéressants en ce que le conflit perdure malgré l'utilisation des outils qui auraient dû assurer la suprématie du Bundesverfassungsgericht. Plus exactement, c'est même précisément l'utilisation brutale de ces outils qui aggrave le conflit.

Le *Oberverwaltungsgericht* tente en effet d'abord de ménager la chèvre et le chou : tout en maintenant sa position, théorique, selon laquelle toute manifestation néo-nazie, quel qu'en soit le prétexte, est en soi un trouble à l'ordre constitutionnel, elle se réfère pour fonder l'interdiction prononcée en l'espèce sur la décision de chambre citée plus haut, selon laquelle les circonstances temporelles ou locales peuvent permettre de constituer l'atteinte à l'ordre public. En l'occurrence, une manifestation organisée le samedi ou le lundi de Pâques heurterait, selon le juge, le sentiment moral des Chrétiens en opposant une idéologie pour le moins morbide aux connotations joyeuses et pacifiques de cette fête. La volonté d'apaiser le conflit est visible dans la transition entre le paragraphe reprenant la position du juge administratif et celui qui porte sur les circonstances temporelles précises : il y est en effet signalé que la manifestation pouvait en l'espèce être interdite « aussi d'après les critères de la première chambre du premier *Senat* du Bundesverfassungsgericht »¹¹⁶⁴.

Cela n'empêche pas le conflit au fond de perdurer : cette reconnaissance est un gage de paix, mais pas une abdication. En affirmant tout de même qu'il ne partage pas la position de la chambre sur l'interprétation de la Loi fondamentale et qu'il tient même les conséquences que celle-ci emporterait pour problématiques, le juge administratif, comme le juge judiciaire à propos de la durée du procès, montre qu'il ne sent pas tenu de respecter les décisions rendues en formation restreinte par le juge constitutionnel lorsqu'elles ne peuvent pas s'appuyer sur le précédent d'un *Senat*¹¹⁶⁵. L'adresse du *Oberverwaltungsgericht* est de partir tout de même de pré-supposés identiques à ceux du Bundesverfassungsgericht : à partir du moment où une forme d'ordre public

¹¹⁶⁴ Les circonstances de l'espèce présentent une menace pour l'ordre public « die die erlassene Verbotsverfügung auch nach den Maßstäben der 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG rechtfertigt » (OVG Münster, 5 B 492/01 (12 avril 2001), NJW, 2001/29, p. 2113).

¹¹⁶⁵ « Der beschließende Senat teilt diese Auffassung nicht und hält die mit ihr verbundenen Konsequenzen für problematisch » (*ibid.*).

moral a été reconnue par celui-ci, le juge peut compter parmi les droits dont la protection peut justifier une restriction à la liberté de rassemblement les « conceptions éthiques et sociales d'un grand nombre d'hommes » (« soziale und ethische Anschauungen » : reprise exacte des termes figurant dans la décision du 26 janvier 2001¹¹⁶⁶). Or « le renvoi de la première chambre du premier *Senat* aux dispositions du *Grundgesetz* destinées à prévenir les dangers comme à l'expression d'une démocratie qui puisse se défendre et combattre ne rend pas suffisamment compte » de ce risque de blesser les consciences par les apparitions publiques de néo-nazis. Ce qui est reproché à la chambre, c'est d'avoir une lecture trop restrictive de la Loi fondamentale en convoquant seulement les articles directement destinés à donner aux institutions constitutionnelles les moyen de protéger l'ordre constitutionnel fondamental (art. 9, al. 2 – interdiction des associations poursuivant des buts contraires à la constitution –, 18 – abus des droits fondamentaux – et 21, al. 2 GG – interdictions des partis combattant l'ordre fondamental libéral et démocratique), et non l'ensemble de ceux qui peuvent être utilisés pour atteindre ce but. « Certes, les règles énoncées par les articles [cités] servent aussi l'objectif d'empêcher une résurrection du national-socialisme. Au vu cependant des conditions pour ainsi dire irréalisables que le Bundesverfassungsgericht a posées à cet égard, ces dispositions ne peuvent déployer, dans la réalité constitutionnelle, qu'extrêmement rarement leur effet protecteur »¹¹⁶⁷.

En fait, c'est donc une forme d'auto-contradiction que le juge administratif reproche au juge constitutionnel : si l'on accepte que la protection de l'ordre public moral peut porter atteinte aux droits constitutionnels, on ne peut pas ne pas en tirer les conséquences aussi en matière de droit au rassemblement. Or les dispositions citées, telles qu'elles sont interprétées par le juge constitutionnel, sont insuffisantes pour protéger le droit dégagé. Il faut donc avoir une lecture globale de la constitution – celle d'ailleurs qu'a, en temps normaux, le Bundesverfassungsgericht. Par conséquent, puisque la simple expression d'opinions néo-nazies suffit, au vu de l'histoire allemande, à heurter les consciences et donc à menacer l'ordre public, l'interdiction doit pouvoir être prononcée chaque jour, et non seulement à certaines dates anniversaires ou commémoratives.

La chambre, saisie par la voie de la *Verfassungsbeschwerde*, annule à nouveau cette

¹¹⁶⁶ « Die öffentliche Ordnung kann betroffen sein, wenn einem bestimmten Tag ein in der Gesellschaft eindeutiger Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt, der bei der Durchführung eines Aufzugs an diesem Tag in einer Weise angegriffen wird, dass dadurch zugleich grundlegende soziale oder ethische Anschauungen in erheblicher Weise verletzt werden » (Bundesverfassungsgericht (Kammer), 1 BvQ 9/01 (26 janvier 2001), § 15).

¹¹⁶⁷ « Der Hinweis der 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG [...] auf die vom Grundgesetz getroffenen Vorkehrungen der Gefahrenabwehr als Ausdruck einer wehrhaften und streitbaren Demokratie trägt dem nicht hinreichend Rechnung. Die in Art. 9II, 18, 21II GG enthaltenen Regelungen dienen zwar auch dem Ziel, ein Wiederaufleben des Nationalsozialismus zu verhindern. Angesichts der nahezu unüberwindbaren Hürden, die das BVerfG insoweit aufgestellt hat, können jene Vorkehrungen in der Verfassungswirklichkeit jedoch nur in den seltensten Fällen ihre Schutzwirkung entfalten. » (OVG Münster, 5 B 492/01 (12 avril 2001), NJW, 2001/29, p. 2113).

interdiction de manifester. Sans prendre en compte la critique de fond adressée à sa jurisprudence, elle se contente de constater que le juge administratif « se réclame à tort de la décision » du 26 janvier 2001 pour affirmer la possibilité d'interdire des manifestations en dehors des jours dits. On voit qu'elle en reste à une réponse extrêmement superficielle (on voit mal comment il aurait pu, matériellement, en être autrement, la décision ayant été rendue le même jour). En l'espèce, elle constate qu'une manifestation à Pâques ne revêt pas de caractère particulièrement provocant¹¹⁶⁸.

On pense bien qu'une telle réponse n'est pas pour apaiser les choses. La confrontation suivante a lieu deux semaines après, et le *Oberverwaltungsgericht* s'y montre moins conciliant. Il refuse en effet cette fois d'examiner la question du caractère particulièrement provocant ou non de la manifestation au regard du jour où elle doit avoir lieu en démontrant à nouveau que la question doit être réglée en amont, par une confrontation entre divers droits fondamentaux. Pour ce faire, il reprend mot pour mot l'argumentation déjà développée dans l'arrêt du 12 avril précédent et la développe pour faire ressortir l'auto-contradiction dans laquelle s'empêtre, selon lui, la première chambre du premier *Senat*. Il montre de plus que l'argument de la protection de la liberté d'expression, avancé par le Bundesverfassungsgericht depuis le début de l'année pour rejeter les décisions d'interdictions qui remontent jusqu'à lui, ne tient pas du point de vue constitutionnel. Il établit, en se fondant sur des arguments historiques, une différence entre des « conceptions désagréables, politiquement indésirables » et celles qui sont « purement et simplement incompatibles avec les représentations axiologiques de la Loi fondamentale ». Une interprétation historique de celle-ci permet par la suite au juge d'affirmer que les idées propagées par la NPD font partie de ces « conceptions incompatibles », et que la Loi fondamentale a entendu les exclure du champ des opinions protégées par l'art. 5 GG (liberté d'expression)¹¹⁶⁹. On fera encore remarquer que l'argumentation développée repose également sur la *Wertordnung* du *Grundgesetz*, c'est-à-dire sur l'un des outils privilégiés du Bundesverfassungsgericht.

C'est à ce moment-là seulement que le juge constitutionnel daigne entrer dans une querelle doctrinale avec le juge administratif, et contester l'interprétation que celui-ci propose des dispositions constitutionnelles. Le fond, d'ailleurs, n'a pas grande importance pour nous (en fin de compte, le juge constitutionnel utilise la lettre du texte contre l'interprétation historique et affirme que les seules restrictions possibles à la liberté d'expression sont celles explicitement prévues par les textes) : il est plus intéressant de remarquer que le juge en est réduit, toujours, à un argument d'autorité, car il ne peut pas s'appuyer sur une norme de second degré qui permettrait de privilégier une technique sur l'autre. Lorsqu'il avance, comme autre argument, que la Loi fondamentale a certes

¹¹⁶⁸ 1 BvQ 19/01 (12 avril 2001)

¹¹⁶⁹ OVG Münster, 5 B 585/01 (30 avril 2001), NJW, 2001/29, p. 2114-2115.

prétendu empêcher la résurrection du nazisme, mais précisément en protégeant l'État de droit par la garantie complète des droits fondamentaux, notamment celui de libre expression (qui doit donc encore être reconnu aux néo-nazis), il ne fait ainsi que reproduire, dans sa lutte avec le juge administratif, le débat aussi connu qu'aporétique sur la capacité d'une démocratie à se défendre : « pas de liberté pour les ennemis de la liberté ».¹¹⁷⁰ Cela, justement, ne lui donne pas un avantage intellectuel certain (et le certain dédain qui transparait parfois dans la décision à l'égard d'un « simple » *Oberverwaltungsgericht*¹¹⁷¹, pourtant en l'occurrence l'un des plus importants d'Allemagne, n'est pas pour donner plus de poids à sa démonstration).

Cette dispute semble avoir été finalement réglée en 2004, quand le Bundesverfassungsgericht a enfin rendu une décision sur la question en formation normale. La position ne change pas, et les mêmes arguments viennent à l'appui de la décision du juge constitutionnel, tout comme d'ailleurs le juge administratif se fondait sur sa propre jurisprudence (celle que nous venons de détailler)¹¹⁷². Seulement, le caractère obligatoire de sa solution ne peut désormais plus être contesté en argumentant des contradictions de la juridiction : même s'il était établi que la décision n'était pas en accord avec des décisions précédentes (ce que n'accepte pas le Bundesverfassungsgericht), on aurait simplement affaire à un renversement de jurisprudence qui s'impose de la même manière au juge ordinaire. La résistance que celui-ci a longtemps opposée n'a pas pour autant été vaine : on peut ainsi signaler que le législateur a complété les motifs permettant d'interdire une manifestation en réprimant le fait d'approuver ou de justifier le régime national-socialiste, élargissant par là les possibilités qu'a le juge de restreindre le droit de rassemblement lorsqu'il s'agit de néo-nazis¹¹⁷³. Ce faisant, le législateur introduit en effet une limitation à la liberté d'expression dirigée contre une opinion en particulier, et confirme donc l'idée d'un ordre public moral. Et justement, le Bundesverfassungsgericht a pourtant considéré cette disposition conforme à l'art. 5 GG (liberté d'expression), s'attirant par là les foudres d'une partie de la doctrine. En effet, il se fonde pour ce faire, même s'il s'en défend, sur le type d'argumentation que lui opposait le juge administratif¹¹⁷⁴.

¹¹⁷⁰ Bundesverfassungsgericht (Kammer), 1 BvQ 22/01 (1^{er} mai 2001), § 14-18.

¹¹⁷¹ Ainsi lorsqu'il signale que les art. 18 et 21 GG ne peuvent pas être ignorés « parce qu'un Oberverwaltungsgericht trouve que leur effet protecteur n'est pas suffisant » (« ...Art. 18 und 21 GG, die nicht deshalb außer Acht gelassen werden dürfen, weil ein Oberverwaltungsgericht deren Schutzwirkung nicht als ausreichend bewertet », *ibid*, § 16). Voir aussi à ce propos la « nonchalance » reprochée par la doctrine au Bundesverfassungsgericht (BATTIS (Ulrich), GRIGOLEIT (Klaus-Joachim), « Die Entwicklung des versammlungsrechtlichen Eilrechtsschutzes - Eine Analyse der neuen BVerfG-Entscheidungen », NJW 2001/29, p. 2051-2055, p. 2055).

¹¹⁷² BVerfGE 111, 147, 154 sq.

¹¹⁷³ cf. l'al. 4 du § 130 StGB, introduit par la loi du 24 mars 2005.

¹¹⁷⁴ Décision BVerfGE 124, 300 (not. 327 sq.). Voir la critique de W. Hoffmann-Riem (ved. « Versammlungsrecht », in MERTER, PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, t. 4, p. 1188-1191).

b. Un cas de conflit frontal entre Bundesgerichtshof et Bundesverfassungsgericht : les *Sitzblockaden*

Les conditions particulières auxquelles sont soumises les chambres du Bundesverfassungsgericht rendent leur jurisprudence, on l'a vu, plus vulnérable. Si le juge ordinaire ne peut rien contre la décision qui annule leur arrêt, il peut maintenir sa propre position sans qu'on puisse lui opposer le respect du droit qui le lie, puisqu'il lui est aisé de prouver que la chambre a outrepassé ses pouvoirs en décidant sans pouvoir s'appuyer sur un précédent valide. Cependant, les décisions prises en formation usuelle ne sont pas non plus si contraignantes que l'espère leur auteur. À partir du moment où elles acquièrent force de loi, elles en prennent aussi les faiblesses : elles peuvent être interprétées. Le juge ordinaire peut donc résister frontalement au juge constitutionnel de la même manière qu'il peut résister au législateur : en inventant des stratégies argumentatives qui contournent le sens voulu par l'autorité.

C'est de cette manière que le Bundesgerichtshof a tenu tête au Bundesverfassungsgericht à propos de la qualification juridique des sit-in, moyen de désobéissance civile largement utilisé notamment par les militants anti-nucléaire ou pacifistes. Se posait en effet la question du fondement sur lequel pouvait reposer une condamnation de cette pratique. Faute de mieux, les juges avaient pris l'habitude d'utiliser le § 240 StGB, qui punit l'emploi par un individu de la coercition pour en forcer un autre à une action. Ils considéraient en effet que les manifestants, en s'asseyant sur la chaussée, exerçait une violence qui, pour être psychologique, n'en était pas moins réelle puisqu'elle empêchait les automobilistes de poursuivre leur route.

Après une première décision rendue sans que soit trouvée de majorité sur le point déterminant de cette qualification comme acte de violence, le Bundesverfassungsgericht condamna cette interprétation de la loi en 1995, dans un élan qui le conduisit en même temps à plusieurs décisions si controversées que sa capacité à établir un compromis au sein de la société fut soudain et profondément remise en cause¹¹⁷⁵ (celles portant par exemple sur la présence des crucifix dans les salles de cours, sur la banderole « soldiers are morder », sur le mode de calcul de l'impôt sur le patrimoine ou celle enfin sur les personnes ayant espionné pour le compte de la DDR).

Le juge constitutionnel constate en effet que la jurisprudence pénale a eu tendance à modifier les éléments déterminant l'acte violent en faisant petit à petit prédominer l'influence morale sur l'action physique, afin de mieux protéger les victimes contre les violences psychologiques. Le Bundesgerichtshof a ainsi considéré que le concept de « violence » ne présupposait pas

¹¹⁷⁵ Voir pour un aperçu WÜRTEMBERGER (Thomas), « Zur Legitimität des Verfassungsrechts », in GUGGENBERGER, WÜRTEMBERGER, *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik*, p. 57-80, ainsi que l'ensemble des contributions de ce volume pour des études de détail.

« l'utilisation immédiate de la force physique »¹¹⁷⁶. Au contraire, le Bundesverfassungsgericht s'appuie sur la volonté, au moins prétendue, du législateur pour énoncer la spécificité de la coercition et la distinguer des autres contraintes que les individus peuvent exercer dans la vie quotidienne, et qui n'exigent pas toutes d'être punies. Il en déduit qu'il est nécessaire de conserver une interprétation stricte de l'élément de violence requis pour caractériser la coercition : « la violence ne peut pas se confondre avec la contrainte [sur la volonté d'un tiers] (*Zwang*), mais doit dépasser celle-ci. C'est pourquoi se lie au recours à la violence, au contraire de la menace, dès le début la représentation d'un déploiement de force physique de la part du coupable »¹¹⁷⁷.

La question pour nous n'est pas d'examiner la pertinence de cette interprétation, même si elle paraît au premier abord assez tortueuse. L'important est plutôt de comparer le *Leitsatz*, le dispositif du jugement, placé en tête de la disposition, et la réaction du juge ordinaire. Le Bundesverfassungsgericht formule ainsi sa conclusion : « l'interprétation extensive du concept de violence du § 240, al. 1 StGB dans le contexte de sit-in enfreint l'art. 103, al. 2 GG [légalité des délits et des peines] »¹¹⁷⁸. Le Bundesgerichtshof, jugeant peu après le recours d'un participant à un sit-in condamné pour cette action, affirme que « le Bundesverfassungsgericht n'a pas décidé, dans la décision mentionnée, que les sit-in ne doivent plus être traités comme une coercition par l'usage de violence »¹¹⁷⁹. Il considère en effet qu'il est nécessaire, pour bien comprendre le *Leitsatz* qui semble pourtant au premier abord interdire clairement la qualification d'un sit-in comme coercition violente, de s'en rapporter au raisonnement du juge constitutionnel. Il conclut du passage que nous avons résumé sur la définition de la violence que pour pouvoir être soumis à cette qualification, le cas d'espèce doit « présenter les ces deux moments, de la présence seulement physique *et* de la contrainte seulement psychologique »¹¹⁸⁰. C'est à nouveau une interprétation audacieuse : le Bundesverfassungsgericht avait certes voulu éviter qu'on qualifie de violence une pression uniquement psychologique, mais il avait aussi condamné la simple présence physique, sans réelle action violente. Le Bundesgerichtshof fait mine de croire qu'était inconstitutionnel le recours à l'un seulement des deux éléments (physique ou moral) dans leur incarnation la plus faible, alors que la décision semble bien condamner fermement l'application de la violence à des situations où il n'y

¹¹⁷⁶ « unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte » (BGHSt 23, 46, 54).

¹¹⁷⁷ « kann die Gewalt nicht mit dem Zwang zusammenfallen, sondern muß über diesen hinausgehen. Deswegen verband sich mit dem Mittel der Gewalt im Unterschied zur Drohung von Anfang an die Vorstellung einer körperlichen Kraftentfaltung auf seiten des Täters » (BVerfGE 92, 1, 17 ; voir l'ensemble de ce raisonnement à partir de 92, 1, 14).

¹¹⁷⁸ « Die erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 Abs. 1 StGB im Zusammenhang mit Sitzdemonstrationen verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG. » (BVerfGE 92, 1).

¹¹⁷⁹ « Das Bundesverfassungsgericht hat in dem genannten Beschluß nicht entschieden, Sitzblockaden dürften nicht mehr als Nötigung durch Gewalt behandelt werden » (BGHSt, 41, 182, 183).

¹¹⁸⁰ « Maßgebend ist also, ob ein Fall zu beurteilen ist, dessen Gestaltung diese zwei Momente der nur körperlichen Anwesenheit *und* der nur psychischen Zwangswirkung aufweist » (*ibid*, 184).

avait pas eu de déploiement (actif) de force physique.

Cela le conduit, après un raisonnement pour le moins élaboré, à condamner les participants d'un sit-in pour avoir forcé des tiers avec violence. Prenant au pied de la lettre la solution du juge constitutionnel, il considère que les critères n'étaient certes pas remplis pour le premier automobiliste arrêté, qui aurait physiquement pu continuer sa route (au risque certes de blesser ou tuer), mais qu'ils l'étaient, par ricochet, pour les autres : ceux-ci se sont trouvés face à un obstacle physique constitué par la première voiture arrêtée, et il a donc été fait un usage indirect de violence à leur encontre¹¹⁸¹. On pourrait ergoter sans fin, et se demander si le fait de créer un barrage routier par l'effet psychologique exercé sur le premier automobiliste suffit vraiment à constituer l'usage de la force corporelle qu'exige le Bundesverfassungsgericht. L'important est plutôt d'étudier les deux manières dont on peut expliquer cette décision¹¹⁸² : ou bien on considère qu'il s'agit simplement d'une lecture très précise de la décision constitutionnelle (mais si pointilleuse en réalité qu'il y aurait plutôt là une façon de duper l'autre juge de Karlsruhe¹¹⁸³), ou bien que le Bundesgerichtshof est en réalité plus compétent pour interpréter les dispositions pénales du droit allemand, car plus au fait de la matière, et qu'il en découlerait une compétence qui doit s'imposer aussi face au juge constitutionnel.

De fait, l'interprétation faite par le juge pénal de la jurisprudence constitutionnelle tend surtout à faire ressortir, par ses propres arguties, ce que la solution qu'on veut lui imposer a, elle aussi, de sophistique – et surtout de néfaste pour le droit pénal en général. Par la suite, le Bundesgerichtshof a d'ailleurs maintenu cette position qui, tout en prétendant suivre la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht, se contente d'un élément physique extrêmement faible pour caractériser la violence : dans le cas du blocage par des militants anti-nucléaire des voies sur lesquelles devait circuler un convoi de déchets radioactifs, il considère ainsi justifiée la qualification de coercition par la violence. L'élément décisif n'est pas la structure de métal qui avait été arrimée sur les rails, mais le fait que des participants y avaient passé un bras, sans qu'on puisse savoir s'il était ou non enchaîné à l'intérieur. Cela suffisait, selon le tribunal, à empêcher physiquement de découper la structure¹¹⁸⁴. Ici, pourtant, l'effet exercé semble bien plutôt d'ordre psychologique.

Quoique cette interprétation soit pour le moins audacieuse, le Bundesverfassungsgericht s'y est finalement rangé. Dans la troisième décision *Sitzblockaden* (2001), il accepte ainsi que soit regardé comme l'exercice d'une violence le fait de s'enchaîner devant le portail d'une usine de

¹¹⁸¹ *Ibid*, 186.

¹¹⁸² Nous nous référons pour cela à KREY (Volker), JAEGER (Stefan), « Sitzblockaden als tatbestandsmäßige Nötigung mit Gewalt », in GUGGENBERGER, WÜRTEMBERGER, *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik*, p. 151-160.

¹¹⁸³ C'est l'interprétation qu'en fait Knut Amelung dans son commentaire de cette décision (NStZ, 1996/5, p. 230)

¹¹⁸⁴ BGHSt, 44, 34.

traitements de déchets nucléaires afin d'en interdire l'accès. En plus de la simple présence physique, « les manifestants ont mis en œuvre un déploiement de force corporelle en attachant aux poteaux du portail d'entrée une chaîne qui les enserraient à hauteur des hanches » : il y a là donc (puisque l'élément physique est rempli) utilisation de violence¹¹⁸⁵. Au regard de la décision *Sitzblockaden II*, cette interprétation n'était pas évidente. Sans doute faut-il donc y voir une manière de reconnaître le bien-fondé des critiques émises par le Bundesgerichtshof. Si dans cette décision le tribunal constitutionnel parvient à ne pas se prononcer sur la théorie de la violence indirecte exercée sur une file d'automobilistes en forçant (psychologiquement) le premier à s'arrêter, une récente décision de chambre semble avoir définitivement enterré le conflit : cette jurisprudence « du deuxième rang [de voitures arrêtées] » ne contreviendrait pas à la décision *Sitzblockaden II* et l'élément de violence serait donc justifié¹¹⁸⁶. Quoi que prétende le tribunal à cette occasion, on sera tenté d'y voir un revirement de jurisprudence qui tait son nom.

Dans ce conflit, il semble donc que l'autorité fondée sur la compétence, ou sur une certaine forme de raison, l'ait emporté sur celle que donne le pouvoir accordé par le système institutionnel. Cela amène à nuancer l'hypothèse de laquelle nous étions parti : le pouvoir institutionnel est indispensable au juge constitutionnel pour imposer ses propres solutions en l'absence d'une légitimité sociologique (fondée sur la tradition ou une compétence technique reconnue), mais il n'est pas toujours suffisant. Au contraire, il peut même céder face à cette légitimité sociologique dont jouit le juge ordinaire (particulièrement le Bundesgerichtshof)¹¹⁸⁷.

Ce qui est avéré, en revanche, c'est que le seul argument rationnel, la prétendue supériorité d'une manière d'interpréter la constitution ou la loi, ne suffit pas. Comme on l'a vu à l'exemple du conflit né entre le *Oberverwaltungsgericht* de Münster et la première chambre du premier *Senat*, les juges normalement soumis à l'autorité du Bundesverfassungsgericht savent exploiter les brèches qui

¹¹⁸⁵ « Zusätzlich erfolgte durch die Demonstranten selbst eine körperliche Kraftentfaltung, und zwar durch die Anbringung der in Hüfthöhe mit den Personen verbundenen Metallketten an den beiden Pfosten des Einfahrtstors » (BVerfGE 104, 92, 102).

¹¹⁸⁶ Bundesverfassungsgericht (Kammer), 1 BvR 388/05 (7 mars 2011), § 20-29 ; voir déjà Kammer, 2 BvR 175/97 (26 février 2002), où le Bundesverfassungsgericht refuse de censurer la jurisprudence du Bundesgerichtshof alors que l'occasion lui en était fournie. Il utilise la décision de 2001 comme une confirmation de la théorie du « deuxième rang ».

¹¹⁸⁷ Un autre exemple d'un semblable conflit à propos des dommages et intérêts demandés à un médecin n'ayant pas réalisé correctement une opération de stérilisation. Le Bundesgerichtshof a donné raison aux parents malgré eux en se fondant sur le préjudice financier né de la naissance, le Bundesverfassungsgericht a d'abord refusé d'accueillir ce raisonnement au prétexte qu'on ne pouvait concevoir la naissance d'un enfant comme un préjudice. Le Bundesgerichtshof campant sur sa position (et signalant qu'il y a une différence entre l'enfant, qui ne peut à lui seul être regardé comme un dommage, et les coûts qu'il impose à ses parents), le juge constitutionnel s'y rallie finalement. Pour les décisions, voir respectivement BGHZ 76, 249 ; BVerfGE 88, 203 ; BGHZ 124, 128 ; BVerfGE 96, 375. Pour une présentation d'ensemble de la question, DEMME (Géraldine), LORENTZ (Romain), « Responsabilité civile et naissance d'un enfant, aperçu comparatif », RIDC, 2005/1, p. 103-139 (particulièrement p. 111-114).

apparaissent pour lui résister. Lorsqu'ils peuvent avancer que la situation les délie (parce que la chambre elle-même outrepassa ses pouvoirs), ils s'engagent volontiers dans un débat doctrinal avec le juge constitutionnel, débat qu'aucun argument ne peut définitivement conclure. Il y a donc deux angles institutionnels à distinguer : celui des pouvoirs que confère le système juridique à un acteur sur un autre et celui de la renommée dont jouissent les institutions, qui doit aussi être prise en compte pour rendre compte des rapports entre elles. Ainsi, on voit que le juge s'attaque plus frontalement aux chambres du Bundesverfassungsgericht, et que le fait, pour celles-ci, de camper sur leurs positions sans prendre appui sur le pouvoir du tribunal, mais en tentant d'imposer leur interprétation, tend plutôt à amoindrir leur légitimité¹¹⁸⁸.

Le revers de la médaille qu'est pour le Bundesverfassungsgericht la *Verfassungsbeschwerde* apparaît ici. Par le pouvoir que lui confère cette voie de recours, surtout combinée, on l'a vu, à son interprétation de la Loi fondamentale, il peut intervenir dans de très larges champs du droit, et contrôler très complètement les décisions du juge ordinaire. Mais alors que de grands pouvoirs impliquent de grandes responsabilités, y compris une certaine forme de retenue dans leur emploi, le Bundesverfassungsgericht peut avoir tendance à prétendre se fonder uniquement sur l'autorité mécanique (et non l'autorité plus complexe, telle que nous l'avons vue étudiée par Arendt) pour occuper de fait, et malgré toutes ses dénégations, la position d'une cour suprême régnant sur tout l'ordre juridique allemand. En fait, le système allemand, en donnant un outil pour résoudre d'éventuels conflits, a aussi établi la base sur laquelle ils peuvent se développer. En choisissant (en pratique) un modèle mixte entre le contrôle centralisé à l'américaine et le contrôle spécialisé des cours constitutionnelles européennes, le législateur allemand a bâti un système plus propice au conflit : le Bundesverfassungsgericht, naturellement porté à vouloir étendre l'effet de son contrôle (ne serait-ce que parce que le droit constitutionnel paraît, par nature lui aussi, devoir ordonner l'ensemble de l'ordre juridique), dispose pour ce faire d'un outil particulièrement puissant, mais qui ne lui a été reconnu qu'à demi-mot, sans que soit consacrée une position hiérarchique véritablement supérieure. On conçoit donc que les autres juridictions considérées par la Loi fondamentale comme des cours suprêmes cherchent à protéger leurs compétences¹¹⁸⁹.

De ce que nous avons étudié, nous pouvons voir que deux éléments surtout conduisent à ces conflits. D'une part le fait que le Bundesverfassungsgericht ne puisse pas établir un critère

¹¹⁸⁸ BATTIS (Ulrich), GRIGOLEIT (Klaus-Joachim) « Die Entwicklung des versammlungsrechtlichen Eilrechtsschutzes », p. 2055.

¹¹⁸⁹ Voir sur ce point HEUN (Werner), in ALEXY, IPSEN, ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 80-114, p. 110.

suffisamment solide pour limiter ses propres interventions dans le domaine du juge ordinaire, et donc donner une preuve de ce qu'il ne se considère pas lui-même comme une super-instance de cassation. D'autre part celui qu'on ne peut pas observer dans sa propre jurisprudence la rigueur méthodique qu'il prétend exiger des autres : « quand on en vient aux choses sérieuses, le tribunal est prêt, sans plus d'égards, à prendre des décisions qu'on n'accepterait d'aucun étudiant en droit »¹¹⁹⁰. De ce fait, la *Verfassungsbeschwerde* reste une question épineuse, même si généralement acceptée sur le fond. L'appréciation portée par P. Kunig en est un bon exemple : il regarde la situation actuelle comme préoccupante du fait du trop grand pouvoir dont dispose le Bundesverfassungsgericht. Cela peut en effet mener à un État uniquement dirigé par le juge constitutionnel, où le juge ordinaire n'aurait plus qu'un rôle d'exécutant. Cependant, force est de reconnaître le rôle extrêmement important joué par cette procédure pour la protection des droits fondamentaux : cela suffit d'ailleurs à l'auteur pour se prononcer en faveur du maintien de cette procédure¹¹⁹¹.

Cette raison, pourtant, est fragile : il s'agit uniquement d'une constatation de fait, d'après laquelle le Bundesverfassungsgericht exercerait une protection plus efficace des droits fondamentaux que les juges ordinaires. La faiblesse de l'argument tient au fait qu'il est purement casuistique : outre qu'il faudrait déjà pouvoir prétendre avec sûreté être capable de décider ce qui est ou non la meilleure solution pour les droits fondamentaux, il reste tributaire de chaque décision, et peut-être renversé si l'on prétend que, dans tel ou tel cas, la position du juge ordinaire serait meilleure. Face à cela, la « résignation » déjà évoquée de la doctrine conduit en dernier lieu à faire confiance à l'auto-discipline du juge constitutionnel, qui devrait être capable de s'en tenir de lui-même à une forme de juste-milieu. Même les auteurs qui, comme R. Alexy, prétendent formaliser et théoriser les limites pragmatiques du contrôle exercé sur les juridictions ordinaires (en utilisant l'outil de la marge d'appréciation) indiquent par là, à notre sens, l'impossibilité d'une véritable limitation *a priori* des pouvoirs du Bundesverfassungsgericht.

Ces fragilités théoriques sont pour beaucoup dans les résistances que celui-ci rencontre. Les techniques d'interprétation y jouent un rôle de deux manières. Soit lorsqu'elles sont le moyen du contrôle : chaque juge interprète le texte d'une manière opposée, et cherche à imposer sa solution à

¹¹⁹⁰ « Wenn es hart auf hart geht, ist das Gericht ohne weiteres bereit, Urteile zu fällen, die man keinem Jurastudenten durchgehen ließe » (BRYDE (Brun-Otto), « Verfassungsgerichtsbarkeit in der Soziologie », in BRAND (Jürgen), dir., *Soziologie des Rechts (FS Blankenburg)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, 711 p., p. 490-504, p. 499) ; Voir aussi l'opinion de HESSE (Hans Albrecht), « Das Bundesverfassungsgericht in der Perspektive der Rechtssoziologie », in VAN OUYEN (Robert), MÖLLERS (Martin), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, 543 p.

¹¹⁹¹ KUNIG (Philip), in ALEXY, IPSEN, ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 34-74 (p. 66-70).

l'autre. Dans ce cas, on l'a vu, le conflit peut être le plus direct, mais peut également se prolonger indéfiniment, voire se terminer à l'avantage de la juridiction ordinaire qui aura pu montrer le bien-fondé de sa solution, comme il semble que ce soit le cas dans la question des sit-in. Il paraît douteux, en tout cas, que l'autorité intellectuelle puisse suffire au Bundesverfassungsgericht pour l'emporter. En revanche, lorsqu'elles forment l'objet même du contrôle (et cela n'est possible que par l'interprétation de plus en plus large de la Loi fondamentale comme ordonnant l'ensemble du système juridique), elles offrent au juge constitutionnel une tête de pont pour contrôler toute l'activité des tribunaux. À ce jour, cette voie semble encore peu utilisée¹¹⁹², mais on sait désormais qu'elle est à sa disposition. Cela montre à nouveau à quel point il est illusoire de vouloir voir dans les techniques d'interprétation un outil heuristique, ou du moins un outil heuristique décisif : l'impossibilité de déterminer la bonne technique fait seulement durer le conflit – à moins que l'un des acteurs n'ait le pouvoir, ici par le biais de dispositions constitutionnelles, de dire autoritairement quelle technique pouvait, ou ne pouvait pas, être utilisée. Une telle méthode n'a cependant pas un effet légitimant particulièrement convaincant, surtout lorsque les juges qui en sont victimes peuvent, de leur côté, invoquer la nécessité de préserver la cohérence interne des divers champs du droit¹¹⁹³.

¹¹⁹² Cette décision n'a, à notre connaissance, été citée que dans quatre décisions : BVerfGE 132, 99 ; Bundesverfassungsgericht (Kammer) 1 BvR 3196/11 (30 septembre 2013) ; Bundesverfassungsgericht 1 BvR 1842/11 (23 octobre 2013) ; Bundesverfassungsgericht 1 BvL 5/08 (17 décembre 2013). Dans aucun cas ce précédent n'a été utilisé pour renverser la décision du juge ordinaire.

¹¹⁹³ Pour un exemple de cette argumentation, voir FISCHER (Hartmut), *Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, 207 p., p. 188 ; OETER (Stefan), « "Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts », AöR, 1119, 1994, p. 529-563. C'est le même genre d'arguments qu'invoquent ceux qui réclament la suppression de la *Verfassungsbeschwerde* ; voir KAUFFMANN (Peter), « Die Abschaffung der Urteilsverfassungsbeschwerde », *Recht und Politik*, 34, 1998, p. 29-39 : l'effet éducatif qui justifiait au départ ce pouvoir sur les juges ordinaires n'a plus lieu d'être, et il revient désormais aux juges spécialisés de développer la jurisprudence.

Chapitre 2 Les techniques d'interprétation dans les relations entre le Conseil constitutionnel et les juges ordinaires

Contrairement au Bundesverfassungsgericht, dont la légitimité était pour ainsi dire acquise d'avance dans les circonstances historiques qui l'ont vu naître, le Conseil constitutionnel s'est imposé par à-coups, en devant d'abord composer avec un environnement théorique plutôt hostile. N'ayant pas été conçu comme le gardien de la constitution, mais comme garde-chiourme du Parlement, il n'a pas été doté des pouvoirs qui lui auraient permis d'occuper la place du garant des libertés fondamentales : en France ce rôle revient aux juges judiciaire et administratif, comme le reconnaît d'ailleurs l'art. 66 C pour le premier.

Pour le Conseil, le problème est plus ardu que pour son homologue allemand : il lui faut composer avec des institutions mieux établies que lui (et que les cours qui font face au Bundesverfassungsgericht), à la tradition plus ancienne et plus riche, et parvenir tout de même à intégrer à l'ordre juridique la nouvelle constitution, ainsi que les dispositions, anciennes mais qui n'avaient pas été jusque là prises en compte avec la même rigueur, de 1789. Ses pouvoirs sont cependant extrêmement restreints : pendant son premier demi-siècle, il est dépendant des pouvoirs politiques pour sa saisine, et ne peut pas, sauf très rares exceptions, contrôler les lois déjà promulguées. La seule autre manière qu'il aurait d'articuler ordre juridique et constitution serait dès lors de compter sur les juges ordinaires, ceux-là même qui appliquent concrètement le droit. Eux cependant, outre qu'ils considèrent leurs propres compétences limitées par la théorie de la loi-écran, ne sont pas soumis au contrôle direct du Conseil. Or les institutions, bovines en cela, se lient plutôt par les cornes que par les paroles – tout du moins en pratique.

En apparence, donc, le système juridique français se compose de sous-systèmes indépendants les uns des autres (un peu moins certes pour ce qui regarde les ordres judiciaire et administratif, dont les litiges sont tranchés par le Tribunal des conflits). Cela se manifeste notamment par l'insistance avec laquelle le juge constitutionnel comme la doctrine rappellent que le contrôle effectué par le Conseil constitutionnel est un contrôle abstrait. D'après le discours communément accepté, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité n'a rien changé à l'essence de ce contrôle : même s'il peut désormais avoir lieu *a posteriori*, il ne porte toujours que sur le texte de loi, sans s'occuper des situations réelles. Résumée si brutalement, cette position paraît difficile à tenir. C'est qu'il y là, nous semble-t-il, une forme d'illusion qui tient avant tout à la fonction que revêt l'affirmation de ce caractère abstrait : il s'agit, on y reviendra, de garantir encore que le Conseil constitutionnel n'est pas une cour suprême. C'est-à-dire, pour replacer cette question dans le cadre que nous traçons ici, qu'il ne remet pas en cause le cloisonnement du système juridique ni en question la souveraineté exercée, dans leur champ respectif, par la Cour de cassation et le Conseil d'État.

Si paradoxal que cela paraisse d'abord, cette indépendance des trois institutions conduit à ce que leur coexistence soit pacifique. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le fait que chacune soit maître chez elle ne mène pas à des conflits de voisinage, ou très rarement, et pas avec la même intensité que ce que nous avons observé en Allemagne. En effet, ces voisins-là ne peuvent pas se tourner vers le juge de paix, et se condamneraient donc à s'user dans une querelle sans fin et préjudiciable à tous : le combat ne cesserait que faute de combattant, et l'on peut imaginer que leur intérêt n'est pas là. C'est d'ailleurs un topos de la littérature constitutionnelle française, que la nécessité pour les juges de mener entre eux un dialogue ouvert et respectueux¹¹⁹⁴. Pour ancrer plus fermement cette idée souvent énoncée comme une évidence, plusieurs auteurs ont eu recours à des outils sociologiques, et le résultat est tout à fait convaincant. N. Molfessis se fonde ainsi sur la sociologie des crises politiques, qui emploie le concept de « transactions collusives » pour décrire la « nécessité d'une prise en considération des solutions admises dans les autres domaines aux fins d'éviter la perturbation de leurs règles propres [celles des secteurs distincts au sein d'un même ordre] ». Ainsi, le Conseil constitutionnel serait amené à respecter les solutions déjà établies pour protéger sa propre jurisprudence : s'il ne le faisait pas, il remettrait en question l'ordre juridique et affaiblirait donc sa position¹¹⁹⁵. Jacques Meunier, de son côté, recourt à l'analyse économique.

¹¹⁹⁴ En prenant en compte également la CJCE et la CEDH, Denys de Béchillon considère qu'il y a plutôt polyphonie que discordance, et que les apparents conflits conduisent en réalité à un rapprochement graduel (DE BÉCHILLON (Denys), « "Cinq Cours suprêmes ?" Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 137, 2011/2, p. 33-45).

¹¹⁹⁵ MOLFESSIS (Nicolas) *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, 602 p., p. 469-482 (citation p. 479).

Quoique la « guerre des juges » soit devenue une expression courante, il considère que leurs relations dessinent plutôt un oligopole, c'est-à-dire s'apparentent aux relations qu'entretiennent un petit nombre d'acteurs tenant un même marché. Dans cette perspective, ces acteurs n'ont pas intérêt à se livrer une concurrence mortelle, mais à coopérer. Cela expliquerait, notamment, les affirmations répétées des membres de ces institutions : il n'existe pas de guerre des juges, pour la bonne raison qu'elle est impossible¹¹⁹⁶. C'est exactement le rôle que tient l'idée du contrôle abstrait exercé par le Conseil constitutionnel : sans champ de bataille commun, on voit mal comment se faire la guerre.

En réalité, les points de rencontre et les terrains mitoyens ne manquent pas – mais le Conseil constitutionnel doit y trouver sa place. On ne peut pas faire comme si les trois cours se trouvaient sur le même plan : lui représente une sorte d'intrus, dont on n'est pas bien sûr, d'ailleurs, s'il est vraiment un juge, ou encore un législateur. Pour se faire accepter, c'est à lui de se couler dans un moule déjà existant. Certes, il dispose d'un outil, la Constitution, qui lui permet de travailler un peu ce moule, d'en modifier peut-être quelques contours, mais pour l'essentiel, c'est à lui de se conformer, faute comme on l'a dit d'avoir été reconnu dès l'entame comme une cour suprême, ou simplement comme une vraie cour. Le prisme de l'interprétation va, dans le corps de ce chapitre, nous servir à observer comment l'illusion d'un ordre juridique fait de sous-systèmes indépendants se brise et révèle un ordre fortement interdépendant, et faisant peser sur les éléments qui le composent des contraintes institutionnelles d'autant plus fortes.

On le verra en présentant les trois manières qu'a le Conseil constitutionnel de prendre en compte les jurisprudences des autres cours. Le niveau le plus visible, et le plus souvent commenté, est celui de la réception directe ; on a alors affaire à de quasi transplants juridiques, car c'est une solution ou une méthode qui est transposée dans le contentieux constitutionnel (section 1). Le dialogue paraît plus équilibré, en revanche, lorsque le Conseil établit une forme de répartition des compétences qui permet une articulation harmonieuse avec les autres juges, tendance renforcée depuis l'introduction de la QPC (section 2). Cette évolution pourrait aboutir à un renversement de la situation de départ : le Conseil pourrait profiter des outils que lui offre cette réforme pour exercer sur la Cour de cassation et le Conseil d'État le même empire que le Bundesverfassungsgericht sur les autres juges allemands. S'il a pu laisser croire qu'il en serait ainsi, force est de constater que le contrôle qu'il prétend exercer à cette occasion est très largement apparent, et sert en réalité surtout à garantir le pouvoir des juges ordinaires contre ses propres interventions (section 3)

¹¹⁹⁶ MEUNIER (Jacques), *Le pouvoir du Conseil constitutionnel : essai d'analyse stratégique*, op. cit., p. 305-318. Pour l'exemple, entre autres, des assurances réciproques données par le président du Conseil constitutionnel et le vice-président du Conseil d'État quant au fait qu'il ne peut pas y avoir de guerre des juges, voir page 313.

Section 1 De quasi transplants juridiques

Les transplants juridiques, dans la définition d'Alan Watson qui les a le premier étudiés avec attention, se signalent en ce qu'ils concernent des règles, institutions, concepts ou structures que l'on importe d'un système dans un autre ; des éléments de détail, donc (même s'ils peuvent être quantitativement très importants), mais pas tout l'esprit d'un ordre juridique, car la particularité du transplant est précisément de conserver une trace d'extranéité¹¹⁹⁷. Puisque le propre des ordres juridiques est leur souveraineté, ces transplants sont le résultat d'une volonté politique, non le résultat d'une obligation.

Pour cette raison, il paraît possible d'appliquer ce cadre aux relations entre le juge constitutionnel et les juges ordinaires en France. Plus que de réellement l'appliquer, d'ailleurs (c'est-à-dire de transposer les problématiques qui se posent habituellement dans le cas des transplants juridiques internationaux), il s'agit simplement de souligner, par cette comparaison, que, comme les transplants d'un système de droit à l'autre, les reprises par le Conseil constitutionnel de solutions dégagées par la Cour de cassation ou le Conseil d'État ne peuvent avoir d'autre fondement que leur supériorité (intellectuelle ou technique) supposée. Là encore, l'impression générale de cohérence du système juridique y gagne : lorsque le Conseil adopte une jurisprudence déjà existante, il ne dit pas le faire par respect pour son auteur, à qui il ne doit, juridiquement rien. En règle générale, d'ailleurs, il ne signale pas l'emprunt, mais l'intègre simplement à son raisonnement comme une évidence. Ainsi naît l'impression qu'il s'agit là, non pas d'un choix conscient et éventuellement dicté par certaines considérations stratégiques, mais d'une nécessité propre au système juridique. Paradoxalement, en quelque sorte, ces transplants, parce qu'ils ne sont pas signalés comme tels, contribueraient à l'unification idéologique de l'ordre juridique.

Par là, il y a une manière d'évincer la question de l'interprétation : le Conseil reprend en effet directement le travail effectué par les autres cours dans la mesure où celles-ci ont dégagé, en réalité, une nouvelle norme (tel ou tel principe général du droit, par exemple, tel ou tel ensemble de critères permettant de vérifier le respect d'un principe). Ce n'est pas tant, cependant, qu'il ne pourrait pas lui-même décider ce que recouvrent les principes énoncés dans le texte constitutionnels, ou les concepts juridiques qui persillent l'ordre juridique français ; ce n'est pas tant, non plus, que ces

¹¹⁹⁷ Voir la (rapide) présentation, faisant la synthèse de plusieurs textes de Watson, dans MOSQUERA VALDERRAMA (Irma Johanna), « Legal transplants and comparative law », *International Law Journal*, 2004, p. 261-276 ; ainsi que l'étude de Watson : WATSON (Alan), *Legal Transplants*, Athen - London, University of Georgia press, 121 p., 1993 (2^e édition).

principes et ces concepts aient, pour de bon, une signification réelle et antérieure qu'il suffirait de découvrir par une contemplation attentive. Lorsque l'on met en relation cette pratique avec la position institutionnelle du Conseil, on peut plutôt avancer que sa faiblesse ne lui laisse guère le choix. La fragilité qui caractérise son autorité l'oblige à une sorte de négociation pour la faire accepter (§ 1). C'est dans ce cadre qu'on peut étudier les diverses formes sous lesquelles il adopte les solutions jurisprudentielles du juge ordinaire (§ 2).

§ 1 L'autorité débile du Conseil constitutionnelle

La réception de la jurisprudence constitutionnelle par les juges ordinaires offre un tableau certes nuancé, mais dont on peut au moins conclure qu'elle est loin d'être automatique. Cette capacité de résistance des cours, tantôt ouverte (a), tantôt plus discrète (b), conduit souvent le Conseil constitutionnel à adopter leur jurisprudence lorsque l'occasion se présente, afin de pouvoir entamer un dialogue avec elles (c).

a. La portée restreinte reconnue aux décisions du Conseil constitutionnel

Le problème fondamental se pose de la même manière qu'en Allemagne : si les décisions du juge constitutionnel s'imposent aux autres organes étatiques, reste à savoir dans quelle mesure. Dans le cas de la France, notamment, puisque le rôle premier du Conseil intervient avant la promulgation de la loi, l'art. 62 C semble superflu en ce qu'il s'adresse aussi aux juridictions : si la loi n'est pas promulguée, ils ne pourront de toutes manières pas prétendre l'appliquer, et donc méconnaître la décision du Conseil. Les deux éléments qui justifient tout de même de s'interroger sur l'autorité de ces décisions sont bien connus : son extension, par le Conseil, aux motifs soutenant de manière nécessaire le dispositif¹¹⁹⁸ d'une part (ce qui amène plus largement au problème des arrêts de règlement) ; d'autre part les réserves d'interprétation, qui permettent un point de rencontre direct entre la décision du Conseil et le juge. Dans le cadre d'une étude qui ne concerne que les rapports directs entre ces institutions, et fondés sur l'articulation entre le droit constitutionnel et les autres champs du droit, nous laissons de côté les cas dans lesquels le juge ordinaire s'appuie sur le droit conventionnel pour écarter une solution adoptée par le Conseil constitutionnel¹¹⁹⁹ ; dans ce cas, on

¹¹⁹⁸ Décision 62-18 L du 16 janvier 1962, *Loi d'orientation agricole (Grandes décisions, n° 12)*, cons. 1.

¹¹⁹⁹ Ainsi de la CAA de Paris, qui s'est fondée sur les critères de la CEDH pour rejeter la validation législative du permis de construire accordée à la fondation Louis Vuitton pour la construction de son bâtiment dans le bois de Boulogne, validation qui avait été acceptée par le Conseil constitutionnel (décision 2011-224 QPC) : CAA Paris, 18 juin 2012, n° 11PA00758 (AJDA 2012/27, p. 1496 ; note M. Sirinelli, *ibid.*).

peut avancer qu'il n'y a pas de conflit, puisque les juges décidaient d'après des textes différents.

Si l'on en croit les études les plus récentes portant sur cette question, il semble que la règle reste toujours une certaine méfiance du juge, judiciaire comme administratif, à l'encontre de la jurisprudence constitutionnelle. Quoique la majorité de la doctrine s'accorde sur le caractère contraignant de l'art. 62 C, l'obligation qu'il énonce ne peut s'appuyer sur des mécanismes de contrôle, et reste ainsi dépendante du bon vouloir du juge. Cette absence de sanction, considère O. Delaunay, « ne fait pas nécessairement de l'article 62 un vœu pieux, [... mais] sa portée demeure enfermée par le juge judiciaire dans un cadre très étroit qui ne lui permet pas d'imposer efficacement la jurisprudence du Conseil constitutionnel »¹²⁰⁰. Il est en effet aisé pour le juge de considérer que l'autorité de la force jugée, une fois qu'il l'a admise, ne vaut que pour la décision d'espèce, sans avoir de validité générale imposant une application dans les situations analogues.

N. Molfessis observait ainsi déjà il y a presque vingt ans que la réception formelle des solutions constitutionnelles par la Cour de cassation est pour ainsi dire inexistante, et il ne semble pas aujourd'hui, d'après l'étude d'O. Desaulnay, que les choses aient changé : la doctrine doit toujours se reposer sur les ressemblances qu'elle découvre elle-même, ou sur les conclusions des avocats généraux pour établir l'influence que peut avoir le Conseil constitutionnel sur la Cour de cassation¹²⁰¹. On comprend, dans ces circonstances, pourquoi le juge judiciaire « consent son rôle de collaborateur du Conseil constitutionnel »¹²⁰².

Dans ce contexte, les confrontations directes sont rares, mais pas impossibles. C'est notamment le cas quand le juge constitutionnel énonce des principes prenant le contre-pied de positions qui, pour n'avoir pas été explicitées jusqu'alors (auquel cas on peut penser, comme on le verra, que le Conseil n'aurait pas fait preuve d'une telle audace), sont apparemment considérées comme inévitables par le juge ordinaire, car une autre solution emporterait des conséquences néfastes. L'exemple le plus fameux de ces conflits est sans doute celui qui éclata entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État à propos de la règle selon laquelle le silence de l'administration vaut rejet de la demande qui lui a été adressée. On sait que le premier avait voulu en faire un principe général du droit (ce qui peut d'ailleurs, en soi, être interprétée comme une forme d'allégeance au juge administratif, puisqu'était reprise une catégorie élaborée par celui-ci), mais que le second a refusé de prendre en compte cette qualification : alors que la solution du Conseil

¹²⁰⁰ DESAULNAY (Olivier), *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009, 852 p., p. 776.

¹²⁰¹ MOLFESSIS (Nicolas), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, 602 p., p. 506-530 ; DESAULNAY, *Application de la Constitution*, p. 623-706.

¹²⁰² *Ibid.*, p. 621.

constitutionnel impliquait que seule une loi pouvait remettre en cause ce principe, le Conseil d'État a appliqué un simple décret qui renversait cette présomption de rejet¹²⁰³. L'intérêt de cet épisode est double : il montre d'abord que l'institution la plus ancienne continue de tenir le haut du pavé, puisque le Conseil constitutionnel s'est rangé à cette solution¹²⁰⁴. Surtout, le Conseil d'État n'a pas agi ainsi par simple ignorance. Comme le révèle le commentaire publié par R. Denoix de Saint-Marc, il a été en toute conscience contre le juge constitutionnel dont la solution lui paraissait, sur le fond, injustifiable (et donc, peut-on compléter, indésirable en ce qu'elle pourrait laisser penser à un pouvoir incontrôlé du juge pour établir les normes)¹²⁰⁵. De semblable manière, les auteurs qui ont étudié la Cour de cassation considèrent qu'elle ne s'oppose frontalement au Conseil constitutionnel, par exemple en refusant d'appliquer la définition très restrictive du monopole qu'on peut dégager de sa jurisprudence, que parce que cette compréhension restrictive se justifie du point de vue constitutionnel pour éviter d'imposer des nationalisations généralisées, alors qu'elle empêcherait le juge judiciaire de mettre efficacement en œuvre les normes reposant sur ce même concept¹²⁰⁶. Dans ce cas aussi, c'est un désaccord doctrinal qui justifie la divergence, sans que le juge se préoccupe de l'autorité de chose jugée.

Nous avons déjà vu que l'autorité peut être comprise de deux manières, comme un élément transcendant et qui ne s'explique pas, ou au contraire comme une domination qui n'apparaît que parce qu'elle est reconnue par celui sur qui elle s'exerce. On retrouve cette ambivalence lorsqu'on considère l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil, en particulier à ses réserves d'interprétation, puisque c'est là que le juge ordinaire peut rencontrer directement la jurisprudence constitutionnelle, et là précisément que celle-ci est censée exercer son autorité. La réception des réserves d'interprétation par le juge ordinaire a d'une certaine manière un effet grossissant, et son étude confirme l'effet restreint qu'ont les décisions du Conseil : acceptation formelle pour le cas d'espèce, rejet lorsqu'il s'agit de diriger plus largement le travail du juge.

C'est en tout cas visible dans le cas du Conseil d'État, qui a rendu un arrêt de principe par lequel il reconnaissait l'autorité des réserves d'interprétation énoncées par le Conseil constitutionnel¹²⁰⁷. Pour autant, ses membres ne se sentent pas liés lorsque ces réserves sont

¹²⁰³ Décision 69-5 L du 26 juin 1969, cons. 5 ; CE, 27 février 1970, *Commune de Bozas*, n° 76380.

¹²⁰⁴ C'est du moins ce qu'affirme Séverine Leroyer (*L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 2011, 756 p., p. 538) en s'appuyant sur la décision 82-152 DC du 14 janvier 1983, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale*. Nous sommes ici forcé d'avouer que nous n'avons pas pu établir le même lien entre ces décisions. Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, le simple fait que le Conseil n'ait pas à nouveau cherché à affirmer sa première position suffit à donner raison au Conseil d'État.

¹²⁰⁵ Voir LEROYER, *Apport du Conseil d'État*, p. 538-539.

¹²⁰⁶ MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, p. 362-364.

¹²⁰⁷ CE, 20 décembre 1985, *SA Établissements Outters*, n° 31927, reprenant et citant la décision 82-124 L du 23 juin 1982 (cons. 2), et abandonnant du même coup la position prise dans CE, 21 novembre 1973, *Société des papeteries de Gascogne*, n° 83046 ; voir à ce sujet DI MANNO (Thierry), « L'influence des réserves d'interprétation », in DRAGO

directives, c'est-à-dire lorsqu'elles prétendent non pas seulement établir le sens d'une norme, mais imposer au juge la méthode à suivre pour appliquer le droit (en l'espèce, la manière d'estimer la valeur d'une entreprise nationalisée)¹²⁰⁸. T. Di Manno conclut ainsi que les réserves d'interprétation ne se voient reconnaître de force normative que de manière restreinte, pour le problème ponctuel traité par le Conseil constitutionnel¹²⁰⁹. On peut certes reconnaître une réception matérielle des principes énoncés par le Conseil (encore n'est-elle pas de règle, loin de là), mais rien ne signale alors, ni cette source jurisprudentielle, ni que le juge ordinaire ait décidé en fonction d'elle¹²¹⁰. Récemment encore, la Cour de cassation en a livré un exemple : lorsqu'elle accepte de prendre en considération la position du juge constitutionnel pour décider si une QPC qu'on lui demande de transmettre est ou non sérieuse, ce n'est qu'en coulisses. Au premier abord, les arrêts de non-transmission puis de transmission du 26 mai 2011 et du 15 mars 2012 semblent contradictoires : les premiers requérants contestent la conformité aux art. 16 et 17 DDHC des art. 12-1 et 12-2 C. expr., et voient leur demande rejetée pour défaut, notamment, de caractère sérieux. Les seconds contestent la conformité des mêmes articles aux mêmes articles, et la Cour décide cette fois que la question « apparaît sérieuse »¹²¹¹. L'arrêt de renvoi ne donne pourtant aucun élément qui justifie ce revirement, et ne mentionne même pas un éventuel changement de circonstances qui l'expliquerait. La solution se trouve en fait dans les conclusions de l'avocat général. Selon lui une décision du Conseil constitutionnel intervenue entre temps dans une matière semblable, sans être directement transposable, « n'en introduit pas moins un élément supplémentaire et nouveau de doute »¹²¹² qui fonderait la Cour à transmettre la question.

Le contrôle *a posteriori* mis en œuvre à partir de 2010 aurait pu, en rendant plus fréquentes les interventions du Conseil constitutionnel, et sur des textes plus souvent appliqués par les

(Guillaume), FRANÇOIS (Bastien), MOLFESSIS (Nicolas), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1996, 415 p., p. 189-272, p. 242-249.

¹²⁰⁸ Comparer CE, 16 avril 1986, Société méridionale de participations bancaires, n° 45170, et la décision 82-139 DC du 11 février 1986, *Loi de nationalisation* [II] : le commentaire publié par le Conseil d'État de sa décision (AJDA, 1986, p. 294) indique que ses juges ne se sont pas crus liés par la solution constitutionnelle. Voir à ce propos DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », p. 203 ; LEROYER, *Apport du Conseil d'État*, p. 545.

¹²⁰⁹ DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », *passim*.

¹²¹⁰ Ainsi, lorsque le Conseil d'État annule une sanction prononcée par la Commission de contrôle des assurances pour n'avoir pas été précédée d'un avertissement, il reprend de fait la solution dégagée par le Conseil constitutionnel à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel (décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 38), mais ne se fonde pour ce faire que sur les travaux préparatoires, et en aucun cas sur cette décision (CE, 21 février 1996, *Mutuelle antillaise d'assurances*, n° 171138 et 172053). En revanche, lorsqu'il avait eu à connaître d'une sanction infligée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, il avait alors explicitement appliqué la réserve d'interprétation en question (CE, 11 mars 1994, *SA « La Cinq »*, n° 115052).

¹²¹¹ Cass. 3ème civ., 26 mai 2011, n° 10-25923 ; Cass. 3ème civ., 15 mars 2012, n° 11-23.323.

¹²¹² Nous remercions à ce propos l'avocat général, M. Jean-Michel Bruntz, de nous avoir communiqué son avis.

juridictions ordinaires, conduire le juge ordinaire à prendre un peu plus en compte la jurisprudence constitutionnelle. Cependant, un rapide examen de la jurisprudence judiciaire tend à confirmer les conclusions déjà tirées à propos du contrôle *a priori* : la citation de décisions rendues par le Conseil constitutionnel est devenue plus courante (quarante-sept cas entre 2010 et le premier septembre 2014, soit trois fois plus que pour toute la période précédente), mais il s'agit simplement de l'application directe d'une QPC récemment tranchée, notamment (dans l'immense majorité des cas) lorsque la Cour casse une décision de cour d'appel rendue avant une annulation par voie de QPC, et qui a donc perdu entre temps son fondement légal. Il s'agit donc là encore d'une simple réception formelle, en aucun cas d'une influence profonde de la solution constitutionnelle sur la jurisprudence judiciaire, encore moins d'une constitutionnalisation du droit telle qu'on a pu l'observer en Allemagne depuis l'arrêt *Lüth*.

À vrai dire, avant comme après la QPC, la confrontation assumée avec le raisonnement du Conseil constitutionnel semble avoir lieu surtout lorsqu'une cour d'appel ou la Cour de cassation y voit un argument afin de provoquer un revirement de jurisprudence pour l'une, ou au contraire de le refuser pour l'autre. C'est ainsi le cas lorsqu'une cour d'appel se fonde, de manière sans doute un peu audacieuse, sur une décision du Conseil pour refuser la requalification de plusieurs contrats de travail à durée déterminée en un seul à durée déterminée, ou lorsque une autre pensait pouvoir se prévaloir de la jurisprudence constitutionnelle pour passer outre l'annulation par le Conseil d'État de dispositions réglementaires qui commandaient l'issue du procès pendant devant elle¹²¹³. Dans ce dernier cas d'ailleurs, la Cour de cassation, en faisant primer l'autorité stricte de la chose jugée par le Conseil d'État sur celle, uniquement matérielle, de la décision rendue par le Conseil constitutionnel, se prémunit en quelque sorte par avance d'une solution à la *Lüth*. C'est encore le cas quand la Cour de cassation corrige l'interprétation, fautive selon elle, d'une décision du Conseil par la juridiction d'appel¹²¹⁴.

b. Une soumission seulement apparente

Même lorsque les décisions du Conseil sont expressément reconnues par le juge ordinaire comme un élément qui le lie, on observe souvent que cette soumission de façade s'accompagne, en réalité, du maintien de son indépendance. C'est en cela qu'un « certain opportunisme [...] paraît

¹²¹³ Pour le premier exemple, voir Cass. soc., 28 mai 2014, n° 13-16.235, note J. Icard, *Cahiers sociaux*, 265, 2014, p. 416. Pour le deuxième, Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-43.329, note M.-T. Lanquetin, *Droit Social*, 2008/4, p. 511.

¹²¹⁴ Cass. 1ère civ., 6 juillet 2005, n° 04-50.055 (note N. Guimezanes, *Revue critique de droit international privé*, 2006/2, p. 361).

caractériser l'utilisation de la jurisprudence constitutionnelle par les tribunaux judiciaires » : elle est utilisée pour ce qu'elle apporte de force à l'argumentation ou pour signifier que l'on respecte les principes sur lesquels repose l'ordre juridique, mais elle est alors interprétée de manière à ne pas contraindre, en réalité, celui qui l'emploie¹²¹⁵.

Cette manière de faire a déjà été mise en évidence : ainsi lorsque la Cour de cassation, tout en affirmant reconnaître le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce consacré par le Conseil constitutionnel, réalise une interprétation téléologique grâce aux éléments qu'a donnés le Conseil lui-même, et maintient ainsi certaines exceptions, notamment en matière commerciale¹²¹⁶. De semblable façon, les garanties accordées au justiciable pour assurer la protection de sa liberté personnelle ont pu être singulièrement affaiblies par la Cour au moment même où elle prétendait les appliquer. C'a été le cas lorsqu'elle a utilisé une qualification qui ne répondait visiblement pas à ce qu'avait en vue le juge constitutionnel afin de contourner sa décision : en considérant que le seul fait qu'un enlèvement avait été commis dans une ville constituait la circonstance de flagrance, elle a considérablement allégé les contraintes qui pesaient sur les agents de police pour fouiller des véhicules, alors que le Conseil constitutionnel venait précisément de censurer la loi qui ne restreignait pas le droit de perquisition des véhicules aux seuls flagrants délits¹²¹⁷. C'a l'a encore été lorsqu'elle ne rangeait pas les mêmes faits que le Conseil sous une qualification qu'il avait établie : alors que celui-ci soumettait le domicile à une protection très large, en incluant notamment dans cette catégorie les locaux commerciaux, la Cour de cassation a réinterprété cette même notion en les en excluant¹²¹⁸.

Le temps en passant ni l'introduction de la QPC n'ont changé cette manière de faire : la doctrine a ainsi pu relever encore récemment que la Cour de cassation donne d'une solution adoptée par le Conseil constitutionnel une interprétation *a minima*, qui en réalité la vidait d'une partie de son sens. Dans la décision 2010-8 QPC, celui-ci a énoncé une réserve d'interprétation imposant que la victime d'un accident de travail causé par la faute inexcusable de l'employeur puisse réclamer réparation intégrale de son préjudice, par delà les dispositions spéciales du code de la sécurité sociale. Si la Cour de cassation a annulé des arrêts de cours d'appel antérieurs et n'ayant donc pas pu

¹²¹⁵ ROUHETTE (Georges), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le droit privé », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 141-152, p. 149-151.

¹²¹⁶ ROBERT (Jacques-Henri), « Fiction : le droit pénal sans la jurisprudence constitutionnelle », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 181-188, p. 184-185.

¹²¹⁷ Cass. crim., 8 novembre 1979, n° 78-92914, à comparer avec la décision 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales (Grandes décisions, n° 29)*, cons. 4-5. Voir à ce propos la note de D. Mayer (D., chron., 1980, p. 99), ainsi que MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, p. 492-494.

¹²¹⁸ Décision 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984 (Grandes décisions, n° 45)*, cons. 28-30 ; comp. Cass. crim., 15 octobre 1990, n° 89-82.280 ; à nouveau sur cette question, MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, p. 492-494.

prendre en compte cette réserve, elle a tout de même refusé d'inclure certains frais parmi ceux dont la victime pouvait demander réparation, et a également consacré le principe d'une réparation forfaitaire, qui risque pourtant de ne pas réparer intégralement le préjudice : il n'est pas certain dès lors que soient bien sujets à réparation « l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale », ainsi que l'exigeait le Conseil constitutionnel¹²¹⁹.

C'est surtout en ce qui concerne les modalités d'application dans le temps des décisions rendues par le Conseil constitutionnel que les deux cours suprêmes ont su faire preuve d'un art consommé pour se soustraire à leurs dispositions pourtant assez explicites. Pour ce qui est de la Cour de cassation, le cas demande certes qu'on use de certaines précautions. On sait en effet que la lutte entre le juge judiciaire et le législateur à propos du « droit à ne pas naître » sur lequel reposait l'arrêt *Perruche* s'est prolongée, après l'adoption de la QPC, devant le juge constitutionnel. Celui-ci avait validé la loi, en censurant cependant les modalités d'application dans le temps qui, puisque celle-ci s'appliquait aux instances en cours, portaient une atteinte excessive aux droits des personnes. Cependant, la formulation retenue est suffisamment ambiguë pour soutenir, ou bien qu'il y a là non pas une simple censure, mais une réserve implicite et une manière de réécriture simultanée (le juge constitutionnel énoncerait l'exacte limite entre la volonté du législateur et ce qu'il lui était permis de faire d'après la Constitution, et énonçant ainsi la nouvelle norme), ou bien que la censure est brute (auquel cas le développement du Conseil sur ce que pouvait faire le législateur relève uniquement de l'*obiter dictum*). Dans le premier cas, cela signifiait que seules les personnes ayant engagé l'instance avant l'entrée en vigueur de la loi pouvaient bénéficier de la jurisprudence *Perruche*. Jusqu'alors, cependant, la Cour de cassation appliquait aussi celle-ci aux situations où l'instance n'avait pas été engagée, mais où l'élément déclencheur (la naissance) était antérieur à la loi de 2002 (elle suivait en cela une jurisprudence déjà ancienne, selon laquelle l'application de la loi est déterminée par le moment où naît la créance¹²²⁰). La première manière de comprendre la QPC tranchée par le Conseil lui imposait donc de restreindre à nouveau le champ d'application de l'arrêt *Perruche*. On comprend sans peine qu'elle ait préféré la seconde, qui lui permettait de résister un peu plus encore à la loi votée pour mettre fin à sa jurisprudence¹²²¹.

¹²¹⁹ Comp. CC 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Époux L.* (note G. Vachet, JCP S, 2010/37, p. 42-44), cons. 18 et Cass. 2ème civ., 4 avril 2012, n° 11-18.014 et 11-10.308, note S. Hocquet-Berg, *Droit social*, 2012/9, p. 839.

¹²²⁰ Cass. 1ère civ., 30 avr. 1965, n° 63-10.165 ; appliqué à la jurisprudence *Perruche* dans Cass. 1ère civ., 8 juillet 2008, n° 07-12.159, note P. Hennion-Jacquet, RDSS, 2008/5, p. 975.

¹²²¹ Comparer CC 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.* (note F. Hamon, PA, 2010/150, p. 4-9 ; P. Puig, RTDCiv., 2010/3, p. 517), cons. 23 et Cass. 1ère civ., 15 décembre 2011, n° 10-27.473, note D. Vigneau, D., 2012 ; p. 323 (considérant que la Cour de cassation a méconnu la décision, certes maladroitement formulée, du Conseil) ; P. Deumier, RTDCiv., 2012, p. 75 (de l'avis au contraire qu'il n'y a là qu'un *obiter dictum* qui ne lie pas le juge).

Sur le fond, les arguments en faveur de l'une ou l'autre lecture se valent. L'intérêt de cette décision n'est donc pas tant de savoir si la Cour de cassation a ou non déformé volontairement une décision du Conseil constitutionnel, mais il réside plutôt dans la manière par laquelle la Cour de cassation s'est, de toutes manières, affranchie de celle-ci. Elle remarque en effet, à l'encontre du requérant qui voulait voir appliquée la prétendue réserve implicite du Conseil, que « si l'autorité absolue que la Constitution confère à la décision du Conseil constitutionnel s'attache non seulement à son dispositif mais aussi à ses motifs, c'est à la condition que ceux-ci soient le support nécessaire de celui-là ». C'est une manière d'admettre visiblement la position déjà évoquée du Conseil qui étend l'autorité de ses décisions aux motifs (62-18 L), tout en se réservant une marge d'appréciation certaine pour déterminer ceux des motifs qui pourront de fait être considérés comme nécessaires, et donc obligatoires pour le juge.

Le Conseil d'État a utilisé le même type de raisonnement pour écarter, d'une manière plus visible encore, les décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Il ne se contente pas en effet d'ignorer les motifs qui ne lui sembleraient pas le soutien nécessaire du dispositif, mais, non sans une certaine perversité, reformule celui-ci au regard des motifs qui le fondent. Dans une décision de 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article L43 du code des pensions civiles et militaires, qui prévoyait de partager la pension de réversion accordée au conjoint survivant d'un fonctionnaire civil ayant eu des enfants de lits différents à parts égales entre ces lits. Cet article contrevenait en effet au principe d'égalité en provoquant une différence de traitement entre une fratrie nombreuse née d'un seul lit et un enfant unique né d'un autre¹²²². Confronté à un requérant qui réclamait l'application de cette disposition, le Conseil d'État décide de l'appliquer tout de même, en énonçant pour considérant de principe que

si, compte tenu des motifs qui sont le support nécessaire de la décision du Conseil constitutionnel et eu égard à l'objet du litige, les parties ne peuvent utilement demander aucune remise en cause des effets de la disposition déclarée inconstitutionnelle en se prévalant des droits et libertés auxquels le Conseil constitutionnel a jugé que cette disposition portait atteinte, il appartient au juge de faire application de la disposition en cause pour le règlement du litige¹²²³

On voit ce qu'il y a là de pervers : au lieu que les motifs peuvent normalement, s'ils en sont le fondement nécessaire, profiter de l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil, le juge administratif retourne ici l'affaire pour faire dépendre le dispositif de ce qu'expriment les motifs. On le comprendra mieux d'après les faits de l'espèce. Le ministre du budget contestait un arrêt du tribunal administratif qui avait annulé l'arrêté par lequel il divisait en deux la pension versée à la partie adverse après qu'un enfant naturel du défunt, et reconnu par lui, avait fait valoir ses droits. Il

¹²²² Décision 2010-108 du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.* (note F. Dargent, RFDC, 87, 2011, p. 598-601).

¹²²³ CE, 4 mai 2012, n° 337490.

s'était en effet contenté de constater l'existence de deux lits, et avait simplement appliqué la répartition prévue par l'article en question. Aux yeux du Conseil d'État, la question n'est donc pas celle qu'a tranchée le Conseil constitutionnel : « l'objet du litige qui oppose Mme A au ministre, [...] ne porte que sur le partage de la pension de réversion entre un conjoint survivant et un orphelin naturel et non sur les modalités du partage entre enfants issus de lits différents de la part de la pension de réversion qui leur revient ». Puisque ce sont ces modalités de partage qui justifiaient la censure du Conseil constitutionnel, les questions réglées par l'article censuré qui ne portaient pas sur ce point précis devraient donc, en réalité, être toujours appliquées. On voit que c'est une manière assez osée d'interpréter les décisions du Conseil, en ignorant tout bonnement le dispositif et en faisant mine de croire que leur portée se cantonne à l'inconstitutionnalité matérielle, charge ensuite au juge ordinaire de la lever dans les cas d'espèce.

c. Un jeu de va-et-vient entre juge ordinaire et juge constitutionnel

Outre ces différents moyens qu'ont les juges ordinaires de ne pas prendre en considération la jurisprudence constitutionnelle, ou de le faire seulement en apparence, on ne doit pas oublier non plus l'importance que donne aux cours suprêmes des deux ordres leur rôle de filtre dans le contentieux QPC. Elle leur permet en effet de déterminer ce dont le Conseil constitutionnel ne pourra pas connaître, en particulier lorsqu'il pourrait, à cette occasion, porter atteinte à leur propre jurisprudence.

On comprend que l'intérêt du Conseil constitutionnel est plutôt de rechercher une intégration harmonieuse dans l'ordre juridique déjà établi, par exemple en donnant force constitutionnelle à des interprétations ou à des principes énoncés par le juge ordinaire, et que celui-ci sera donc d'autant plus enclin à reprendre. C'est ainsi faire un faux-procès, nous semble-t-il, que d'affirmer que la Cour de cassation, par exemple, ne se contente pas d'intégrer le droit constitutionnel à ses normes de références lorsqu'elle fait, à l'exemple du Conseil, du droit à l'avocat un droit fondamental et constitutionnel, puisque ce genre de principes fondamentaux du droit sont déjà inhérents à la procédure civile, et que c'est en réalité le juge constitutionnel qui s'en est inspiré¹²²⁴. On voit en effet plutôt ici à l'œuvre, précisément parce que le juge, sans en avoir particulièrement besoin, se place plutôt au point de vue constitutionnel qu'à celui, habituel, des principes généraux du droit, la force de légitimation que peut avoir l'argument constitutionnel. Il est donc incomplet, sinon parfois faux

¹²²⁴ Cette position défendue par BEIGNIER (Bernard), « Procédure civile et droit constitutionnel », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 153-173, p. 165-170.

(comme l'a prouvé l'arrêt *Koné*¹²²⁵) de ne considérer les principes constitutionnels que comme « les habits neufs (un peu prétentieux) d'antiques vérités du droit »¹²²⁶ : si le juge ordinaire y a recours, c'est qu'il trouve un intérêt à pouvoir s'appuyer sur une norme située au sommet de la hiérarchie des normes (et censée plus ou moins explicite) plutôt que sur un principe découvert par lui dans le système juridique.

Dans de très nombreux champs du droit, on peut en effet observer comme, de la même manière, le juge ordinaire reprend volontiers (bien plus volontiers que dans les cas présentés auparavant) les décisions du Conseil constitutionnel lorsqu'y sont transcrites des principes qu'il avait déjà dégagés. L'exemple sans doute le plus connu parce qu'y luttent la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le législateur est celui des contrôles d'identité. Si la Cour de cassation a repris dans son arrêt *Bechta*¹²²⁷ les critères énoncés dans une réserve d'interprétation par le Conseil constitutionnel, ce n'est sans doute pas tant qu'elle se trouvait contrainte par l'autorité de cette réserve, mais plutôt qu'elle s'appuyait avec joie sur la constitutionnalisation de sa jurisprudence ainsi effectuée par le Conseil. On sait en effet que la disposition contrôlée et jugée conforme sous réserve avait notamment pour but de renverser la jurisprudence constante de la chambre criminelle qui interdisait les contrôles d'identité arbitraires. En prévoyant que « l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle », le Conseil constitutionnel la vide de son venin¹²²⁸. L'ajout du législateur – le contrôle pouvait avoir lieu « quel que soit le comportement » de l'individu contrôlé – était une réponse directe à la Cour de cassation, qui exigeait que l'atteinte à l'ordre public qu'a pour but de prévenir le contrôle « soit directement rattachable au comportement de la personne dont l'identité est contrôlée »¹²²⁹. En faisant mine de l'ignorer et en rappelant que tout contrôle d'identité doit se fonder sur des éléments objectifs, le Conseil a bien donné raison en cette matière à la Cour de cassation.

Le juge administratif est lui aussi plus enclin à s'appuyer sur les décisions du Conseil constitutionnel lorsque celles-ci reprennent directement sa propre jurisprudence. En 1983, à la même époque où, comme nous l'avons signalé, il refusait de se croire tenu sur le fond par l'article

¹²²⁵ V. Champeil-Desplats a montré comment le recours à la catégorie des PFRLR dans cet arrêt était le seul moyen pour le Conseil d'État de ne pas être contraint par la convention d'extradition tout en respectant la hiérarchie des normes (CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « L'arrêt Koné, à la lumière de la théorie des contraintes », *in id.*, TROPER (Michel), GREGORCZYK (Christophe), dir., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005.

¹²²⁶ BEIGNIER (Bernard), « Procédure civile et droit constitutionnel », p. 171.

¹²²⁷ Cass. 2ème civ., 28 juin 1995, n° 94-50.002.

¹²²⁸ Décision 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* (note P. Wachsmann, AJDA, 1993, p. 815), cons. 9.

¹²²⁹ Cass. crim., 10 novembre 1992, n° 92-83.352. Sur l'ensemble de cet épisode, on pourra à nouveau se reporter à DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », p. 251-261.

62 C, il cite pourtant pour la première fois expressément une solution constitutionnelle¹²³⁰. C'est que dans la décision 79-105 DC, le Conseil constitutionnel a repris presque mot pour mot le raisonnement par lequel le Conseil d'État, dans l'arrêt *Dehaene*, a justifié les importantes limitations qui peuvent être apportées au droit de grève dans le secteur public¹²³¹. Citer cette décision dans un nouvel arrêt portant sur le droit de grève à la radio et à la télévision est finalement une façon de rendre la politesse.

De telles confirmations constitutionnelles peuvent aussi servir le juge ordinaire lorsque ses solutions sont particulièrement discutées par la doctrine. En autorisant une loi qui prévoyait la possibilité d'infliger des sanctions pénales en droit du travail pour réprimer des manquements aux conventions passées entre les parties, le Conseil constitutionnel est ainsi intervenu en renfort de la Cour de cassation, qui était fort critiquée pour défendre cette position¹²³². La valeur confirmative est encore évidente lorsqu'il consacre par sa jurisprudence les syntagmes génériques, ceux qui précisément donnent au juge un large pouvoir de décision. Ainsi d'une formule comme « par tout autre moyen » : on la retrouve à plusieurs reprises dans les codes, et la confirmation donnée en une occasion par le Conseil devient une sorte de « certificat de non-contrariété » à la Constitution pour les autres¹²³³.

En définitive, l'harmonisation de la jurisprudence rendue nécessaire par les contraintes institutionnelles que nous avons évoquées (préserver l'image du pouvoir judiciaire afin de protéger son propre pouvoir) semble devoir s'effectuer en faveur du juge ordinaire plus que du juge constitutionnel. Le fait qu'il arrive en dernier – et qu'il ait longtemps parlé en dernier – laissait déjà entrevoir cela.

¹²³⁰ Dans la décision CE, 1^{er} juillet 1983, *Syndicat unifié de la radio et de la télévision-C.F.D.T.*, n° 20838.

¹²³¹ Comp. CC 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, cons. 1 (« les constituants [...] ont habilité le législateur à tracer [les limites du droit de grève] en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ») et CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, n° 01645 (« l'assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte »). Voir également LEROYER, *Apport du Conseil d'État*, p. 544.

¹²³² MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, p. 329-330 (à propos de la décision 82-145 DC du 10 novembre 1982, *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*).

¹²³³ *Ibid.*, p. 323.

§ 2 Des transplants à plusieurs niveaux

La manière la plus naturelle pour le juge constitutionnel de répondre à cette contrainte est d'adopter expressément les solutions déjà dégagées. On vient de montrer que cela permettait une forme de négociation avec le juge ordinaire, qui pouvait en contrepartie s'appuyer sur les décisions du Conseil et reconnaître leur autorité. Surtout, cela permet d'établir une forme d'unité matérielle de l'ordre juridique qui, en plus d'assurer aux justiciables une plus grande égalité de traitement, remplit l'exigence de cohérence qui caractérise le droit. Cette perspective demeure certes pour ainsi dire abstraite du point de vue institutionnel : le juge ne se préoccupe apparemment pas des autres cours, mais avant tout du droit, qui forme un objectif en soi. C'est d'ailleurs en cela, nous l'avons dit, que se justifie une approche comparant cette pratique aux transplants juridiques : la réception y paraît libre et seulement fondée sur des questions d'opportunité. Pour autant, il n'est pas vain d'en présenter les modalités, justement parce qu'elle représente la partie la plus visible des efforts consentis par le Conseil constitutionnel afin de s'intégrer (et la Constitution avec lui) à l'ordre juridique préexistant.

La réception s'exerce à tous les niveaux : elle concerne d'abord les principes et normes de référence (a), mais aussi la définition de concepts particulièrement fondamentaux du droit qui doivent être maniés par le juge (b) ; enfin, les méthodes elles-mêmes sont souvent reprises des juridictions ordinaires (c). Dans tous les cas, la question de l'interprétation paraît évincée : il y a bien application du droit, mais d'un droit apparemment naturellement déjà fixé et qui ne semble pas requérir le débat. Le juge constitutionnel y trouve encore son intérêt en ce qu'il affiche de cette manière sa capacité à absorber et utiliser les marqueurs sociologiques des juristes.

a. Normes de référence du contrôle

G. Vedel a mis en lumière les différents modes de réception de la jurisprudence administrative par le Conseil constitutionnel¹²³⁴. Nous n'adoptons pas la distinction qu'il opère entre, par exemple, réception-confirmer et réception-transposition car elle ne paraît pas adaptée à la question que nous posons. Nous ne cherchons pas en effet à décrire la gradation de solutions qui reprennent directement ou non (s'appliquant ou non au même objet) des précédents du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, mais plutôt, dans une perspective orientée d'après la question de l'interprétation, à montrer que les divers stades où celle-ci pourrait entrer en jeu peuvent tous donner

¹²³⁴ VEDEL (Georges), « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, 707 p., p. 647-672.

lieu à des manifestations d'allégeance qui garantissent l'harmonie générale de la jurisprudence.

Au delà de la simple référence superfétatoire, et pourtant régulière, à des principes reconnus par le juge ordinaire – pratique représentative de cette articulation douce que recherche le Conseil¹²³⁵ –, l'adoption de principes ou de solutions dégagés par le juge ordinaire en est l'exemple le plus visible. Nous concevons par là des décisions qui s'appuient sur les interprétations de règles constitutionnelles déjà énoncées par une autre juridiction. Le pouvoir réglementaire général confié à l'exécutif par-delà l'adoption de la Constitution de 1958 en fournit une illustration d'autant plus saisissante que ce changement du contexte juridique aurait pu inviter à réviser la jurisprudence traditionnelle datant de l'arrêt *Labonne*. Celle-ci, fondée sur le silence des lois constitutionnelles de 1875, pouvait en effet être remise en cause par l'art. 34 C, qui effectue la répartition des champs entre les pouvoirs et qu'on pourrait donc invoquer pour exiger un fondement législatif aux divers pouvoirs réglementaires. À l'exemple du Conseil d'État, dont il reprend mot à mot la solution, le Conseil constitutionnel a cependant considéré que « l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du Gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement »¹²³⁶.

On trouve également des exemples de cette réception en droit privé. Le principe fondamental du droit pénal qu'est l'interdiction de condamner deux fois une personne pour les mêmes faits n'est pas reconnu en tant que tel comme ayant valeur constitutionnelle, le Conseil ayant pu, à chaque fois que l'argument était invoqué, déclarer que la question, « en tout état de cause », ne se posait pas au regard des textes contestés, qui en réalité ne risquaient pas de contrevenir au principe. Comme toujours dans ce genre de jurisprudence, on peut aussi bien en conclure que le Conseil a pris soin de ne pas reconnaître celui-ci, auquel il dénie donc la valeur constitutionnelle, qu'y voir au contraire une acceptation tacite et une forme d'avertissement au Parlement : s'il allait jusqu'à énoncer un texte si gravement contraire aux principes du droit français, le Conseil serait obligé d'agir et de reconnaître expressément portée constitutionnelle à l'adage *non bis in idem*¹²³⁷.

¹²³⁵ Voir par exemple la référence à une règle « au demeurant traditionnelle » en droit français dans la décision 81-133 DC du 30 décembre 1981, *Loi de finances pour 1982*, cons. 7 (cité par Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, p. 467-468).

¹²³⁶ Décision 87-149 L du 20 février 1987, *Nature juridique de dispositions du code rural et de divers textes relatifs à la protection de la nature*, cons. 7 (repris plus récemment dans 2000-434 DC du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, cons. 19) ; à comparer à CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve* et surtout CE, 22 décembre 1978, *Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure*, n° 04605 : malgré la compétence législative qu'il énonce, « l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du Gouvernement les pouvoirs de police générale qu'il exerçait antérieurement ». On peut renvoyer sur ce point au commentaire de l'arrêt *Labonne* qui figure dans le GAJA, p. 219-222. G. Vedel utilise d'ailleurs également ce cas comme exemple typique de la réception-confirmer (cf. « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État... », p. 653-654).

¹²³⁷ Dans la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale* (note L. Gay, RFDC, 50, 2002, p. 422-438), cons. 80-86, le Conseil accepte certes qu'il existe plusieurs incriminations possibles pour les mêmes faits (en l'occurrence, pour le harcèlement). Cependant, il ne manque pas de relever que la définition matérielle des deux délits n'est pas exactement la même (ce qui laisse penser que l'un pourrait être considéré comme une *lex specialis* par rapport à l'autre). Dans des décisions récentes, on relève toujours la même incertitude, mais qui peut, selon

Quoi qu'il en soit de cette question précise, on est obligé de remarquer que le juge constitutionnel a fait en sorte d'intégrer à son contrôle des critères permettant de vérifier que le justiciable est bien protégé en pratique contre les conséquences éventuelles d'une double incrimination. On sait en effet qu'il exige par une jurisprudence constante que l'ensemble des peines infligées ne soit pas plus lourd que la peine maximale prévue pour l'incrimination la plus grave¹²³⁸. Si l'on songe à la question de la sécurité juridique étudiée plus haut, on est frappé de certaines similitudes : le Conseil rechigne à reconnaître formellement un principe sans fondement textuel, et qui risquerait surtout de se révéler particulièrement contraignant et délicat à manier, mais tâche tout de même de garantir en pratique le même niveau de protection. En cela, il permet une articulation entre bloc de constitutionnalité et ordre juridique. C'est en effet la structure profonde de ce même ordre juridique qui justifie généralement l'existence de deux incriminations, puisque cette coexistence apparaît le plus souvent lorsque des sanctions administratives se conjuguent à des sanctions pénales¹²³⁹.

Sans prétendre donner un panorama complet de ce type de réception, ce qui serait seulement fastidieux, on insistera sur un élément assez significatif : que le Conseil constitutionnel se fait aussi le réceptacle des dérogations aux règles générales dans certaines matières. Le droit du travail en fournit un exemple, lorsque le législateur par exemple prévoit qu'un employeur peut être redevable des amendes et frais de justice frappant un salarié responsable d'un accident du travail. Cette disposition, pourtant un affront visible au principe de personnalité de la responsabilité pénale, n'a pas été censurée par le Conseil constitutionnel. La décision est trop laconique pour pouvoir en tirer des conclusions certaines, mais il est tout de même difficile de soutenir, comme le fait le Conseil, que la loi ne porte atteinte « à aucune disposition de la Constitution ni à aucun autre principe de valeur constitutionnelle applicable en matière pénale ». L'indice est sans doute donné par le texte de la loi lui-même, qui s'appuie sur les conditions de travail et renvoie ainsi à ces particularités du droit

certain auteurs, être interprétée comme un pas vers la reconnaissance du principe *non bis in idem* (décision 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 5-6 et 25-30 (voir la note de H. Lesaffre, PA, 2010/48, p. 3-8).

¹²³⁸ Décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* (note P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, 52, 1990, p. 189), cons. 15-23.

¹²³⁹ Voir ainsi dans la décision 2012-289 QPC du 17 janvier 2013, *M. Laurent D.*, cons. 3 ; en l'espèce, cependant, le Conseil a soin de montrer que les visées des deux systèmes de sanction sont suffisamment différentes pour que l'un n'empiète pas sur l'autre (tout deux sont nécessaires dans leur contexte) – cette précision est d'autant plus significative qu'elle est en réalité superflue, la loi interdisant expressément le cumul des sanctions en cette matière.

La pertinence de ces doubles systèmes de sanction apparaît de manière particulièrement claire en droit de l'environnement, par exemple : le maintien de la responsabilité générale fondée sur l'article 1382 C.Civ. se justifie au regard des limites que connaît la police administrative spéciale mise en place pour prévenir et sanctionner les atteintes à l'environnement ; là encore, c'est le principe de non-dépassement de la plus lourde sanction prévue qui permet de maintenir ce cumul dans les clous constitutionnels (voir CAMPROUX-DUFFRÈNE (Marie-Pierre), « Le contentieux de la réparation civile des atteintes à l'environnement après la loi du 1er août 2008 sur la responsabilité environnementale », *Revue Lamy Droit Civil*, 2010, p. 71 ; cf. également les décisions récentes du Conseil constitutionnel qui acceptent cette pratique, notamment la décision 2011-116 du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre* (note F. Nesi, *Constitutions*, 2011/3, p. 411-414), cons. 4-7 : l'existence d'une disposition spéciale n'empêche pas de se fonder également sur la responsabilité générale).

du travail justifiées par la spécificité de la matière¹²⁴⁰. T. Revet en conclut à une forme de désintérêt du Conseil constitutionnel à l'égard du droit du travail : il accueille bien les particularités élaborées par le juge ordinaire, mais ne cherche pas à bâtir un ensemble organisé, un véritable « droit constitutionnel du travail ». Notamment parce qu'il ne cherche pas à systématiser, lorsqu'il en a l'occasion sans que ce soit nécessaire, certains principes fondamentaux de la matière¹²⁴¹. Cette forme de pragmatisme nous semble justement particulièrement intéressante : elle montre en effet que le Conseil ne cherche pas à édifier une sorte de système constitutionnel surplombant, unifié et cohérent, mais avant tout à intégrer, au cas par cas, les normes et principes déjà élaborés par le juge ordinaire.

Avant d'en finir avec ces principes, on rappellera cependant qu'ils ne signalent pas nécessairement une soumission entière au juge ayant le premier établi le principe repris. Tout comme le juge ordinaire, en interprétant une jurisprudence constitutionnelle comme s'il s'agissait d'un texte, peut lui donner plus ou moins le sens qui lui plaît (et ne s'en prive d'ailleurs pas, on l'a vu), le Conseil constitutionnel peut, par souci de dialogue, adopter un principe énoncé par une autre cour sans qu'on soit certain qu'il l'applique de la même manière. Ainsi, il est évident pour chacun que lorsque le considérant de principe sur les validations législatives évolue pour exiger, non plus seulement un « motif d'intérêt général suffisant », mais un « motif impérieux d'intérêt général », c'est, tout comme en leur temps les décisions 99-422 et -425 DC après l'arrêt *Zielinski* de la CEDH¹²⁴², afin de se mettre en conformité avec la jurisprudence européenne. Rien ne garantit cependant que le contrôle tel qu'exercé sur chaque espèce maintiendra réellement cet accord derrière la façade formelle¹²⁴³.

b. Concepts et critères de reconnaissance

L'assimilation des solutions rendues par le juge ordinaire se rencontre également au niveau

¹²⁴⁰ C'est en tout cas l'opinion, à laquelle nous nous rallions, de Thierry Revet, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 53-65 (p. 60-61). Il s'appuie sur la décision 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail* (note L. Favoreu, RDP, 1978, p. 817 ; la citation que nous faisons au cons. 2).

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 61-65.

¹²⁴² CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal c/ France* ; CC 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 62-66, et -425 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, cons. 8-11 ; voir pour l'ensemble aux *Grandes décisions*, n° 7.

¹²⁴³ En l'espèce, il semble que ce soit le cas : J. Roux considère que si l'intérêt en question est financier, il satisfait tout de même aux exigences énoncées par la CEDH (note sous CC 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA*, AJDA, 2014/21, p. 1204-1208).

des concepts juridiques. Là encore, le juge constitutionnel s'en remet explicitement à des interprétations déjà effectuées par les autres juridictions. Cela lui permet toujours d'assurer une forme de « cohérence horizontale »¹²⁴⁴ de l'ordre juridique, tout en ne remettant pas en cause son autonomie : c'est en effet lui qui décide de s'inspirer de solutions déjà existantes, sans pour autant y être contraint (rien du moins ne l'indique). La chose aussi est ancienne : N. Molfessis fait ainsi remarquer que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il a dû définir des critères permettant de qualifier le dirigeant d'une personne morale, a adopté en l'absence de toute disposition législative ceux de la Cour de cassation et ainsi pu considérer l'existence de dirigeants de fait¹²⁴⁵.

La chose est plus évidente encore en ce qui concerne des notions pivots du droit administratif. Lorsque le Conseil constitutionnel est confronté à une norme qui évoque les établissements publics, il ne cherche pas à appréhender cette notion en faisant comme si le juge administratif ne s'y était jamais frotté de son côté. Plutôt, il paraît faire un contrôle autonome (ou du moins ne signale pas sa dette à l'égard du Conseil d'État), mais se repose en fait entièrement sur les critères déjà dégagés par la jurisprudence administrative. On l'a vu lorsque fut examinée la loi sur l'archéologie préventive : les requérants contestaient notamment la création d'un « établissement public national à caractère administratif » à qui reviendrait un ensemble d'activités parfois exercées par des sociétés privées dans un cadre concurrentiel. Si l'argument tiré de l'incompétence du législateur avait peu de chances de prospérer une fois admis le caractère nouveau de l'établissement (dont l'instauration était dès lors confiée à la loi), la détermination de son caractère, administratif ou industriel et commercial, était d'importance pour en déduire les règles qui s'appliqueraient. Les requérants considéraient que cette qualification relevait du pouvoir réglementaire (ce qui ne pouvait cependant pas entraîner l'inconstitutionnalité du texte d'après la jurisprudence constante du Conseil¹²⁴⁶), et surtout qu'elle était inappropriée sur le fond.

C'est là que réside tout le problème : on sait que le caractère administratif ou industriel et commercial d'un établissement public dépend normalement de sa nature, laquelle est déterminée par le juge au regard de la situation concrète, sauf à ce que le législateur ait imposé l'une des qualifications afin de soumettre l'établissement au régime afférent¹²⁴⁷. Ce pouvoir législatif (sous le contrôle du gouvernement : la matière étant réglementaire, il peut toujours intervenir lui-même) se voit donc précisément reconnaître le pouvoir de dépasser la qualification jurisprudentielle lorsque la

¹²⁴⁴ MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, p. 308-313 (l'exemple qui suit au même endroit).

¹²⁴⁵ Décision 76-5 I du 18 octobre 1977, *Examen de la compatibilité de certaines fonctions avec l'exercice du mandat parlementaire (Monsieur Marcel DASSAULT, député)* (note L. Philip, RDP, 1978, p. 1574), cons. 6 : « la notion de direction de fait, au sens de ce texte, doit s'entendre d'une participation à la conduite générale de l'entreprise active, régulière et comportant prise de décisions ».

¹²⁴⁶ Décision 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus (Grandes décisions, n° 16)*, cons. 11.

¹²⁴⁷ Ce depuis l'arrêt CE, 22 janvier 1921 *Société commerciale de l'Ouest africain* (GAJA, n° 36)

bonne marche de l'établissement le requiert selon lui. De ce fait, le Conseil ne devait pas avoir la possibilité de contrôler cette qualification, manquant même d'un texte de référence à cet effet. Pourtant, au lieu de repousser comme inopérante l'argumentation des requérants, il constate que « le caractère d'établissement public administratif attribué par le législateur à l'établissement créé par l'article 4 est conforme à ses missions, à ses modalités d'intervention et à l'origine de ses ressources »¹²⁴⁸. Or ces critères sont précisément ceux qui, d'après la jurisprudence du Conseil d'État, permettent de reconnaître la nature d'un établissement public¹²⁴⁹. De cette manière, l'intervention du législateur, destinée à pouvoir contourner les règles établies par le juge administratif, se trouvent à leur tour dépassées par la jurisprudence constitutionnelle.

Ainsi, le juge constitutionnel a fait, d'une certaine manière, front commun avec le Conseil d'État pour faire prévaloir une conception matérielle de l'établissement public, en soumettant les dérogations législatives au même contrôle. Il est remarquable que cette unité du pouvoir judiciaire se réalise ici au détriment du pouvoir politique.

Cette pratique s'observe également à propos d'autres concepts, surtout lorsque ceux-ci ont déjà fait l'objet d'une attention particulière dans un champ du droit. Il en va ainsi des concepts d'abord dégagés par la jurisprudence en matière fiscale, comme le montre la QPC 2011-221. La constitutionnalité des dispositions contestées y dépendaient en effet de la qualification juridique donnée aux contributions volontaires obligatoires perçues par les interprofessions agricoles. Puisque seul le principe de ces contributions, mais pas le détail, était établi par la loi, les considérer comme des taxes aurait en effet conduit à déclarer le texte contraire à la Constitution sur le fondement de l'incompétence négative du législateur. Or la qualification de ces sommes était discutée : la Commission européenne avait déjà averti la France qu'elle y voyait des ressources publiques, et les requérants en concluaient qu'on avait là affaire à des impositions. Cependant, le Conseil d'État avait au contraire considéré que les cotisations ne constituaient pas des aides d'État, ce qui impliquait qu'elles ne pouvaient pas être des ressources issues de l'impôt¹²⁵⁰. Le Conseil constitutionnel peut bien rappeler dans le commentaire de cette décision qu'il n'est pas tenu par le régime juridique que peuvent avoir ces contributions en droit communautaire, et par conséquent ne pas suivre l'argumentation des requérants, il n'en reste pas moins que sa position serait plus difficile à tenir si elle ne rencontrait pas, heureux hasard, celle du Conseil d'État. Surtout, et quoi qu'il soit de cette

¹²⁴⁸ Décision 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive* (note E. Fatome, AJDA, 2001/3, p. 222-225), cons. 6.

¹²⁴⁹ Comp. CE, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, qui détermine la nature de l'établissement au regard de sa mission, de ses sources de financement et de ses modalités de fonctionnement ; idem, et malgré une qualification par décret : CE, 4 juillet 1986, n° 22836.

¹²⁵⁰ CE, 21 juin 2006, *Confédération paysanne*, n° 271450.

première question, la qualification positive de ces obligations comme taxes parafiscales ou non suit également les critères dégagés par le juge administratif pour des cas semblables. Si la jurisprudence du Conseil est suffisamment riche pour déterminer ce qui relève des taxes parafiscales, elle est trop pauvre en revanche pour offrir les critères permettant d'exclure de cette catégorie très ouverte tel ou tel objet qu'on lui soumet. Le Conseil d'État, pour laconique qu'il soit, avait quant à lui depuis longtemps décidé que les cotisations aux ordres professionnels, une question en somme tout à fait analogue à celle qui se posait en l'espèce au Conseil constitutionnel, ne constituaient pas des impositions, notamment parce qu'elles ont « pour objet de procurer à l'ordre les ressources nécessaires à son fonctionnement comme à l'accomplissement des missions que le législateur lui a confiées »¹²⁵¹. C'est le même raisonnement qui sert au Conseil pour déterminer la nature de ces contributions lorsqu'il constate « qu'elles tendent au financement d'activités menées, en faveur de leurs membres et dans le cadre défini par le législateur, par les organisations interprofessionnelles »¹²⁵².

On constate ainsi que l'harmonisation des solutions constitutionnelles avec celles retenues par le juge ordinaire concerne, en plus de l'interprétation abstraite des normes de référence du contrôle la qualification juridique des objets de ce contrôle. Pour que tout le processus d'interprétation du droit puisse être repris du juge ordinaire, il ne manque donc que les méthodes. Elles aussi sont parfois empruntées aux autres juridictions.

c. Méthodes

La procédure du contrôle *a posteriori*, parce qu'elle concerne des textes souvent bien établis dans l'ordre juridique, conduit peut-être le juge constitutionnel à faire preuve d'un peu plus de souplesse que le contrôle *a priori*, ou au moins à chercher plutôt à adapter qu'à annuler lorsque la chose est possible. Cela le conduirait à agir d'une manière semblable au juge ordinaire, qui doit souvent (éventuellement pour d'autres raisons, comme son incapacité à annuler lui-même la loi) chercher à concilier plus qu'à trancher. De sorte qu'il serait d'autant moins étonnant de constater que le Conseil reprend les outils développés à cette occasion par le juge ordinaire.

La chose est très visible à propos d'une technique inventée par le Conseil d'État pour concilier avec la CESDH une norme qui lui paraissait d'abord contraire. Dans l'arrêt *Bitouzet*, le requérant contestait l'art. 160-5 du code de l'urbanisme, qui exclut certaines servitudes de toute

¹²⁵¹ CE, 23 octobre 1981, *M. Sagherian*, n° 16903.

¹²⁵² Décision 2011-221 QPC du 17 février 2012, *Société Chaudet et Fille et autres*, cons. 4.

indemnisation. Le Conseil d'État ne se contente pas de constater qu'un intérêt général peut justifier certaines limitations au droit de propriété, il ajoute à la loi pour offrir une possibilité de recours au justiciable, « dans le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que de son contenu, que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi »¹²⁵³. Comme le remarquent les commentateurs, la compatibilité de la loi et du traité paraissait en l'espèce incertaine, et c'est le juge qui la construit lui-même « En ajoutant à l'édifice préexistant une aile bâtie de fond en comble à l'aide de matériaux directement transposés du vocabulaire et des catégories de pensée de la Cour européenne des droits de l'homme »¹²⁵⁴.

Dans une décision particulièrement discutée par la doctrine, le Conseil a repris la formulation exacte afin de donner un fond suprême de constitutionnalité à un texte qui semblait à première vue évidemment contraire à l'art. 17 DDHC. La disposition en cause permet en effet à l'autorité administrative de transférer d'office dans le domaine public une voie privée ouverte au public ; ce sans indemnité, et même le cas échéant contre l'opposition déclarée du propriétaire. Bien conscient que le premier argument, celui d'une sorte d'indemnisation implicite puisque le propriétaire est déchargé des travaux d'entretien qui lui incombent jusqu'alors, est pour le moins fragile, le Conseil a ajouté, contre la lettre du texte, « qu'au demeurant, le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où le transfert de propriété entraînerait pour le propriétaire une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi »¹²⁵⁵. Le transfert est si évident qu'on a pu parler de « Bitouzette constitutionnelle »¹²⁵⁶. Selon M.-L. Dussart, cette réception des méthodes du juge administratif est avant tout la preuve d'une erreur du Conseil qui confond « les deux régimes du transfert forcé et de la responsabilité de l'administration pour rupture d'égalité devant les charges publiques »¹²⁵⁷. Cette erreur même, si tant est qu'erreur il y ait, nous semble justement le plus intéressant : ce n'est pas tant la rigueur doctrinale qui paraît au Conseil pouvoir fonder sa solution que de se rattacher à une solution déjà prise par le juge ordinaire, surtout lorsque celle-ci permet d'adapter la loi à la Constitution. Ou le permet du moins en apparence : N. Foulquier relève justement que la jurisprudence Bitouzet a donné lieu, de la part du Conseil d'État, à très peu d'indemnisations ; rien ne garantit qu'il en sera autrement pour

¹²⁵³ CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592.

¹²⁵⁴ BON (Pierre), DE BÉCHILLON (Denys), « Les nouvelles limites apportées au jeu du principe de non indemnisation des servitudes d'urbanisme », *D.*, 2000, p. 256 sq.

¹²⁵⁵ Décision 2010-43 QPC du 6 octobre 2010, *Époux A.* (note J. Trémeau, *AJDA*, 2011/4, p. 223-227), cons. 4.

¹²⁵⁶ Cette gracieuse expression due à N. Foulquier, « La Conformité peu convaincante à la Constitution de l'incorporation d'office des voies privées ouvertes à la circulation publique », *RDI*, 2010, p. 612-613.

¹²⁵⁷ DUSSART (Marie-Laure), « La garantie de la propriété à l'épreuve de la Question prioritaire de constitutionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, 92, 2012/4, p. 799-819, p. 812.

l'application de l'article ici déclaré conforme par le Conseil constitutionnel¹²⁵⁸.

Quoi qu'il en soit des suites pratiques que connaîtra cette décision, la formulation fait désormais partie des outils habituels du Conseil et a été réutilisée par la suite. Elle a ainsi permis de justifier la possibilité offerte à l'État de retirer, là encore sans indemnité mais sur un fondement d'intérêt général, une autorisation consentie à une entreprise d'exploiter un ouvrage sur un cours d'eau (en l'espèce, un barrage hydro-électrique)¹²⁵⁹. Dans ce cas, le raisonnement ne se situe pas dans le champ du droit de propriété, mais dans celui de la garantie des droits de l'art. 16 DDHC : ce sont les situations légalement acquises qui sont ainsi protégées. Ce faisant, le Conseil ne s'éloigne en fait pas de la solution du Conseil d'État, mais revient plutôt aux fondements de celle-ci : on ne peut manquer de rapprocher cette indemnisation prévue malgré l'intérêt général dont pouvait se prévaloir l'administration pour agir de celle qui répare la responsabilité sans faute de l'État, telle que l'établissent les arrêts *Couitéas* et *La Fleurette*¹²⁶⁰.

Ces manières de reprendre les méthodes utilisées par le juge ordinaire ne sont pas sans danger pour la qualité des raisonnements. La situation du Conseil constitutionnel n'étant tout de même pas tout à fait identique à celle du Conseil d'État, ni son contrôle au sien, la transposition automatique peut créer des problèmes. On a déjà évoqué rapidement à ce sujet la critique adressée par O. Jouanjan au contrôle de l'égalité tel qu'il est pratiqué par le Conseil constitutionnel. On sait en effet qu'il s'agit d'une reprise pure et simple de l'alternative édictée par le juge administratif dans l'arrêt *Denoyez et Chorques*¹²⁶¹ : ou bien la situation différente justifie un traitement différent, ou bien un motif d'intérêt général. Cependant, comme on l'a déjà évoqué en étudiant les rapports du juge constitutionnel au législateur, cette grille de contrôle tend à réduire extrêmement l'examen effectué par le juge constitutionnel, puisque l'intérêt général est précisément déterminé par le législateur, et que donc la loi a nécessairement un but d'intérêt général. Le juge administratif n'est pas confronté à cette difficulté puisque l'administration qu'il contrôle ne peut pas prétendre décider de l'intérêt général¹²⁶². Le fait que ce cadre demeure tout à fait intact invite à considérer que l'avantage tiré de l'inscription dans l'ordre juridique dépasse les difficultés intellectuelles qui se posent ainsi.

¹²⁵⁸ FOULQUIER, « La Conformité peu convaincante à la Constitution de l'incorporation d'office des voies privées ouvertes à la circulation publique » (art. cité).

¹²⁵⁹ Décision 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France* (note O. Le Bot, RFDC, 89, 2012, p. 145-149), cons. 8.

¹²⁶⁰ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas* (GAJA, n° 39) ; CE, 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits « La Fleurette »* (GAJA, n° 49).

¹²⁶¹ CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques* (pour l'égalité, voir le commentaire au GAJA de l'arrêt *Société des concerts du conservatoire*, n° 63).

¹²⁶² JOUANJAN (Olivier), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Juspoliticum*, 7, 2012 (not. p. 10-12).

Le Conseil constitutionnel applique donc régulièrement, et à toutes les étapes du travail juridique, des solutions et des méthodes dégagées par le juge ordinaire. Outre la probable qualité des décisions prises par des juges spécialisés (mais on peut aussi avancer, en sens contraire, que la spécialisation risque justement de conduire à des positions trop autotéliques, et en cela finalement injustes – ce serait en ce sens justement le propre d'un juge constitutionnel que de savoir se détacher de cela), des causes institutionnelles jouent ici : le Conseil n'ayant pas les moyens de contraindre les cours suprêmes, et celles-ci ne se privant pas, lorsqu'elles le jugent souhaitable, de s'opposer à ses propres solutions, le moyen le plus efficace pour établir une coexistence harmonieuse est encore une forme de négociation, notamment sous la forme de la réception par le Conseil des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

On peut en déduire que l'interprétation comme capacité technique n'est pas d'un grand secours : le Conseil ne semble pas pouvoir se reposer sur elle pour s'imposer. C'est encore un signe, sans doute, que la fonction heuristique des techniques d'interprétation demeure en grande partie une illusion, et que les modalités de leur utilisation sont plutôt révélatrices des relations qu'entretiennent les juges entre eux, quoique chacun paraisse occuper un champ indépendant.

Section 2 La répartition des compétences

Les techniques mises en œuvre par le Conseil constitutionnel, lorsqu'elles ne sont pas empruntées aux autres juges, servent également à l'articulation avec ceux-ci dans le cadre général d'une forme de coexistence pacifique. Cela concerne surtout les questions de compétence : puisque les trois juridictions sont censées indépendantes, il est nécessaire que les champs où elles interviennent ne se recoupent pas afin d'éviter les conflits. Comme il n'est pas d'autorité pour vérifier cela, c'est à une forme d'auto-discipline qu'il faut s'en remettre.

Le Conseil constitutionnel s'y attelle de plusieurs manières. D'abord en limitant ses interventions, tout comme on avait vu qu'il avait souvent tendance à nier sa compétence face à certaines décisions du législateur (§ 1). Il peut également reconnaître l'importance du rôle joué par le juge ordinaire en utilisant la jurisprudence de celui-ci comme une garantie de constitutionnalité en soi (§ 2). Les choses vont enfin jusqu'à ce qui paraît être une collaboration active entre les juges lorsqu'il rend les décisions que les juges ordinaires appellent de leurs vœux sans pouvoir eux-

mêmes les prendre (§ 3).

§ 1 La délimitation des champs d'intervention respectifs des juges

La délimitation faite par la Constitution entre le domaine de la loi et le domaine du règlement tout comme la compétence restreinte du Conseil au contrôle de la loi permettent à celui-ci de restreindre son contrôle. Lorsqu'il est saisi, directement ou non, de dispositions qui ne relèvent pas selon lui de son domaine, il opère ainsi une répartition du contentieux qui semble la vivante preuve du respect qu'il porte aux autres juridictions (a). Ce genre de situation lui offre encore la possibilité de restreindre visiblement son interprétation du texte au profit du juge ordinaire et de montrer qu'il ne prétend pas au statut de cour suprême (b). Même un outil comme l'incompétence négative, qui lui offre une certaine marge de manœuvre, est utilisé avec une certaine précaution ; mais sur ce point, justement, la jurisprudence varie (c).

a. La consécration du juge ordinaire comme seul juge des faits

Le Conseil constitutionnel établit une sorte de frontière dans le contrôle des textes entre ce qui relève de la constitutionnalité abstraite et de la constitutionnalité concrète. Considérant sans doute qu'il est impossible pour le législateur de prévoir les garanties nécessaires à la conformité d'une texte à la Constitution dans les moindres détails – et pas souhaitable pour le juge constitutionnel de se plonger si avant dans les mêmes détails –, il se satisfait, à un certain moment, de pouvoir renvoyer les modalités concrètes d'application de la loi à l'appréciation du juge ordinaire (avec ou sans réserves d'interprétation pour le guider).

C'est notamment le cas en matière de sanctions : pour peu qu'un texte semble prévoir une sanction automatique, il est aisé pour le requérant de se fonder sur le principe d'individualisation des peines pour le contester. Si le Conseil constitutionnel a annulé deux dispositions qui imposaient des sanctions automatiques¹²⁶³, sans laisser aucune marge d'appréciation au juge, il a décidé en sens inverse dès qu'il lui a semblé possible de se reposer sur le contrôle du juge. Le cas s'est présenté à propos des articles du code des transports qui prévoient la publication de sanctions infligées à des entreprises de transport. Ce qui permet au Conseil de ne pas annuler, c'est la référence faite à un décret censé établir les modalités concrètes de cette publication : non seulement donc les

¹²⁶³ Décisions 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres* (note J.-H. Robert, *Droit pénal*, 2010/7-8, p. 31-33) et 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres* (note M. Giacomelli, RFDC, 87, 2011, p. 576-578).

dispositions contestées « ne font pas obstacle à ce que la durée de la publication et de l'affichage ainsi que les autres modalités de cette publicité soient fixées en fonction des circonstances propres à chaque espèce », mais surtout ces modalités doivent être fixées par ce décret. Or qui dit décret, dit pouvoir réglementaire, et donc un domaine qui échappe au Conseil constitutionnel, mais pas au point de l'empêcher d'énoncer comme un rappel « que le pouvoir réglementaire est tenu de respecter les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 »¹²⁶⁴. Cette mention pourrait paraître superflue : elle nous semble malgré tout être une façon de renvoyer la balle au Conseil d'État, sans que celui-ci puisse nier à son tour sa compétence. Non d'ailleurs qu'il aurait voulu le faire, sans doute : la précision est donc si superflue que nous voulons d'abord y voir une manière pour le Conseil constitutionnel d'affirmer les limites de son contrôle afin de montrer qu'il n'empiète pas sur les terres du juge ordinaire.

La QPC posée sur la répartition des voix dans les assemblées générale de copropriétaires est un autre exemple d'un semblable problème. La loi interdit en effet qu'un copropriétaire puisse détenir à lui seul la majorité des voix, sauf pour l'organisme HLM qui a fait apparaître une copropriété en vendant certains appartements. C'est cette exception qui était contestée : elle permet en effet au copropriétaire majoritaire de prendre des décisions engageant l'ensemble de la copropriété et porte donc atteinte, selon les requérants, au droit de propriété des autres. Ce raisonnement n'est pas impossible à suivre : en adoptant une conception large des droits fondamentaux, on pourrait considérer qu'il faut pouvoir agir contre la possibilité donnée à un tiers d'y porter atteinte. Le Conseil constitutionnel décide en sens inverse en ne prenant en compte que l'effet direct des dispositions qui lui sont soumises. Il considère en effet n'être « pas saisi des dispositions qui énumèrent les décisions qui peuvent être adoptées par l'assemblée générale des copropriétaires », mais seulement de celle « relative au nombre des voix dont disposent les copropriétaires en assemblée générale ». Cela demeure trop vague pour justifier une censure : rien ne permet de dire que le droit de propriété est concrètement violé. Au contraire, un élément permet de garantir qu'il ne le sera pas : le contrôle du juge sur les décisions prises. Tout en affirmant qu'il n'y a rien d'inconstitutionnel à ce qu'un copropriétaire dispose d'un nombre de voix proportionnel à ses droits, le Conseil rappelle que la protection des copropriétaires minoritaires revient au juge : « il appartient aux juridictions compétentes de faire obstacle aux abus de majorité commis par un ou plusieurs copropriétaires »¹²⁶⁵. Ce faisant, il déplace légèrement le champ de la question, et prévoit une protection d'ailleurs plus efficace en ce que plus concrète (d'après la jurisprudence de la Cour de

¹²⁶⁴ Décision 2013-329 QPC du 28 juin 2013, *Société Garage Dupasquier* (note O. Le Bot, *Constitutions*, 2013/3, p. 439-440), cons. 6.

¹²⁶⁵ Décision 2014-409 QPC du 11 juillet 2014, *M. Clément B. et autres*, cons. 6.

cassation, il suffisait d'ailleurs qu'un copropriétaire soit absent de l'assemblée générale pour que celui qui a, en tout, la moitié des droits de vote se retrouve majoritaire dans cette assemblée, ruinant ainsi le dispositif de protection). Surtout, il limite sa compétence au profit de celle du juge ordinaire : là encore, c'est à ce dernier qu'il revient de vérifier que le cadre juridique existant ne peut pas être détourné pour porter atteinte aux droits des individus. On voit que c'est une conception de la portée des droits fondamentaux plus restreinte que celle du Bundesverfassungsgericht, et qui laisse plus de jeu dans l'ordre juridique, en préférant un contrôle *a posteriori* à une prévention un peu trop aveugle. Elle n'est possible que si le juge constitutionnel accorde une confiance suffisante au juge ordinaire et peut raisonnablement présumer que celui-ci appliquera un standard suffisant de protection des droits fondamentaux ; en l'espère, il a pris soin de vérifier qu'il existait devant le juge civil un instrument, le droit de propriété, permettant d'empêcher les effets éventuellement néfastes de la disposition contestée¹²⁶⁶.

On n'aura pas manqué de remarquer que, dans la dernière décision citée, c'est plutôt l'abus de majorité que l'atteinte au droit de propriété, c'est-à-dire un élément qui ne relève pas du droit constitutionnel (l'interdiction de l'abus de droit n'étant pas une norme reconnue par le Conseil, sauf sous la manifestation spéciale qu'en donne l'art. 11 DDHC). Il en va de même, en droit pénal, lorsqu'il énonce un principe en effectuant en réalité une transposition d'une disposition encore récente du code pénal : pour une exigence aussi fragile que l'élément moral de l'infraction, il préfère se servir d'une réserve d'interprétation et renvoyer au juge ordinaire plutôt que de censurer, sur le fondement par exemple de l'incompétence négative¹²⁶⁷. On peut donc considérer qu'il y a là une sorte de zone grise dans le contrôle exercé par le juge constitutionnel : sans pouvoir explicitement abroger ou censurer la loi, il ne reste pas entièrement inactif et édicte un principe qui n'a pas rang constitutionnel mais devrait tout de même être appliqué par le juge ordinaire.

Dans ces cas, le Conseil constitutionnel paraît donc presque fonder la compétence des autres juridictions, alors que celles-ci n'auraient sans doute pas attendu son autorisation : on vient de voir qu'au moment où il rappelle la limite de l'abus de majorité, il ne fait que reprendre sans le dire une jurisprudence déjà établie par la Cour de cassation. On peut donc observer ici encore une forme de négociation : le Conseil se reconnaît le pouvoir de dicter au juge ordinaire la garantie qu'il doit

¹²⁶⁶ De fait, la Cour de cassation protège les locataires minoritaires contre l'abus de majorité : voir Cass. 3ème civ., 11 mai 2006, n° 05-10.924, note Atias, D, 2006, 2373 ; déterminant plus précisément ce qui peut constituer un abus de majorité : Cass. 3ème civ., 19 septembre 2012, n° 11-21.631 ; pour un aperçu d'ensemble sur la question, DILLOY (Chrystel), « L'abus de majorité lors du changement d'affectation des parties privatives », AJDI, 2013/2, p. 95-100.

¹²⁶⁷ Voir dans la décision 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs (note Y. Mayaud, D. 1999, p. 589), cons. 16-17.

appliquer, mais en prenant bien garde de lui confier seulement ce que celui-ci est déjà prêt à faire. En retour, le juge ordinaire y gagne une forme de sanction constitutionnelle propre à le garder un peu plus de la critique. Ce n'est pas par hasard, sans doute, que la réception matérielle des solutions constitutionnelles par la Cour de cassation concerne souvent celles qui réaffirment le pouvoir du juge judiciaire pour accomplir telle ou telle tâche (contrôler par exemple avec une rigueur toute particulière les conditions concrètes nécessaires pour mener une perquisition)¹²⁶⁸.

b. La restriction du champ de l'interprétation au profit du juge ordinaire

Placé dans une situation inconfortable, requis de trancher un conflit entre les autres juridictions ou amené à censurer une loi en raison de la manière dont l'interprètent les autres juges, le Conseil peut aussi utiliser des arguments tirés de la répartition des compétences, donc en définitive de son interprétation restrictive de la Constitution, afin de refuser d'intervenir, ou de minorer l'ampleur de son immixtion.

C'est ainsi qu'il a refusé de s'avancer trop loin dans une querelle entre trois des autres pouvoirs auxquels il peut être confronté : le législateur, le Conseil d'État et la Cour de cassation. Contrairement au Conseil d'État, la Cour de cassation résistait en effet tant qu'elle pouvait à de nouvelles dispositions tendant à unifier le régime des heures de délégation syndicales utilisées par les enseignants d'établissements privés sous contrat. La situation antérieure voyait en effet ces heures réglées tantôt par l'État, tantôt par l'établissement d'enseignement selon qu'elles étaient effectuées pendant le service ou en-dehors. Cela conduisant à de très nombreuses complications pratiques, le législateur avait décidé de faire relever toutes les heures de délégation du droit public en disposant que les maîtres ne sont pas liés par un contrat de travail à l'établissement où ils enseignent. La Cour de cassation, cependant, a maintenu son ancienne distinction, faisant ainsi perdurer un certain nombre de problèmes pratiques puisque les administrations, elles, s'en tenaient à la nouvelle règle¹²⁶⁹.

Saisi de la disposition, le Conseil constitutionnel s'est contenté d'un contrôle *a minima* et a rejeté la QPC. Le requérant s'appuyait sur une incompétence négative du législateur, qui en ne

¹²⁶⁸ Voir dans MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, p. 506-530 (notamment sur la réception de la décision 84-184 DC sur les perquisitions par la Cour de cassation).

Pour ce qui regarde la juridiction administrative, on peut également songer à des ralliements aussi connus que ceux des arrêts *Nicolo* (sur sa compétence en matière de contrôle de conventionnalité des lois) ou *Commune d'Annecy* (sur la valeur constitutionnelle et l'applicabilité de la Charte de l'environnement ; les deux arrêts au GAJA).

¹²⁶⁹ Cf. l'avis Cass. 15 janv. 2007, n° 07-00.002 ; ainsi que Cass. soc., 31 mars 2009, n° 08-40.408 ; sur cette question, RADÉ (Christophe), « À propos des heures de délégation des maîtres contractuels de l'enseignement privé : l'État employeur doit payer », *Droit social*, 2012/5, p. 477-483.

réglant pas le point litigieux de l'attribution des heures de délégation syndicale aurait porté atteinte à l'exercice des libertés syndicales tel qu'il est protégé par le Préambule de 1946. Mais le Conseil refuse d'examiner ce grief :

il ne lui appartient de procéder à l'interprétation du texte qui lui est déféré que dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité ; [...] tel n'est pas le cas de la question de la désignation de l'autorité chargée d'assurer le paiement des heures de délégation syndicale des maîtres des établissements privés sous contrat prises en dehors de leur temps de travail.¹²⁷⁰

Une telle affirmation ne se justifie que par une compréhension extrêmement restreinte des effets de la loi : le Conseil semble en effet vouloir détourner pudiquement le regard des difficultés pratiques que posent les conflits entre la Cour de cassation et le Conseil d'État à propos de l'application du texte. Surtout, la séparation qu'il fait entre interprétation permettant de dégager la constitutionnalité et interprétation générale du texte n'est pas à l'abri de toute critique : l'interprétation a de toutes manières été faite, ne serait-ce que pour vérifier qu'elle concernait ou pas la constitutionnalité. En réalité, ce qui n'appartient pas au Conseil, ou plutôt ce qu'il refuse de faire, c'est d'offrir une interprétation authentique du texte, par laquelle il s'immiscerait dans la querelle qui oppose les deux autres juridictions. Ici encore, donc, il importe plutôt de voir qu'il retient consciemment sa décision afin de ne pas paraître usurper les pouvoirs de la cour suprême qu'il n'est pas.

Dans une autre espèce, la manière plus que le fond est remarquable : une loi est censurée parce que l'application qu'en faisait la Cour de cassation contrevenait aux principes constitutionnels. Les dispositions du code du travail encadrant les perquisitions effectuées lors d'enquête sur du travail dissimulé prévoient l'intervention du juge, qui doit autoriser la perquisition, mais pas les voies de recours contre celle-ci. Face à ce silence, la Cour de cassation a décidé que cette ordonnance ne pouvait pas donner lieu à un pourvoi en cassation, mais pouvait seulement être contestée par la suite, au cours de la procédure, et éventuellement frappée alors de nullité¹²⁷¹. Le Conseil en a donc déduit qu'il fallait distinguer deux situations : celle où l'action publique engagée permet au justiciable de demander la nullité des opérations effectuées sur le fondement de l'ordonnance rendue par le juge (art. 173 et 385 CPP) ; celle où, en l'absence d'action publique, il n'est pas de voie permettant de contester l'ordonnance. C'est à cause de cette hypothèse qu'il

¹²⁷⁰ Décision 2013-322 QPC du 14 juin 2013, *M. Philippe W.* (note A. Legrand, AJDA, 2013/34, p. 1986-1987), cons. 12.

¹²⁷¹ Cass. crim., 16 janvier 2002, n° 99-30359.

considère le texte contraire à la Constitution¹²⁷².

En réalité, donc, le juge constitutionnel ne paraît pas ici remettre en cause la solution de la Cour de cassation, mais simplement considérer la chose d'un autre point de vue, qui justifie, dans son ordre juridique, la censure. Alors que la Cour de cassation s'occupe de la protection pratique offerte au justiciable dans la procédure ouverte pour un délit de travail dissimulé, le Conseil se place, plus abstraitement, sur le plan du droit au recours, élément particulièrement important de sa jurisprudence. En réalité, il semble plutôt, par sa décision, compléter l'œuvre de la Cour de cassation. Celle-ci, tenue, par la loi et son silence, ne pouvait (du moins les choses peuvent-elles être présentées ainsi) faire mieux.

c. L'utilisation nuancée de l'incompétence négative

Les restrictions soudain apportées par la décision rendue sur les régimes spéciaux de retraite à l'utilisation de l'incompétence négative dans le contentieux QPC ont permis au Conseil de limiter son contrôle par rapport à celui du juge ordinaire, tout comme il avait pu d'abord le limiter à l'égard du législateur. C'est en tout cas ce que l'on peut tirer de la décision 2013-364 QPC.

Dans l'ensemble des dispositions réglementant l'activité des pharmacies, le législateur a confié au pouvoir réglementaire la tâche d'encadrer la publicité à laquelle peuvent se livrer ces établissements. Ce faisant, d'après les requérants, il avait méconnu l'étendu de sa compétence, puisqu'il n'avait pas pris lui-même le soin de garantir la liberté d'entreprendre et la liberté d'expression, qui toutes deux s'appliquent à la publicité. Pour rejeter ce grief, le Conseil nous semble utiliser un raisonnement qui réduit encore au minimum sa propre compétence. Le critère ajouté à l'incompétence négative – la méconnaissance doit affecter « par elle-même » un droit ou une liberté¹²⁷³ – le conduit en pratique à ignorer, ou peut s'en faut, la question qu'on lui pose. L'essentiel de son travail est en effet de montrer que le cadre général bâti par le législateur a pour but la sauvegarde de la santé publique ; le reste semble ensuite aller de soi, au vu du moins de la rédaction de la décision :

[le législateur] a ainsi poursuivi un objectif de santé publique ; [...] les dispositions contestées renvoient à un décret le soin de fixer les conditions dans lesquelles la publicité en faveur des officines de pharmacie peut être faite, afin de permettre l'application de ces règles ; [...] elles ne privent pas de garanties légales les exigences qui résultent de la liberté d'entreprendre ; [...] par suite, le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence ne peut être

¹²⁷² Décision 2014-387 QPC du 4 avril 2014, *M. Jacques J.*

¹²⁷³ Décision 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO*, cons. 3.

invoqué à l'encontre des dispositions contestées

Le Conseil cependant déplace un peu le problème pour pouvoir considérer qu'il n'est pas ici d'incompétence négative. Il fait mine de considérer que la réglementation de la publicité ne peut être appréhendée autrement que dans le contexte global de la réglementation, laquelle se trouve justifiée d'entrée par sa fonction de protection de la santé publique. On ne voit pas sinon pourquoi il considère que les dispositions en cause ne portent pas atteinte à la liberté d'entreprendre. D'ailleurs, comme dans la décision 2012-254, le chemin paraît long de la simple non-atteinte « par elle-même » énoncée comme critère par le considérant de principe à l'absence de privations de garanties légales pour la liberté en cause qui permet en réalité de fonder la décision. D'autant que, sur le fond, l'argument est très contestable : puisqu'il n'existe pas d'habilitation législative pour restreindre la publicité, mais seulement un renvoi au pouvoir réglementaire pour fixer les conditions dans lesquelles elle s'exerce (ce en quoi cette disposition se distingue, par exemple, de celles de la loi Évin, validées parce qu'elles prévoyaient l'interdiction¹²⁷⁴), et puisque l'interdiction éventuelle de publicité, ou sa forte restriction, porte atteinte à la liberté d'entreprendre, c'est bien par elle-même, en n'imposant aucune borne au pouvoir exécutif, que l'incompétence négative porte atteinte à cette liberté.

En tout, il semble surtout que le Conseil ait vérifié qu'il n'y avait pas, dans les faits, d'atteinte à la liberté d'entreprendre afin de déclarer que l'argument de l'incompétence négative est inutilisable ici. Ou plutôt, qu'il se soit conformé à la jurisprudence déjà existante du Conseil d'État (et citée dans le commentaire publié aux Cahiers) : celui-ci avait déjà établi l'équilibre entre l'objectif de protection de santé publique et les restrictions à la liberté d'entreprendre (dans des termes repris en partie mot pour mot par le Conseil), et avait surtout mieux justifié le rapport avec la restriction de la publicité. Il considérait en effet qu'une publicité sans frein pouvait conduire à une « concurrence excessive » entre les pharmacies, et par là risquait d'affecter à terme la bonne répartition de celles-ci sur le territoire, et du même coup l'accès aux soins pour la population¹²⁷⁵. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas donné la peine de reprendre ces développements, mais on voit bien qu'en fait seul ce brevet de bonne conduite déjà donné par le Conseil d'État lui permet de déclarer conforme la disposition.

Sans qu'on puisse donc dire bien fermement si le Conseil constitutionnel a, dans cette espèce, effectué ou non un contrôle, l'important est qu'il a utilisé la nouvelle interprétation de

¹²⁷⁴ Décision 90-83 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* (note P. Wachsmann, AJDA, 1991, p. 382), cons.36 à 39.

¹²⁷⁵ CE, 12 juin 1998, *Association des groupements de pharmaciens d'officine et autres*, n° 181718 (note A. Laude, RDSS, 1999/1, p. 84).

l'incompétence négative pour ne pas examiner sur le fond (ou paraître ne pas le faire, puisque son critère suppose toujours, en réalité, un examen accompli pour savoir s'il y a ou non atteinte) une situation qui avait déjà été réglée par le Conseil d'État. Vu le contexte général que nous avons déjà tracé, nous voulons voir là une nouvelle manifestation du respect certain apporté par le juge constitutionnel au juge ordinaire.

L'appréciation sur l'utilisation de l'incompétence négative doit cependant être nuancée : alors que dans l'exemple que l'on vient d'étudier elle a pour conséquence de considérablement restreindre le champ d'intervention du juge constitutionnel, laissant encore une fois le juge ordinaire continuer d'exercer son contrôle avec ses propres critères, son essence, celle d'un contrôle avant tout formel, permet au juge d'annuler des lois sans se préoccuper du fond : ce faisant, il ne prend pas le risque de se confronter à la jurisprudence du juge ordinaire, mais il ôte à celle-ci brutalement tout fondement.

Plusieurs commentateurs ont ainsi critiqué le recours à l'incompétence négative pour censurer la disposition du code de l'urbanisme qui offre aux communes la possibilité de se faire céder gratuitement jusqu'à dix pour cent d'un terrain à bâtir¹²⁷⁶. La critique est double : d'une part on aurait pu, sans trop de mauvaise foi, considérer que la loi définit d'une certaine manière les usages auxquels peut être assignée la part cédée, surtout lorsqu'on sait que le texte législatif n'est qu'une copie d'un décret antérieur, lequel décret continue d'ailleurs d'ordonner que ces cessions ne puissent être exigées qu'afin d'élargir, redresser ou créer des voies publiques¹²⁷⁷. Plutôt qu'une censure, une réserve d'interprétation semblait ici aisée à mettre en œuvre en ayant une vue un peu plus englobante du dispositif. D'autre part, surtout, cette manière de faire évite au Conseil de devoir traiter la question au fond : certes, le requérant ne peut pas se voir imposer les dispositions censurées, mais cela ne règle en rien le vrai problème, savoir si une telle mesure constitue ou non une forme d'expropriation, et si l'absence d'indemnisation contreviendrait à l'art. 17 DDHC. Or un contrôle sur le fond aurait permis, éventuellement, de prendre en compte la protection réellement accordée par le juge ordinaire¹²⁷⁸.

Ce cas montre donc l'ambivalence de l'incompétence négative : elle peut aussi bien être un prétexte pour abandonner le contrôle au juge ordinaire qu'une manière d'empêcher tout contrôle sur le fond. Peut-être, cependant, cette divergence s'explique-t-elle aussi par le fait que la décision 2010-33 QPC est antérieure à la nouvelle formulation du considérant. Puisqu'il n'est pas besoin de vérifier que la disposition porte par elle-même atteinte à un droit fondamental, l'incompétence

¹²⁷⁶ Décision 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF* (note F. Rolin, AJDA, 2010, p. 2384).

¹²⁷⁷ Voir la note de F. Rolin précitée.

¹²⁷⁸ Voir Dussart, « La garantie de la propriété à l'épreuve de la Question prioritaire de constitutionnalité », p. 817-819.

négative s'appliquerait plus aisément. Puisqu'il est généralement accepté que cette nouvelle formulation a été introduite pour répondre au problème posé par l'espèce (il s'agissait pour le Conseil de ne pas mettre à bas les régimes spéciaux de retraite), on aurait là un exemple intéressant de contrainte exercée sur le juge par sa propre jurisprudence, et dépassant sans doute ce qu'il attendait.

§ 2 Le juge ordinaire garant de la constitutionnalité des lois

Nous avons déjà vu qu'il arrivait souvent au Conseil de valider un texte qui lui est soumis en en confiant le contrôle de son application concrète au juge ordinaire. Inversement, la collaboration inégalitaire avec lui s'exprime aussi dans des validations fondées uniquement sur le fait que la jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour de cassation suffit à garantir les droits et libertés fondamentaux. La chose est particulièrement évidente lorsque la loi peut paraître trop imprécise ou demande à être complétée.

Deux principes constitutionnels justifient la censure d'une loi trop imprécise : dans le champ pénal le principe de légalité des délits et des peines (art. 8 DDHC), de manière générale celui d'intelligibilité de la loi (art. 34 C, 4, 5, 6, 16 DDHC¹²⁷⁹). Dans ces cas, ou dans ceux où la loi à elle seule ne prévoirait pas de garanties suffisantes, le Conseil peut se reposer sur la jurisprudence du juge ordinaire pour ne pas déclarer le texte contraire à la Constitution.

Le principe de légalité des délits et des peines, établi depuis longtemps et indiscuté¹²⁸⁰ ne bénéficie pas de la même protection selon qu'on se trouve dans le droit pénal ou en dehors. Alors que le Conseil impose des exigences assez rigoureuses au législateur pénal, il est plus souple lorsque sont en jeu des sanctions administratives. Nous avons en effet montré qu'une forme de théorie étendue de l'institution lui permet de considérer que des expressions aussi vagues que le « bien-fondé »¹²⁸¹ d'une mesure suffisent à justifier une sanction ou même, en dehors de tout texte, la simple référence aux obligations d'une fonction. À plusieurs reprises dans ce genre de cas, la « jurisprudence constante » du juge ordinaire est un élément-clef de l'argumentation : si elle-même

¹²⁷⁹ Après des hésitations tant sur le fondement de ce principe que sur sa portée (il est qualifié à lui seul d'objectif à valeur constitutionnelle), la combinaison avec l'article 34 C permet depuis 2011 de censurer les textes trop imprécis (voir décision 2011-644 DC du 28 décembre 2011, *Loi de finances pour 2012*, cons. 16).

¹²⁸⁰ Décision 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi sécurité et liberté* (note L. Philip, RDP, 1981, p. 651-685) cons. 7. Il est particulièrement intéressant pour notre propos que la note citée ne paraisse pas faire la différence entre la légalité des délits et des peines comme principe du droit pénal ou comme principe constitutionnel : elle est en effet d'abord considérée comme un « principe général du droit pénal français », ce n'est qu'ensuite qu'est reconnu son caractère constitutionnel. Comme si le Conseil, donc, avait dû adopter un principe en réalité déjà existant au niveau législatif, et auquel lui-même n'apporte pas grand chose de neuf (cf. p. 661-662).

¹²⁸¹ Décision 2012-273 QPC du 21 septembre 2012, *Société Egilia*, not. cons. 11.

encadre suffisamment précisément le prononcé des sanctions, le Conseil peut considérer que la loi contestée ne porte pas atteinte au principe de légalité des délits et des peines. C'est par exemple le cas dans la décision portant sur la révocation des maires que nous avons déjà évoquée. Ce n'est pas tant le texte à lui seul qui est contrôlé (qui serait sans doute inconstitutionnel puisqu'il prévoit la révocation sans énoncer les raisons qui peuvent autoriser l'autorité administrative à la prononcer), mais plutôt l'application qui en est faite par le Conseil d'État. Trouvant dans celle-ci d'une part une constance suffisante et d'autre part la justification de cette sanction, il considère que l'art. 8 DDHC est respecté¹²⁸².

Même en l'absence de jurisprudence, il semble que le Conseil abandonne volontiers son contrôle au profit du juge ordinaire lorsque celui-ci lui paraît pouvoir contrôler précisément une expression qui paraît à elle seule un peu trop vague pour répondre à l'exigence d'intelligibilité de la loi. Loin de chercher à préciser par lui-même et le recours aux réserves d'interprétation ce qui peut être considéré comme un « usage constant » justifiant le recours à des contrats de travail à durée déterminée, il préfère s'en remettre à l'appréciation de l'administration, et surtout au contrôle du juge¹²⁸³.

La « jurisprudence constante » des autres juridictions peut encore être convoquée lorsqu'elle suffit à pallier les lacunes du texte. Il en est ainsi dans la décision 2011-201 QPC, qui porte sur les servitudes d'alignement. Les textes qui définissent l'alignement et imposent les servitudes d'alignement qui en découlent pourraient en effet avoir pour conséquence des expropriations sans indemnité (les propriétés non-bâties se trouvant sur ce qui est déterminé comme la voie publique étant automatiquement attribuées à la collectivité). Cependant, plutôt que de constater une atteinte à l'art. 17 DDHC, le Conseil se contente d'apprécier le texte d'après la « jurisprudence constante » du Conseil d'État. Celui-ci limite l'emploi de ces dispositions à des rectifications mineures des voies publiques et ne permet en aucun cas à l'administration de les utiliser pour accomplir des expropriations à bon compte¹²⁸⁴. Ce n'est donc pas la loi à elle seule que le juge constitutionnel prend en compte, mais les éventuelles garanties que les autres juridictions, bien forcées d'utiliser l'interprétation lorsqu'elles le peuvent puisqu'il leur est interdit de porter plus directement atteinte à l'œuvre du législateur, ont apportées. Sans mordre sur les développements que nous allons

¹²⁸² Décision 2011-210 QPC du 13 janvier 2012, *M. Ahmed S.* (note M. Verpeaux, AJDA, 2012, p. 546), cons. 5.

¹²⁸³ Décision 2014-402 QPC du 13 juin 2014, *M. Lionel A.*, cons. 6.

¹²⁸⁴ Décision 2011-201 QPC du 2 décembre 2011, *Consorts D.* (note N. Foulquier, AJDA, 2012, p. 489), cons. 4-7. Pour ce qui regarde la jurisprudence du Conseil d'État, nous n'avons pas retrouvé aux dates et pages du Recueil Lebon indiquées dans le commentaire du Conseil (CE, 18 juin 1948, Recueil p. 43 ; CE, 15 février 1956, *Sr Drugeon*, n° 5080, Recueil p. 479) les décisions censées montrer cette lecture restrictive adoptée par le juge administratif.

consacrer bientôt à ce contrôle de la loi telle qu'interprétée par le juge ordinaire, nous pouvons déjà faire remarquer qu'il y a ici la même volonté de distinguer entre le texte abstrait et sa manifestation concrète : la deuxième ne reviendrait qu'au juge ordinaire, lequel possède donc une forme de monopole d'interprétation dès lors qu'il s'agit de l'application. On retrouve donc la même manière de créer des séparations artificielles, pour ne pas dire arbitraires, au sein du droit. Elles permettent de maintenir l'illusion d'une cohabitation pacifique entre des cours indépendantes et dont les champs d'action seraient si ontologiquement distincts qu'elles ne pourraient, sauf mauvaise foi, se trouver en concurrence.

De semblable manière, le Conseil peut se contenter, lorsque le texte qui lui est soumis ne respecte pas à lui seul les standards assurant la bonne protection des droits processuels, d'une jurisprudence constante du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui ajoute, dans le silence de la loi, ces garanties. Ainsi par exemple de la commission arbitrale des journalistes, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'appel : puisque la Cour de cassation ouvre cependant un recours en annulation, lui-même pouvant faire l'objet d'un pourvoi en cassation, le Conseil peut constater que le droit au recours n'est pas méconnu¹²⁸⁵. Ainsi encore de la procédure suivie devant la Cour d'assises, en particulier de la manière dont le jury délibère¹²⁸⁶.

Le Conseil module donc son contrôle de sorte à l'articuler avec celui des cours ordinaires et à donner l'impression d'une coexistence harmonieuse, rendue possible par des champs de compétence bien délimités. C'est en ce sens qu'il considère les jurisprudences constantes à l'égal des lois, et comme des compléments qui permettent de rattraper des motifs d'inconstitutionnalité. Il pourrait pourtant tout aussi bien, s'il entendait ériger un ordre juridique qu'il surplomberait entièrement, censurer de toutes manières en considérant que la hiérarchie des normes s'opposerait à ce que l'on considérât une loi à l'aune de ses interprétations jurisprudentielles. En s'en remettant à celles-ci, au contraire, il abandonne une partie de son pouvoir au juge ordinaire. En sens inverse, il est vrai, comme le fait remarquer N. Foulquier¹²⁸⁷, qu'il fige également cette jurisprudence, et fait peser ainsi une contrainte sur le Conseil d'État ou la Cour de cassation qui rend un revirement de jurisprudence plus délicat à justifier (toute nouvelle interprétation étant susceptible d'être contestée sur le fondement de son inconstitutionnalité).

¹²⁸⁵ Décision 2012-243/244/245/246 QPC du 14 mai 2012, *Société Yonne Républicaine et autres* (note C. Radé, *Constitutions*, 2012/3, p. 456-458), cons. 13.

¹²⁸⁶ Décision 2011-113/115 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Xavier P. et autre* (note A. Cappello, *Constitutions* 2011/3, p. 361-368), cons. 6-17.

¹²⁸⁷ Note précitée sous 2011-201 QPC (AJDA, 2012, p. 489).

§ 3 Des stratégies de collaboration ?

Ces décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel confie la réalité du contrôle des droits et libertés fondamentaux au juge ordinaire ou se repose sur la jurisprudence déjà établie par celui-ci pour valider des lois semblent pouvoir s'inscrire dans une stratégie quasi consciente de collaboration entre les cours. Celles-ci se répartiraient le travail en fonction de leurs compétences, et le Conseil n'interviendrait qu'en dernier recours, lorsque les juges ordinaires ne peuvent plus remédier aux inconstitutionnalités d'un texte au moyen des outils de contrôle qui sont à leur disposition.

Dans l'équilibre qu'il doit trouver entre droit et loi (pour reprendre les termes de la Loi fondamentale allemande) ou entre justice et droit, le juge ordinaire peut en effet se heurter à un texte trop clair pour qu'il puisse le contourner sans se voir accusé de légiférer à la place du législateur. On sait que, dans ce cas, l'application la plus brutale du texte est parfois vu comme un moyen de contraindre le pouvoir politique à s'emparer de la question pour remédier aux injustices les plus criantes. La QPC a offert une nouvelle voie au juge : il peut transmettre une disposition qu'il juge inconstitutionnelle, mais contre laquelle il est impuissant, en espérant la voir censurée.

Certes, il est difficile de prétendre déterminer l'intention réelle poursuivie par le juge lorsqu'il transmet. De plus, on s'écarterait, en cherchant à le faire, du cadre tracé à notre recherche, qui n'appréhende que ce qu'on peut tirer des décisions (et le système objectif de contraintes qui en naît), sans prétendre entrer dans la psyché ou le petit-déjeuner du juge. On peut cependant le soupçonner lorsque le juge applique des dispositions envers lesquelles, dans les décisions de renvoi au moins, il exprime les doutes les plus sérieux, et offre pour ainsi dire déjà au juge constitutionnel les arguments qui peuvent mener à la censure (lesquels peuvent d'ailleurs être précisés dans les conclusions du rapporteur public, qui sont également transmises rue Montpensier). Cela paraît d'autant plus crédible lorsque le Conseil d'État établit dans une décision de renvoi l'interprétation de la disposition contestée comme la seule possible, avec autant d'assurance que s'il manifestait là l'héritage d'une longue lignée de solutions allant toutes dans le même sens – alors même que c'est la première fois qu'il a à appliquer le texte.

Dans un cas semblable, alors même qu'il n'y a pas de jurisprudence, ni *a fortiori* de jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel considère l'interprétation du Conseil d'État plutôt que la loi en elle-même. Ainsi orienté vers une inconstitutionnalité grossière, il n'est pas étonnant qu'il censure ou utilise les réserves d'interprétation pour soumettre le texte à certaines limites. Un exemple en a été donné récemment en droit fiscal, à propos des exonérations dont

bénéficiaient les indemnités reçues notamment à l'occasion d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'administration fiscale avait adressé un redressement fiscal à un voyageur-représentant-placier qui, ayant subi une rupture du contrat de travail qui pouvait être assimilé à un licenciement infondé, avait transigé avec son ancien employeur au cours de la procédure contentieuse, et donc abandonné celle-ci. Considérant les indemnités versées par l'employeur comme des indemnités de licenciement exonérées par les dispositions en cause de l'impôt sur le revenu, il ne les avait pas déclarées. Les juges du fond avaient donné raison à l'administration. Saisi d'une demande de transmission de QPC, le Conseil d'État, qui n'avait donc pas encore établi de jurisprudence sur cette question, a implicitement confirmé cette position en rappelant que les exonérations sont d'interprétation stricte, et que le juge ne pouvait se permettre d'étendre celles-ci lorsqu'elles sont prévues par la loi, même pour remédier à une inégalité devant l'impôt. On retrouvait là, en somme, le problème classique de la loi-écran.

Deux indices autorisent le lecteur à penser que le juge administratif, en interprétant si rigoureusement la loi au moment de la transmettre, a pu vouloir la voir censurée. D'abord ce qui était sa jurisprudence constante jusqu'à la réforme du code des impôts ayant introduit le nouveau régime d'exonérations. Auparavant, en effet, le Conseil d'État ne faisait pas de distinction selon la forme qu'avait prise la somme en question (indemnités attribuées par le juge ou faisant suite à une transaction), mais seulement selon sa nature : la part correspondant à des salaires non-versées était soumise à l'impôt, celle qui devait réparer le préjudice était, comme toute indemnisation, soustraite à l'impôt puisqu'elle ne constitue pas un gain¹²⁸⁸. Ce n'est qu'avec la nouvelle répartition effectuée par le législateur entre l'indemnité pour licenciement sans cause et l'indemnité de transaction qu'il a abandonné sa position, contraint et forcé¹²⁸⁹.

Ensuite le fait que le Conseil d'État fixe dans sa décision de renvoi l'interprétation qui devrait, selon lui, être faite du texte, de manière à en rendre l'inconstitutionnalité manifeste. Il déclare ainsi que les exceptions prévues par le texte sont limitatives, et qu'en conséquence les indemnités issues d'une transaction « ne peuvent bénéficier, en aucune circonstance et quelle que soit la nature du préjudice qu'elles visent à réparer, d'une exonération d'impôt sur le revenu »¹²⁹⁰. La chose est d'autant moins évidente que la défense du Gouvernement reposait précisément sur une instruction administrative qui invitait à interpréter la disposition de manière à ne pas exclure ces indemnités¹²⁹¹. Lorsque l'on remarque en plus que le Conseil d'État ne manque pas de mentionner aussi incidemment son ancien critère de distinction, comme pour rappeler la distinction qui aurait

¹²⁸⁸ CE, 6 janvier 1984, *Banque de l'Union Européenne*, n° 325282.

¹²⁸⁹ CE, 27 octobre 2010, n° 315056.

¹²⁹⁰ CE, 24 juin 2013, n° 365253.

¹²⁹¹ Instruction n° 5-F-8-00, *Bulletin officiel des impôts*, 118, 26 juin 2000.

justifié la différence de traitement entre différentes indemnités au regard des impôts, on peut bien penser que le juge cherche ici, en transmettant, à obtenir la censure d'une disposition qui lui semble inconstitutionnelle, l'a forcé à réviser sa jurisprudence et semble en plus recevoir une application aléatoire de la part de l'administration fiscale (n'oublions pas que, malgré l'instruction citée, le requérant s'est vu infliger un redressement fiscal). En asseyant une interprétation constante et extrêmement stricte dans une simple décision de renvoi, on imagine qu'il a cherché à obtenir une sorte de brevet d'inconstitutionnalité avant d'avoir à utiliser cette disposition – brevet qu'il a obtenu d'ailleurs puisque le Conseil constitutionnel, par une réserve d'interprétation, a remis au juge ordinaire la charge de qualifier les sommes sans être prisonnier de leur origine¹²⁹².

Il semble que la décision sur la responsabilité du producteur d'un site en ligne représente un cas comparable, à l'issue moins heureuse cependant. Là encore, en effet, on voit une cour suprême interpréter presque trop littéralement un texte de loi allant manifestement à l'encontre des droits constitutionnels, mais ne lui permettant pas de remédier elle-même à cette inconstitutionnalité apparente. Le droit de la presse prévoit la responsabilité du directeur d'une publication lorsque le message litigieux a fait l'objet d'une fixation préalable à la diffusion ; on considère en effet que la décision de publication lui est revenue. Lorsque ça n'a pas été le cas (pour des émissions radiophoniques en direct, par exemple), c'est l'auteur des propos ou, à défaut, le producteur dont la responsabilité sera recherchée (art. 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle). Dans le cas de sites internet ouvrant un espace aux commentaires, il semble difficile de trouver un autre producteur que le créateur du site, par ailleurs également considéré comme le directeur de la publication¹²⁹³. La même personne qui ne peut être tenue pour responsable en tant qu'éditeur peut donc l'être en tant que producteur, et dans ce cas sans pouvoir bénéficier de la présomption d'innocence. On imagine que cette solution, imposée par le texte, n'a pas été sans gêner la Cour de cassation, qui s'est donc empressée de transmettre la QPC qui lui était soumise à ce sujet¹²⁹⁴. De la même manière, le Conseil constitutionnel a examiné la disposition au regard de la seule jurisprudence de la Cour (et là encore il lui a suffi de deux décisions pour la qualifier de « constante »), en a retiré le venin¹²⁹⁵ et a donc évité à la Cour de cassation de devoir appliquer un texte à la constitutionnalité douteuse, ou d'inventer de peu convaincantes contorsions intellectuelles.

¹²⁹² Décision 2013-340 QPC du 20 septembre 2013, *M. Alain G.* (note C. de la Mardière, *Droit fiscal*, 2013/43, p. 18-20), cons. 6.

¹²⁹³ Cass. crim., 16 février 2010, n° 09-81.064.

¹²⁹⁴ Pour cette présentation de la position de la Cour de cassation, voir la note d'E. Dreyer sous CC 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, *M. Antoine J.* (JCP G, 2011/46, p. 1247).

¹²⁹⁵ Décision 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, *M. Antoine J.* (note E. Dreyer, JCP G, 2011/46, p. 1247).

Le fait que la réserve d'interprétation ait été préférée à une censure directe est révélateur des problématiques qui apparaissent lorsque le Conseil, dans le contentieux QPC, contrôle le texte tel qu'interprété par l'une des deux cours suprêmes (ou par le Tribunal des conflits, pour être tout à fait exact). À première vue, certes, on a l'impression d'un conflit entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire. On va montrer cependant dans la prochaine section qu'il n'en est rien en réalité. Dans le cas qui nous occupe ici, outre la vraisemblance avec laquelle on peut penser que la Cour de cassation cherchait la censure de cette disposition, il faut voir que le Conseil, en édictant une réserve d'interprétation, a plutôt confirmé la position de celle-ci. Il a en effet simplement corrigé le défaut qu'elle avait déjà relevé¹²⁹⁶, sans pouvoir agir elle-même. Ce faisant, il a encore confirmé l'idée que nous évoquions plus haut : qu'il y aurait une frontière nette entre les compétences de chaque juge, et que s'ils peuvent utiliser les mêmes outils, ce n'est pas de manière concurrente, mais complémentaire. Au juge ordinaire l'interprétation de la loi et l'éventuelle apologie de ses inconstitutionnalités, au juge constitutionnel la confrontation de cet état de fait à la Constitution et sa correction éventuelle.

Nous venons de présenter trois manifestations d'une même attitude de fond : que ce soit en délimitant strictement les champs de compétence de manière à ne pas intervenir, en se reposant sur les garanties offertes par le juge ordinaire ou en se fondant sur une jurisprudence prétendue constante pour annuler un texte (ou le modifier par des réserves d'interprétation, plutôt), le Conseil constitutionnel met en scène l'articulation pacifique de sa tâche avec celle des autres juridictions. On voit que l'interprétation est essentielle dans ce travail : non pas tant les méthodes précises au sens du canon savygnicien, mais plutôt la répartition de la souveraineté sur l'interprétation : il y a une forme de séparation, à notre sens très artificielle, au sein de l'interprétation du texte distinguant entre l'application concrète et le rapport à la Constitution. Si elle remplit sa fonction de répartition pacifique des compétences, elle n'est pas nécessairement convaincante sur le fond. D'autant que, très souvent, en prétendant ne s'occuper que de son domaine, le Conseil se voit de fait amené à entériner des solutions déjà prédéterminées par les autres juges.

Section 3 Le contrôle de la loi « telle qu'interprétée » : splendeurs et misères de l'interprétation

Depuis l'introduction de la QPC, le Conseil constitutionnel a affaire, qu'il le veuille ou non,

¹²⁹⁶ Voir la décision de renvoi, Cass. crim, 21 juin 2011, n° 11-80.010.

à la jurisprudence des autres juridictions. On vient de montrer comment il cherchait à transformer cette concurrence potentielle en complémentarité. Si l'on se rappelle cependant l'expansion qu'a prise le contrôle de constitutionnalité allemand par le biais de la *Verfassungsbeschwerde*, on peut penser qu'il y a là auto-limitation plus que réelle nécessité théorique. Le mécanisme n'est certes pas le même, notamment parce qu'il n'y a pas de moyen de coercition à l'égard du juge ordinaire, mais la problématique est semblable : comment le juge constitutionnel peut-il prétendre effectuer une distinction de nature entre son travail d'interprétation et celui du juge ordinaire ? De fait, à partir du moment où il est obligé d'interpréter la loi pour la confronter à la norme de référence, c'est-à-dire d'imaginer les cas possibles d'application et leur conformité ou non aux droits fondamentaux, il paraît illusoire d'avancer que l'interprétation de la loi reste du ressort exclusif du juge ordinaire. Une telle affirmation relève d'une pétition de principe et révèle en réalité une volonté de ne pas créer un conflit, d'autant que celui-ci ne pourrait pas être résolu.

Alors que le Bundesverfassungsgericht prétend maintenir une distinction entre sa tâche et celle du juge ordinaire, tout en contrôlant de plus en plus étroitement celui-ci, le Conseil constitutionnel se contente la plupart du temps, au moment de contrôler la loi telle qu'elle est interprétée par les autres juridictions, d'entériner les décisions déjà prises. Ces positions opposées ne s'expliquent pas par d'éventuelles différences théoriques (par exemple un concept différent d'autorité de la chose jugée, ou de séparation des pouvoirs), mais bien plus à notre sens par la position institutionnelle de chaque cour. Sa faiblesse institutionnelle conduit le Conseil à adopter une théorie bâtarde de l'interprétation (§1) qui lui permet d'exercer un contrôle uniquement nominal sur la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État (§ 2). Bien loin, donc, d'être une menace pour les cours suprêmes des deux ordres, son contrôle de la loi telle qu'interprétée par elles conduit à donner l'onction constitutionnelle à des interprétations qui ne paraissent pourtant pas nécessaires (§ 3)¹²⁹⁷.

§ 1 La théorie à demi-réaliste de l'interprétation

On sait que la Cour de cassation commença par se fonder sur une approche strictement normativiste du droit pour refuser de transmettre des QPC qui ne portaient pas tant sur la loi elle-même que sur l'interprétation qu'elle en donnait¹²⁹⁸. Ce refus suppose qu'il existe une norme

¹²⁹⁷ Les développements qui suivent reprennent et complètent des réflexions d'abord publiées sous la forme d'un article paru dans la revue *Droit et société* (« Question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d'interprétation », *Droit et société*, 82, 2012/3, p. 713-732). Nous remercions l'éditeur qui nous a permis de les reprendre ici.

¹²⁹⁸ Cass 19 mai 2010, n° 12019 ; suivie par les juridictions du fond : « la demande qui ne tend par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité qu'à remettre en cause une interprétation jurisprudentielle et faire statuer sur

contenue dans le texte et possédant une existence indépendante de son application par le juge. Cette position ne peut pourtant pas être soutenue sérieusement scientifiquement, ce que l'introduction de la QPC prouve empiriquement, puisqu'elle perdrait tout sens dans un tel paradigme. Une application stricte de ce principe empêcherait, théoriquement, toute QPC, comme cela a été relevé, par exemple, par Dominique Rousseau :

En d'autres termes, la Cour distingue loi "sèche", transmissible, et loi "interprétée-par-elle", intransmissible, car la transmission aurait pour conséquence de faire juger par le Conseil ses interprétations jurisprudentielles de la loi. Mais, si une telle distinction était maintenue, elle conduirait à ne jamais transmettre une QPC dans la mesure où toute disposition législative contestée *a posteriori* a, par définition et au contraire du contrôle *a priori*, fait l'objet d'applications et donc d'interprétations par les juridictions judiciaires et/ou administratives¹²⁹⁹

Cette façon qu'a la Cour de cassation de prétendre croire que le juge n'est effectivement que la « bouche de la loi » et que son travail n'ajoute ni ne retranche rien à la norme a pu être critiquée par la doctrine, qui y décèle d'abord une réticence à céder au Conseil constitutionnel quelque part que ce soit de son pouvoir, d'une certaine façon discrétionnaire¹³⁰⁰.

La réponse du Conseil constitutionnel se trouve dans les QPC 2010-39 et 52. Dans un considérant de principe remarqué, il y affirme qu'« en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »¹³⁰¹. Dans la mesure où il le peut, le Conseil interdit ainsi aux autres juridictions de se fonder sur cette distinction artificielle entre le texte et son application pour refuser la transmission de QPC.

Cette solution risquait cependant de laisser croire que le Conseil, en contrôlant, selon ses propres termes, les interprétations des deux plus hautes juridictions, se hissait de lui-même au-dessus d'elles et se donnait donc le rôle d'une cour suprême.

L'argumentation choisie pouvait, heureusement, concilier le difficile équilibre entre le contrôle de constitutionnalité de la loi telle qu'appliquée et le maintien du caractère abstrait, donc

celle-ci par le Conseil constitutionnel ne peut prospérer » (Refus de transmission, CA Versailles, 31 août 2010, n° 10/00009), « la question prioritaire de constitutionnalité ne s'applique qu'à la contestation d'une disposition législative au regard de la Constitution et non pas à l'interprétation de la loi par les juridictions » (Refus de transmission, CA Paris, ord. Référé, 6 oct. 2010, n° 10/17577), cité par BRIAND (Luc) « Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions judiciaires du fond », *Gazette du Palais*, 48, 17 février 2011, p. 7-15 (p. 11).

¹²⁹⁹ ROUSSEAU (Dominique), « Toujours "Vive la QPC" ? Oui ! », *Gazette du Palais*, 147, 27 mai 2010, p. 16-18, (p. 18).

¹³⁰⁰ Voir, entre autres, JAN (Pascal), « Chronique QPC : question prioritaire de constitutionnalité (mars-octobre 2010) », *Petites Affiches*, 251, 17 décembre 2010, p. 10-22, lequel trouve cette attitude « inacceptable » (p. 20), ou MATHIEU (Bertrand), « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *Semaine Juridique*, 44, 2010, p. 2038-2039.

¹³⁰¹ Conseil constitutionnel, 2011-39 QPC, 6 octobre 2010, cons. 2 ; Conseil constitutionnel, 2011-52 QPC, 14 octobre 2010, cons. 4

non-concurrent du travail effectué par le juge ordinaire, de ce même contrôle. On sait en effet que le contrôle exercé traditionnellement par le Conseil est décrit comme un contrôle abstrait parce qu'intervenant avant la promulgation de la loi, et donc hors de tout litige. Cependant, l'utilisation même de la distinction entre contrôles concret et abstrait paraît plus déroutante que précieuse : si l'on se contente de relever qu'un contrôle est concret lorsqu'il a, de près ou de loin, trait à un litige, on utilise un critère qui ne semble pas apporter une aide décisive dans l'appréhension du contrôle de constitutionnalité¹³⁰². Si, en revanche, on en donne une définition plus stricte, le fait d'opérer un contrôle portant aussi sur les éléments de fait d'un litige, il est si évident que le Conseil constitutionnel ne peut se livrer à un tel travail, que là encore cette distinction semble de peu d'intérêt. On doit donc penser que, s'il a semblé nécessaire à de nombreux auteurs d'insister sur le caractère abstrait du contrôle *a posteriori*¹³⁰³, c'est sans doute plutôt dans le but de rejeter tout ce qui pourrait faire penser à une cour suprême (d'après le modèle américain, et au prix, donc, d'un flou sur toutes les notions en jeu) : contrairement à une telle juridiction, qui pourrait se pencher sur l'ensemble du raisonnement juridique, le contrôle du Conseil constitutionnel est nécessairement limité, précisément parce que le mécanisme de la QPC est un mécanisme spécifique, à la fois *a posteriori* et abstrait, au sens où il ne concerne que la constitutionnalité de la loi, pas le travail de la juridiction. Pour reprendre à nouveau les mots de Dominique Rousseau, une disposition législative n'aura « qu'une [interprétation], celle du juge ordinaire. En revanche, cette interprétation ne sera pas “souveraine” puisque le Conseil la soumet à son contrôle »¹³⁰⁴. Si l'on suit ce raisonnement, le Conseil constitutionnel n'entend dans « interprétation » que le résultat, et non le processus lui-même¹³⁰⁵ ; dès lors, la jurisprudence du juge ordinaire ne lui apparaît que comme un objet, un fait, parmi tous ceux qu'il examine¹³⁰⁶.

¹³⁰² Ainsi, HAMON (Francis) et TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 31^e éd., 2009, p. 62-65 ; lesquels d'ailleurs ne tirent rien de cette distinction, sinon que, de fait, les deux contrôles finissent plus ou moins par se rejoindre (p. 65). Dans d'autres manuels, il n'y est consacré aucun développement : voir par exemple ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris : Montchrestien, 9^e éd., 2010).

¹³⁰³ Contre une forme d'automatisme qui s'était instaurée en France, tendant à confondre abstrait et *a priori*, concret et *a posteriori* ; confusion dont on trouve même la trace chez des auteurs par ailleurs extrêmement rigoureux : PFERSMANN (Otto), « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* (Les articles 61-1 et 62 de la Constitution) », *Petites affiches*, 254, 19 décembre 2008, p. 103-110, notamment p. 103.

¹³⁰⁴ ROUSSEAU (Dominique), GAHDOUN (Pierre-Yves), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2010 », art. cité, p. 263.

¹³⁰⁵ Comme on le sait bien, la substantivation d'un verbe au moyen du suffixe « -tion » peut aussi bien désigner un processus (l'action d'interpréter) que le résultat de celui-ci (le nouvel énoncé fourni par un interprète).

¹³⁰⁶ Le lien entre la qualification du contrôle (concret ou abstrait) et sa portée quand il est exercé sur la jurisprudence d'une autre cour n'est en rien nécessaire. En Allemagne, la *konkrete Normenkontrolle* (*Grundgesetz* art. 100) correspond à une forme de question préjudicielle (procédure donc assez proche, sinon l'auteur de la question, de la QPC), par opposition à une *abstrakte Normenkontrolle*, exercée hors de tout conflit devant une juridiction (et en pratique généralement *a priori* ; *Grundgesetz* art. 93 2). Ce que l'on veut refuser au Conseil constitutionnel, le pouvoir de juger les autres juridictions, ne correspond cependant pas à ce contrôle concret, mais à la *Verfassungsbeschwerde* (le recours en matière constitutionnelle, mot à mot, *Grundgesetz* art. 93 1-4 a et b) qui, elle, n'est ni concrète ni abstraite.

C'est ce qu'a confirmé la décision 2011-120 QPC (« Recours devant la Cour nationale du droit d'asile », 8 avril 2011). L'argument utilisé pour rejeter la requête (« dans ces conditions, cette jurisprudence [parce qu'elle n'est pas définitive, étant seulement le fait de la Cour nationale du droit d'asile, non du Conseil d'État] ne peut être regardée comme un *changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité* des dispositions contestées »¹³⁰⁷) indique, *a contrario*, qu'une jurisprudence devenue définitive peut donner lieu à un contrôle parce qu'elle peut constituer un changement de circonstances¹³⁰⁸. Le Conseil agit simplement comme si le texte de loi avait été modifié au Parlement : de même qu'il ne peut prétendre contrôler ce qui a amené le législateur à choisir une option plutôt qu'une autre, tant qu'elle reste permise par la Constitution, de même il ne peut reprendre l'ensemble du raisonnement du juge. Qu'il soit de fait ou de droit, un changement de circonstances est en effet un objet qui échappe au Conseil constitutionnel, car doté d'une existence propre dans le monde. Ce n'est donc pas le raisonnement, comme cheminement intellectuel véritable et vérifiable¹³⁰⁹, que prend en compte le Conseil, mais simplement son résultat. Cela n'inciterait donc pas à considérer ces quelques décisions comme des audaces jurisprudentielles.

D'autant moins d'ailleurs que, selon le Conseil constitutionnel lui-même, cette façon de faire, loin d'assujettir les autres juges, permet d'affirmer leur pouvoir : « Toute autre solution aurait porté atteinte au rôle des cours suprêmes de l'ordre judiciaire ou administratif et vidé de son sens la réforme de la QPC. Si le Conseil constitutionnel n'avait pas considéré qu'il ne peut examiner une disposition législative qu'à la lumière de l'interprétation donnée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, il aurait méconnu le rôle régulateur de ces derniers. Il revient en effet à ces deux cours d'interpréter la loi pour en assurer une application uniforme dans le pays¹³¹⁰. »

¹³⁰⁷ Conseil constitutionnel, 2011-120 QPC, cons. 9, nous soulignons. Remarquons, d'ailleurs, que c'est, après coup, donner raison à Hugues Portelli, rapporteur de la commission des lois du Sénat, qui avait jugé inutile l'amendement faisant porter le contrôle QPC également sur la jurisprudence car, « [à] la limite, cette question pourrait être traitée au titre de ce que l'on appelle le "changement de circonstances" » Rapport d'information de J.-L. Warsmann fait au nom de la Commission des lois sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, AN n° 2838, 5 octobre 2010, p. 79-80).

¹³⁰⁸ On retombe dès lors sur une situation bien connue et appliquée très tôt au contentieux QPC : décisions 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 (« Garde à vue »), cons. 18.

¹³⁰⁹ C'est-à-dire susceptible d'être à nouveau parcouru par tout être doué de raison : c'est le principe allemand de la *Nachvollziehbarkeit*, qui doit permettre de contrôler le juge en vérifiant son raisonnement. Cela s'oppose cependant à la tradition du laonisme juridique qui prévaut en France.

¹³¹⁰ Conseil constitutionnel, « novembre 2010 : qpc et interprétation de la loi » : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/novembre-2010-qpc-et-interpretation-de-la-loi.50038.html>>. Les membres du Conseil eux-mêmes ne manquent pas de répéter que le Conseil ne s'arroge pas, *horresco referens*, le rôle d'une cour suprême. Hubert Haenel organise ainsi un exposé donné le 21 octobre 2010 à l'Université de Nancy : « I. Le Conseil constitutionnel n'est pas une Cour suprême mais se rattache au modèle kelsenien des Cours constitutionnelles » ; « II. Au sein des modèles kelseniens, le Conseil constitutionnel présente des originalités fortes qui n'en font pas une Cour suprême au-dessus du Conseil d'État et de la Cour de cassation » <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/21102010_haenel.pdf>.

Le tour de force ici, bien entendu, est de faire passer ce qui est ressenti comme une immixtion intolérable pour la seule solution respectant le statut des deux « cours suprêmes » françaises. En se fondant sur leur rôle unificateur quant à l'interprétation de la loi, le Conseil les contraint à tirer les conséquences de leur position privilégiée : puisqu'elles établissent, de fait, la loi, c'est un signe de respect que de considérer celle-ci uniquement « à la lumière » de leur travail¹³¹¹. Il fait ainsi d'elles des créateurs de droit, à l'égal du législateur – ce qui lui permet de mieux les contrôler.

C'est ce que montre, également, la décision 2011-120 QPC déjà évoquée : puisqu'il en fait la seule juridiction dont les décisions, étant définitives, font véritablement jurisprudence et peuvent donc être considérées comme un changement de fait ou de droit, le Conseil y reconnaît la place suprême du Conseil d'État dans l'ordre administratif¹³¹². Quant au juge constitutionnel, il se contenterait, dans tous les cas, de contrôler la loi toujours de la même façon – quelle que soit la source du texte – conformément à la Constitution, se plaçant donc sur un terrain tout autre, et évitant par là-même tout conflit.

Ainsi, le Conseil constitutionnel adopte l'un des fondements de la théorie réaliste de l'interprétation (la norme est la signification attribuée par un interprète authentique à un énoncé normatif), mais ne reprend pas entièrement cette théorie à son compte : il en reste en effet à une vision légicentriste de la norme, puisqu'il ne fait finalement que remplacer un texte par un autre. Il refuse en tout cas de considérer l'interprétation comme un processus global, qui engage notamment la qualification des faits. Seule cette conception permet pourtant d'appréhender véritablement le travail juridique¹³¹³. Cette vision de l'interprétation le conduit à exercer un contrôle plus nominal

¹³¹¹ Notons d'ailleurs que l'argument selon lequel une audace du Conseil constitutionnel doit en fait être comprise comme renforçant le juge ordinaire est particulièrement prisé pour justifier ce genre d'innovation : ainsi en est-il des réserves d'interprétation ; cf. VIALA (Alexandre), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1999, p. 216 notamment. On rappellera simplement que, dans le cas du « droit vivant » qui sert de modèle avoué au Conseil constitutionnel, l'honneur fait à la Cour de cassation italienne était tout à fait empoisonné : dans l'arrêt 161 de la Cour constitutionnelle italienne (1971), le recours au droit vivant permettait, en donnant force normative à la jurisprudence, de contrôler celle-ci de façon contraignante dans le cadre de conflits récurrents entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation (voir ZAGREBELSKY (Gustavo), « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 1, 2010, p. 9).

¹³¹² Conseil constitutionnel 2011-120 QPC du 8 avril 2011 : « La jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ; [...] il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 » (cons. 9). Les esprits chagrins pourront bien sûr faire remarquer qu'attribuer une position, même la plus haute, à un acteur, c'est encore considérer que l'on est supérieur à ce même acteur (d'autant que le Conseil d'État n'a, jusqu'à présent, pas eu besoin de l'appui du Conseil constitutionnel pour s'imposer à la tête de son ordre), mais un tel débat dépasserait les limites de notre article.

¹³¹³ Sur ce point, voir MÜLLER (Friedrich), *Discours de la méthode juridique* (trad. et présentation par Olivier Jouanjan de *Juristische Methodik*), Paris : PUF, 1996, not. p. 44-46 et p. 57-63. Pour un développement un peu plus ample de cette idée en ce qui concerne le Conseil et la QPC, nous renvoyons à notre article précité (dans *Droit et Société*,

que réel sur la jurisprudence des autres cours.

§ 2 Un contrôle uniquement apparent

Au moment où le Conseil adopte sans la remettre en question la qualification des faits donnée par le juge ordinaire, il limite en même temps le cadre de son contrôle, quand il ne le fait pas tout bonnement entièrement dépendre de celui-ci.

Reprendre la qualification des faits donnée par le juge ordinaire détermine le cadre du contrôle lorsqu'il permet d'appliquer l'un des considérants de principe qui forment les outils du Conseil constitutionnel. C'est ce qu'on voit dans le raisonnement à deux niveaux permettant de déterminer la grille de contrôle appliquée aux dispositions réglementant l'abattage d'animaux malades et les indemnités afférentes. Le texte prévoit que le ministre de l'agriculture peut retirer cette indemnité à un éleveur qui s'est rendu coupable de certains manquements aux règles zoosanitaires (afin que ne puisse profiter de sa propre turpitude celui qui a provoqué une épizootie). Afin de pouvoir contrôler cette disposition au fond, alors même qu'elle ne semble pas d'abord représenter une sanction, le Conseil se fonde sur la position du Conseil d'État, qui analyse cette indemnité comme un droit naissant de la situation d'abattage. À partir de ce moment, il devient possible de considérer une décision de retrait de ce droit comme une sanction, car il ne s'agit pas seulement d'une décision prise par l'administration dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, mais du refus de reconnaître un droit normalement acquis. Si le juge constitutionnel peut affirmer « que la décision administrative de retrait d'indemnité constitue une sanction ayant le caractère d'une punition », c'est seulement parce qu'il a fait le détour par la qualification donnée par le Conseil d'État.¹³¹⁴

La plupart du temps, cependant, les conséquences de cette reprise vont plus loin que la simple détermination du cadre applicable. Ainsi, dans la QPC 2010-52, le Conseil d'État a pu déterminer la solution du Conseil dans le sens où il l'entendait. On peut même avancer l'hypothèse selon laquelle le juge constitutionnel n'a accepté de s'intéresser à l'application de la loi que parce qu'il s'interdisait toute autonomie, par l'utilisation d'une méthode qui n'est (on vient de le voir) qu'un semblant d'interprétation.

En analysant cette décision, on remarque en effet que l'affaire paraît jouée avant même que

2012/3), p. 721-722.

¹³¹⁴ Décision 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, *M. Georges R.* (note F. Rousseau, *D.*, p. 2684-2687), cons. 5.

ne commence l'examen de constitutionnalité au sens strict, c'est-à-dire la confrontation de la loi au texte constitutionnel. On lit au considérant 5 : « Considérant qu'il s'ensuit que, contrairement à ce que soutient le Premier ministre, la disposition litigieuse doit être regardée comme instituant non une obligation d'origine contractuelle mais une des impositions de toutes natures au sens de l'article 34 de la Constitution ¹³¹⁵ ». Or, la qualification juridique de la somme devant, chaque année, être payée à l'État par la Compagnie agricole de la Crau peut à elle seule décider du résultat du contrôle de constitutionnalité. Il semble en effet évident qu'une simple contrepartie contractuelle ne saurait être déclarée inconstitutionnelle, tout comme on ne peut douter qu'une taxe fiscale importante imposée dans un secteur d'activité à une seule entreprise violerait le principe d'égalité devant l'impôt ¹³¹⁶. Mais cette qualification n'est pas faite par le juge constitutionnel : celui-ci se contente de reprendre, suivant scrupuleusement en cela l'usage qu'il est en train d'établir, le résultat de l'interprétation effectuée par le Conseil d'État ¹³¹⁷ ; par là, cependant, il se lie entièrement à cette juridiction. Le fait que la loi soit déclarée inconstitutionnelle ne change donc rien à la posture du Conseil : il ne fait que parachever ce qu'avait commencé le juge ordinaire. C'est d'autant moins une « sanction » ¹³¹⁸, que l'on peut supposer que le Conseil d'État recherchait précisément cette solution au moment où il se déclarait incompétent, jugeant au fond lors de la première procédure engagée par la Compagnie ¹³¹⁹. On peut donc considérer que le Conseil constitutionnel refuse, de fait, de prendre une décision propre.

La pratique s'est perpétuée après ce premier exemple. Le Conseil fait remarquer qu'il a abandonné son considérant de principe, jugeant la QPC désormais assez bien implantée pour se contenter d'une formule plus sobre, une simple référence à la « jurisprudence constante » de la Cour de cassation ou du Conseil d'État ¹³²⁰. Parallèlement, il continue de la même manière à restreindre fortement la portée de ce contrôle pour garantir son acceptabilité. En reprenant par exemple la

¹³¹⁵ Décision 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*.

¹³¹⁶ Rappelons brièvement les faits : la Compagnie agricole de la Crau, pressée d'argent, conclut deux conventions avec l'État, les 30 octobre et 14 décembre 1940, par lesquelles elle obtient un prêt et s'engage, une fois cette somme remboursée, à verser chaque année à l'État un quart de ses revenus. Les conventions avaient force législative pour avoir été, le 30 avril 1941, approuvées par une loi.

¹³¹⁷ Ce qui se manifeste particulièrement dans la progression du raisonnement dans les considérants 3 à 5, qui forment un petit syllogisme juridique : puisque le Conseil d'État a décidé que la loi devait être interprétée comme ayant imposé un prélèvement de caractère fiscal (cons. 3) et que le Conseil constitutionnel applique les lois telles qu'elles sont interprétées par le juge (cons. 4), « *il s'ensuit* » (nous soulignons) que l'on doit considérer cette somme comme un prélèvement fiscal (cons. 5).

¹³¹⁸ ROUSSEAU (Dominique) et GAHDOUN (Pierre-Yves), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2010 », art. cité.

¹³¹⁹ Cf. *Conseil d'État, 27 juillet 2009, Compagnie agricole de la Crau, n° 295637* : après avoir établi que la somme en question a bien le caractère d'un prélèvement fiscal, le juge constate que, le Premier ministre ne pouvant agir sur un texte de caractère législatif, la requête était sans objet. C'est là un appel clair à se tourner vers le Conseil constitutionnel.

¹³²⁰ La formule est utilisée jusqu'à la décision 2011-127 QPC, puis disparaît pour devenir implicite (elle se retrouve encore dans la décision 2013-336 QPC, sans qu'on puisse s'expliquer cette résurrection ponctuelle). Pour le fondement de cette évolution dans le fait que la solution est désormais « bien établie », voir le commentaire publié par le Conseil sous la décision 2013-354 QPC, p. 6.

manière dont le Conseil d'État qualifie de « peine » la dégradation pour un militaire, il se contraint à censurer la disposition qui prévoit que la dégradation accompagne automatiquement un certain nombre de condamnations¹³²¹. On peut du reste déceler la même dépendance au juge ordinaire dans des décisions où ne figure pourtant même pas la référence à sa jurisprudence constante : ainsi, les dispositions encadrant l'élaboration des listes de cours d'eau protégés a été déclarée contraire à la Constitution pour ne pas respecter le principe d'information du public inscrit dans la Charte de l'environnement. Pourtant, une disposition générale du code de l'environnement (art. L. 120-1) pouvait précisément être convoquée pour compenser cette lacune. Mais elle ne concernait que les textes réglementaires et le Conseil d'État avait fait de ces listes un acte administratif *sui generis*, qui pour n'être pas individuel n'en était pas pour autant réglementaire¹³²². Seul le fait de prendre pour argent comptant cette qualification justifie la censure exercée par le Conseil (censure d'autant plus étonnante qu'elle est privée de tout effet par l'application dans le temps : elle paraît donc plutôt dictée par le souci de s'aligner sur la position du juge administratif). Cette continuité est remarquable : elle prouve que le comportement observé à propos de la décision *Compagnie agricole de la Crau* n'est pas dû au caractère particulier de l'espèce (n'eût été la validation législative, on serait en effet tenté d'y voir, notamment parce qu'elle concerne un cas individuel, une question qui relève tout entière du droit administratif) ; des règles générales aussi peuvent donner lieu à la même prédétermination de la solution par le juge ordinaire.

Cela conduit à nuancer fortement l'idée selon laquelle le Conseil se serait arrogé au moyen de son nouveau considérant de principe un pouvoir considérable sur les autres juges, jusqu'à devenir potentiellement la seule cour suprême française. Cela conduit encore à remettre en cause la lecture proposée par Dominique Rousseau et Pierre-Yves Gahdoun, selon lesquels le Conseil aurait simplement appliqué ici l'axiome prudent de la conquête jurisprudentielle, voulant que l'on affirme d'abord un principe nouveau sans le retenir dans l'espèce avant de l'utiliser pleinement à l'occasion d'une autre décision¹³²³. Si, en effet, la décision 2010-52 QPC déclare la loi contrôlée contraire à la Constitution, contrairement à la solution retenue par la QPC 2010-39, elle reste, en fait, tout aussi dépendante du travail effectué par le Conseil d'État. Il semble que la juridiction administrative ait conditionné la solution constitutionnelle.

¹³²¹ Décision 2011-218 QPC du 3 février 2012, *M. Cédric S.* (note C. Tzutzuiano, RFDC, 92, 2012, p. 891-893).

¹³²² Décision 2014-396 QPC du 23 mai 2014, *France Hydro Électricité*.

¹³²³ ROUSSEAU (Dominique) et GAHDOUN (Pierre-Yves), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2010 », art. cité.

§ 3 Une onction constitutionnelle à des interprétations discutables

Non content de se contenter de tirer les conclusions nécessaires de qualifications effectuées par les autres juridictions, le Conseil constitutionnel fige en prétendant les contrôler les interprétations qu'elles donnent, et leur sert ainsi d'auxiliaire contre le législateur. L'obsession légicentriste qui est de tradition en France trouve ici à s'exprimer, mais au profit du juge ordinaire qui, comme seul interprète authentique, donne le sens qui lui plaît (et qu'il peut justifier) aux dispositions qu'il doit appliquer. C'est d'ailleurs ce même légicentrisme qui, d'un autre côté, protège le juge ordinaire contre les menées du Conseil, dont on peut imaginer qu'il ne cherchera pas à contrôler des principes généraux du droit et autres normes de référence utilisées par celui-là, précisément parce qu'il ne s'agit ni de la loi, ni de la Constitution. La conséquence est en tout cas que le juge voit une interprétation parfois particulièrement restrictive de la loi gagner une assise particulièrement stable lorsque même le Conseil la consacre au-dessus du texte.

On l'observe dans des questions sociales, c'est-à-dire des questions où le juge a pu particulièrement s'appuyer sur des considérations morales pour interpréter les textes d'une manière plutôt restrictive. Le premier exemple qui vient évidemment à l'esprit est précisément celui qui a donné lieu pour la première fois à l'utilisation du considérant de principe sur le contrôle de la loi telle qu'interprétée. La décision 2010-39 QPC portait en effet sur l'adoption, au sein de couples homosexuels, de l'enfant du concubin. Le code civil réservant cette possibilité au conjoint, le juge judiciaire avait pris prétexte du terme pour réserver ce type d'adoption aux couples mariés, et donc pour en exclure de fait les couples homosexuels. De semblable manière la Cour de cassation refusait le mariage aux personnes homosexuelles en se fondant sur les dispositions du code civil qui, incidemment, évoquent le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme. Incidemment parce qu'il ne s'agit pas, de la part du législateur d'alors, d'une prise de position volontaire, mais seulement d'un constat nécessaire au vu des circonstances historiques de rédaction de ce code. C'est donc uniquement la Cour de cassation qui en fait une interdiction positive. Or dans les deux cas, il semble bien que le Conseil, en se fondant sur cette interprétation du texte législatif pour le contrôler, l'entérine du même coup, et empêche toute interprétation concurrente. Que lui prenne l'interprétation du juge ordinaire pour un fait, on a vu que c'est une nécessité s'il veut parvenir en même temps à conserver une portée, même minimale, au contrôle *a posteriori* et à assurer aux cours suprêmes qu'il n'empiète pas sur leur territoire. Mais la conséquence, voulue ou non, et qu'en déplaçant ainsi l'objet du contrôle, il tend à ôter entièrement du débat l'interprétation elle-même. Pourtant, même du point de vue de la séparation des pouvoirs, donc d'un point de vue

constitutionnel, celle-ci ne va pas de soi. Elle correspond en réalité à la formule de Schumann déjà citée à propos du Bundesverfassungsgericht, par laquelle celui-ci se donne un critère pour déterminer l'endroit où s'arrête son contrôle sur le juge ordinaire : une décision prise par celui-ci ne peut être annulée que si elle l'aurait été également venant, dans les mêmes termes, du législateur. Mais on a vu aussi à cette occasion la critique fondamentale faite à cette méthode : elle oublie que le juge ordinaire peut restreindre des choix laissés ouverts par le législateur sans pour autant porter directement atteinte aux droits fondamentaux. On peut pourtant considérer que, ce faisant, celui-ci méconnaît pour sa part le principe de séparation des pouvoirs. C'était précisément le cas dans les deux questions que nous mentionnons : en l'absence de décision qu'on puisse rattacher au législateur, le juge a adopté une position conservatrice que le Conseil constitutionnel a entériné. Il est vrai, d'ailleurs, que la chose était peut-être plus habile d'un point de vue politique : vu les contestations provoquées par la loi sur le mariage pour tous, on peut imaginer que les réactions auraient été encore plus violentes à l'encontre d'une décision venant d'un organe non élu (mais on peut aussi penser, à l'inverse, que l'apparente neutralité du Conseil et l'impossibilité de lui attribuer une ligne idéologique aussi marquée que l'affrontement droite/gauche auraient de fait rendu la contestation plus difficile).

Dans la décision sur le consentement au mariage que nous avons déjà commentée, on peut observer le même déplacement, encore une fois associé à la « jurisprudence constante » de la Cour de cassation. Alors que le législateur exige seulement un consentement non vicié (afin surtout de prévenir des mariages forcés, ou de permettre une annulation à une personne trompé sur les qualités essentielles de son conjoint), le juge judiciaire en fait un consentement à l'institution traditionnelle du mariage. La façon dont le Conseil entérine cette restriction extrêmement sévère (et difficilement justifiable au vu du seul texte) est ici particulièrement remarquable. Après avoir exposé cette jurisprudence, il ajoute « que la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale »¹³²⁴. On voit que le problème se trouve ici renversé : il ne s'agissait pas de savoir ce que garantit précisément ou non la liberté du mariage, mais simplement au nom de quoi le juge judiciaire pouvait se permettre de restreindre à ce point le sens du texte et prétendre contrôler les raisons incitant deux personnes à se marier. En ignorant cela, le Conseil constitutionnel ne fait qu'apporter sa bénédiction à la Cour de cassation. Les considérations de politique institutionnelle vis-à-vis du législateur rencontrent ici celles qui prennent en compte le juge ordinaire.

¹³²⁴ Décision 2012-261 QPC du 22 juin 2012, *M. Thierry B.* (note F. Chénéde, *Actualité Juridique Famille*, 2012/9, p. 466-467), cons. 7.

Parmi toutes les décisions qui mentionnent la jurisprudence constante du juge ordinaire, il est difficile d'en déceler une qui puisse être l'expression d'un conflit avec celui-ci. Soit qu'elles reprennent en réalité une décision qu'il a déjà prise, soit qu'elles s'inscrivent dans une dynamique de collaboration, elles ne semblent pas pouvoir représenter la menace qu'ont cru y voir les magistrats sur leur indépendance. Pour le juge constitutionnel, elles sont plutôt un moyen d'affirmer sa propre position vis-à-vis de l'extérieur, mais d'une manière suffisamment souple pour ne pas conduire à une modification du système institutionnel tel qu'il fonctionne déjà. En ce sens, d'une certaine façon, il ne fait que réaliser la volonté du constituant qui voyait dans le contrôle *a posteriori* surtout une manière de débarrasser le droit français de ses scories inconstitutionnelles. Contrairement au juge allemand, il ne cherche pas à faire de cette nouvelle procédure (ni du nouveau considérant développé à cette occasion) un instrument pour asseoir une forme de domination sur les autres juges.

Cela n'est pas nécessairement dû seulement à un *self-restraint* souverain de ses membres, mais est aussi l'expression d'une nécessité institutionnelle : le Conseil n'ayant pas les moyens d'imposer ses décisions aux juges ordinaires, il risquerait en adoptant des positions trop tranchées et trop autonomes de porter atteinte à l'équilibre constitutionnel apparent – et affaiblirait du même coup, en réalité, l'autorité de ses propres décisions.

C'est ici que les questions institutionnelles rejoignent la question de l'interprétation. Le Conseil constitutionnel s'en tient à une théorie restreinte de l'interprétation, aussi bien dans ses rapports avec les autres juges que pour ce qui concerne la perception générale de la Constitution comme ensemble orienté ou non. G. Vedel faisait remarquer que la grande réussite du Conseil, ce qui lui permettait de s'accorder avec les autres cours, était de n'avoir pas cédé au « pan-constitutionnalisme ». Celui-ci

tend à une théorie de l'État et du droit qui ferait dériver de la Constitution tout le droit positif dans ses diverses branches, un peu à la manière dont à partir de postulats fondamentaux se déduisent les théorèmes d'une géométrie, ce qui, sur le plan organique, impliquerait dans tous les domaines un pouvoir suprême de contrôle, voire d'impulsion, du juge constitutionnel.¹³²⁵

On a vu que c'est d'une certaine manière ce qu'a pu se permettre le Bundesverfassungsgericht au lendemain de la Seconde guerre mondiale, mais précisément parce qu'il intervenait dans un champ vierge ou devant le redevenir. Au contraire, pour le Conseil constitutionnel, confronté notamment aux deux institutions bien ancrées que sont la Cour de

¹³²⁵ VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État... », p. 670.

cassation et le Conseil d'État ainsi qu'aux traditions de la corporation juridique que la guerre n'avait pas aussi visiblement ébranlées qu'en Allemagne (où d'ailleurs le tribunal constitutionnel fut d'abord surtout pourvu, par la force des choses, de juristes en quelque sorte extérieurs, ou qui l'étaient devenus dans l'exil), il faut composer avec l'existant : « loin de se construire par une cascade déductive de propositions, l'ordre juridique prend chair et se peuple par une série de relais et de médiations que le droit constitutionnel légitime et encadre mais ne pré-détermine que pour une petite partie »¹³²⁶. C'est ce qui explique, sans doute, la conception beaucoup plus parcellaire que le juge constitutionnel français se fait de l'interprétation (de la Constitution comme de la loi).

En comparant les rapports entretenus par les deux cours constitutionnelles avec les juges ordinaires de leur ordre juridique, on voit donc vérifiée l'intuition de T. Di Manno, esquissée à partir d'une comparaison des situations française et italienne. Tout comme le mécanisme de sanctions dont disposait la Corte costituzionale n'a pas empêché de violentes confrontations avec la Corte di cassazione, de même le Bundesverfassungsgericht, parce qu'il disposait d'outils pour mener bataille, s'est heurté durement au Bundesverwaltungsgericht comme au Bundesgerichtshof (et davantage au second, plus ancien, qu'au premier). Au contraire, le Conseil constitutionnel a dû et « su intelligemment s'adapter à l'absence de mécanisme permettant de sanctionner l'autorité de ses décisions », notamment en intégrant la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation comme des éléments en soi indiscutables. La remarque de T. Di Manno se cantonne aux réserves d'interprétation, mais il nous semble, au vu de ce que nous venons de présenter, qu'on peut l'étendre à l'activité du juge constitutionnel en général. S'il est dans la position du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire dans la position de celui qui doit s'agréger à un système déjà existant et non lui donner sa structure, il devra prendre soin d'éviter un conflit qui nuira à tous les acteurs sans lui profiter.

¹³²⁶ *Ibid.*, p. 670-671.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Les juges constitutionnels sont soumis à des contraintes qui dépendent de l'environnement institutionnel dans lequel ils se meuvent, et qui sont souvent bien plus fortes que les textes. On ne veut pas dire par là que tel juge donnerait systématiquement raison au législateur, ou au contraire que tel autre s'opposerait toujours pour des raisons d'opportunité politique. Partant du constat qu'il n'est pas de bonne solution possible (pas en tout cas sans une décision préalable qui ôte tout crédit à l'idée d'une application directe du droit et d'une puissance nulle du juge), nous avons seulement voulu montrer que le texte ne suffit jamais. Ce qui peut expliquer les décisions du juge, c'est tout autant les moyens dont il dispose, face au législateur comme face aux autres juges, de défendre ses positions, voire de les étendre. À cet égard, deux éléments doivent retenir principalement l'attention de l'observateur. D'abord la question de la légitimité dont jouit le juge en question dans le système étudié. Cela peut expliquer l'impression générale selon laquelle le Bundesverfassungsgericht possède une position mieux assurée et une jurisprudence plus intrusive que celle du Conseil constitutionnel (encore que, nous l'avons vu en matière d'impôts, la différence ne soit pas toujours évidente), mais cette notion n'est pas encore suffisante, car trop floue à notre goût. En revanche, les moyens d'action que possèdent les acteurs les uns sur les autres (les modes de saisine et de contrôle lorsqu'on songe aux rapports avec le législateur, l'étendue de l'autorité des décisions pour ce qui regarde les relations avec les juges ordinaires) permettent de mieux saisir l'activité des deux cours constitutionnels qui ont fait l'objet de notre recherche.

Face au législateur, les deux juges se retrouvent peu ou prou dans la même posture, même si

le Conseil constitutionnel a tendance à faire preuve de plus de retenue pour ce qui regarde les questions de société, ce qu'expliquent à la fois sa plus grande fragilité institutionnelle et surtout le refus d'une interprétation de la Constitution comme un ensemble axiologiquement orienté. Plus intéressantes en revanche sont les relations avec les juges ordinaires : la possession ou non de moyens permettant d'intervenir visiblement dans le même champ (la possibilité donc de provoquer et terminer les conflits) ou au contraire le maintien de l'autonomie de chaque juge conduit dans le premier cas à des querelles violentes et manifestes, dans le second à des arrangements plus discrets. Dans la lutte ouverte comme dans la négociation, l'interprétation peut être utilisée comme auxiliaire (en tant que processus d'attribution de signification à un texte) ou servir d'argument (lorsqu'est invoqué le résultat d'un tel processus) ; à elle seule, cependant, elle n'emporte jamais la décision.

CONCLUSION

Notre recherche ne permet pas de décider si le Bundesverfassungsgericht et le Conseil constitutionnel utilisent bien ou mal les techniques d'interprétation, et respectent ou non, de ce point de vue, les limites que leur impose le principe démocratique. Tel n'était pas notre propos, d'ailleurs, le regard sceptique que nous posons sur le droit nous interdisant ce genre de jugements généraux. En revanche, l'usage de l'interprétation par les cours constitutionnelles offre une prise pour étudier leur inscription dans le champ politique et juridique. S'il est bien, à notre sens, une aporie de l'interprétation, aporie qui exige qu'on en finisse avec elle et qu'on ne prétende plus faire des techniques d'interprétation les garants d'une application juste du droit, ce constat ne doit pas pour autant conduire à rejeter *a priori* toute enquête sur cette question au prétexte qu'on aurait affaire aux filets de camouflage de décisions arbitraires.

On peut en effet partir de l'idée que les techniques d'interprétation doivent être appréhendées dans le cadre d'une recherche sur la justification des décisions rendues par les cours constitutionnelles. Ce faisant, on est nécessairement invité à prendre également en compte les destinataires du discours de justification : en premier lieu le pouvoir politique et les autres juges. Or l'étude des relations entre ces institutions, tantôt de concurrence, tantôt de coopération, fait effectivement apparaître une corrélation entre trois éléments : la position institutionnelle, la méthode globale d'interprétation et l'extension comme la profondeur du contrôle.

Ainsi, la forte assise dont bénéficie le Bundesverfassungsgericht et le contexte historique

d'adoption de la Loi fondamentale allemande lui ont permis de développer une interprétation mimétique de celle-ci. La conséquence en est une conception englobante (qui concerne tous les champs de l'ordre juridique) et axiologiquement orientée des dispositions constitutionnelles (particulièrement celles qui regardent les droits de l'homme). À son tour, cette conception invite à une lecture extensive des pouvoirs du tribunal : il les développe de manière à acquérir, potentiellement, ceux d'une cour suprême tel que la connaît le système américain. Face aux alarmes de la doctrine et des autres juges devant cette évolution qui ne correspond pas à la position donnée au Bundesverfassungsgericht par les textes, seul le recours au *self-restraint*, mais à un *self-restraint* bien fragile, permet de tracer des limites – on a vu que celles-ci sont pour le moins souples.

Au contraire, le Conseil constitutionnel n'a pas été conçu dès le départ comme un organe central de la Ve République. Ni les éléments symboliques (le nom, par exemple), ni les éléments concrets (le mode de nomination de ses membres) ne sont pour lui donner l'aura particulière du gardien de la Constitution. Il a dû son ascension à des initiatives propres, mais surtout au contexte général qui a accordé de plus en plus d'importance aux droits fondamentaux comme normes protégeant directement les individus contre l'État. Cette fragilité et la tradition française plutôt hostile au contrôle de constitutionnalité du législateur expliquent sans doute le refus de considérer la Constitution comme un tout orienté et guidant l'ordre juridique ainsi que le recours à une interprétation par transposition, y compris de normes non constitutionnelles. L'utilisation du style judiciaire français traditionnel, plutôt que l'invention, sur l'exemple allemand, d'un nouveau style (plus discursif et argumentatif) est indissociablement lié à cette manière de faire.

Certes, les positions ne sont pas toujours aussi opposées, et il est des domaines où les deux cours agissent de manière semblable. On a vu par exemple que le Conseil pouvait avoir recours à l'interprétation mimétique, mais uniquement à grande échelle, sur des points précis où il peut se réclamer ainsi indirectement d'une sorte de volonté du constituant. L'opposition de fond se manifeste en revanche clairement dans les rapports avec le législateur et le juge ordinaire, puisque le Bundesverfassungsgericht peut utiliser son interprétation globalisante du *Grundgesetz* pour pousser son contrôle plus loin, appliquant les principes constitutionnels là où le Conseil se retrancherait derrière la liberté d'appréciation du législateur ou la souveraineté du juge ordinaire. Le juge allemand dispose des mêmes outils, mais en use différemment.

Dans les deux pays, on voit le juge s'efforcer de réaliser une forme de syncrétisme en pénétrant l'ordre juridique existant des nouvelles normes constitutionnelles. Simplement, conséquence des conditions changeantes d'une rive à l'autre du Rhin, cette intégration se fait d'un

côté au profit de la tradition, de l'autre au profit de la constitution. C'est ici que les techniques d'interprétation jouent un rôle fondamental puisqu'elles permettent l'emboîtement en douceur des deux ordres, et de la manière qui convient le mieux (tout du moins de l'avis des juges constitutionnels) à chaque système. Quoique les textes soient assez similaires, ils peuvent donner lieu, tempérés par l'interprétation, à des résultats fort différents. C'est que, nouvelle confirmation, s'il en était besoin, des thèses réalistes, le texte à lui seul ne suffit pas à déterminer l'interprétation. Celle-ci se fonde toujours sur des principes ajoutés en réalité par l'interprète, que celui-ci tire, selon ses convictions et ses contraintes, de réflexions théoriques ou de traditions juridiques. Pour observer utilement l'interprétation, il faut donc d'abord en finir avec elle et abandonner ces vieilles lunes : qu'elle serait le moment neutre du droit. Si l'étude de l'interprétation est utile au chercheur, c'est d'abord pour ce qu'elle révèle indirectement, et non parce qu'elle conduirait, enfin, à une forme de vérité en droit.

BIBLIOGRAPHIE

Articles

AGUILA (Yann), « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, 21, 1995, p. 9-46

ALEXY (Robert),

contribution *in id.*, IPSEN (Jörn), ERBGUTH (Wilfried), dir., *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Berlin, De Gruyter, 2002, 549 p., p. 7-30

« Die logische Analyse juristischer Entscheidungen », p. 9-35, *in* ALEXY (Robert), KOCH (Hans-Joachim), KUHLEN (Lothar) et RÜSSLANN (Helmut), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 545 p.

AMAR (Vikram David), « Morse, school speech, and originalism », *UC Davis Law Review*, 42, 2009, 3, p. 637-660

ANTER (Andreas), « Ordnungsdenken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *in* VAN OOYEN (Robert Chr.), MÖLLERS (Martin H. W.), dir., *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Wissenschaften, 2006, 543 p., pp 307-320

ARENDT (Hannah), « Qu'est-ce que l'autorité ? », *in La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1989, 380 p. (traduction de l'anglais *Between Past and Future*, Londres, 1961), p. 121-185

AVRIL (Pierre), « le cadre et le tableau », *RFDC*, 43, 2000, p. 501-504.

AZOULAI (Loïc), « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *in* NEFRAMI (Eleftheria), dir., *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 438 p., p. 341-368

- BADINTER (Robert), « Du côté du Conseil constitutionnel », RFDA, 2002, p. 207-211
- BALDUS (Manfred), « Frühe Machtkämpfe. Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts », in HENNE, (Thomas), RIEDLINGER (Arne), dir., *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, 592 p., p. 237-248
- BARASH (Jeffrey Andrew), « Fascisme et crise du droit dans la perspective de Hermann Heller », in KERVÉGAN (Jean-François) dir., *Crise et pensée de la crise en droit : Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon, ENS éditions (« Theoria »), 2002, 231 p., p. 112-124
- BARON (Christine), « Autorialité, auctorialité, commencement », in BOUJU (Emmanuel) dir., *L'autorité en littérature*, Rennes, PU Rennes, 2010, 511 p., p. 85-94
- BARTHES (Roland), « Le bruissement de la langue », in *Le Bruissement de la langue*, Paris, Seuil, p. 99-102
- Bartolo (Sergio), « Conclusions : Legitimacy of Constitutional Courts : Between Policy Making and Legal Science », in Sadurski (Wojciech), dir., *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in A Comparative Perspective*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, 450 p., p. 409-432
- BATTIS (Ulrich), GRIGOLEIT (Klaus-Joachim), « Die Entwicklung des versammlungsrechtlichen Eilrechtsschutzes - Eine Analyse der neuen BverfG-Entscheidungen », NJW 2001/29, p. 2051-2055
- BEAUD (Olivier),
 « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in GREWE (Constance), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 188 p., p. 49-72.
- « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle (A propos de la décision du 9 août 2012) », *Juspoliticum*, 9, 2013
- BECKER (Gary), « Crime and Punishment: An Economic Approach », *The Journal of Political Economy*, 76, 1968, p. 169-217
- BEIGNIER (Bernard), « Procédure civile et droit constitutionnel », in n DRAGO (Guillaume), FRANÇOIS (Bastien), MOLFESSIS (Nicolas), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1996, 415 p., p. 153-173
- BENDA (Ernst), « Diskussionsbeitrag », in BOGS (Harald), dir., *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 179 p.
- BERGOUIGNOUS (Georges), « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *NCCC*, 38, 2013, p. 7 sq.
- BERNADET (Arnaud), « L'historicité de l'auteur », in JACQUES-LEFÈVRE (Nicole) dir., *Une histoire de la*

« fonction-auteur » est-elle possible ?, p. 13-31

BOBBIO (Norberto),

« Sur le positivisme juridique », *in id., Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 286 p., p. 27 sq.

« Des critères pour résoudre les antinomies », *in id., Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 287 p., p. 89-103

« L'illusion du fondement absolu », *in id., Le fondement des droits de l'homme*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 3-9

BÖCKENFÖRDE (Ernst-Wolfgang), « Grundrechte als Grundsatznormen », *Der Staat*, 29, 1990, p. 1-31

BON (Pierre), DE BÉCHILLON (Denys), « Les nouvelles limites apportées au jeu du principe de non indemnisation des servitudes d'urbanisme », *D.*, 2000, p. 256 sq.

BOURDIEU (Pierre),

« La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, 64, 1986, p. 3-19

« Habitus, code et codification », *ARSS*, 64, 1986, p. 40-44

BOUTMY (Émile), « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales de l'Ecole libre des Sciences politiques*, 1902, t. XVII, p. 415 sq.

BRIAND (Luc) « Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions judiciaires du fond », *Gazette du Palais*, 48, 17 février 2011, p. 7-15

BRUNET (Pierre), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », *in HACHEZ (Isabelle) et al., dir., Théorie des sources du droit*, Limal – Bruxelles, Anthémis – Université de Saint-Louis, 2012, 1030 p., p. 387-428

BRUNET (Pierre),

« Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres. Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », *in GREWE (Constance), La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 188 p., p. 115-135

« Positivisme et droit de résistance. Analyse critique du "néo-constitutionnalisme" », *in GROS (Dominique), CAMY (Olivier), dir., Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil, 2005, 278 p., p. 245-260.

« La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », *in CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), FERRÉ (Nathalie), dir., Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 247-250

« Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, 2011/2, p. 311-327

- BRYDE (Brun-Otto), « Verfassungsgerichtsbarkeit in der Soziologie », in BRAND (Jürgen), dir., *Soziologie des Rechts (FS Blankenburg)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, 711 p., p. 490-504
- BUCH-JEPSEN (Niels), « Le Nom propre et le propre auteur. Qu'est-ce qu'une « fonction-auteur » ? », in JACQUES-LEFÈVRE (Nicole) dir., *Une histoire de la « fonction-auteur » est-elle possible ?*, Saint-Étienne, Publication de l'Université de Saint-Étienne, 2001, 292 p., p. 49-64
- BULLINGER (Martin), « Fragen der Auslegung einer Verfassung », *JZ*, 2004/5, p. 209-214
- BURKICZAK (Christian), « Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument des Grundrechtsschutzes », in EMMENEGGER (Sigrid), WIEDMANN (Ariane), dir., *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, t. 2, Berlin, Walter de Gruyter, 2011, 619 p., p. 129-149
- CAMPROUX-DUFFRÈNE (Marie-Pierre), « Le contentieux de la réparation civile des atteintes à l'environnement après la loi du 1er août 2008 sur la responsabilité environnementale », *Revue Lamy Droit Civil*, 2010, p. 71
- CANIVET (Guy), « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in FRISON-ROCHE (Anne-Marie) et BARANÈS (William) dir., *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1996, 126 p.
- CAPITANT (René), *Revue Politique et Parlementaire*, 742, 1964, p. 18
- CARCASSONNE (Guy), « À propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 41, 1987, p. 163-170
- CAYLA (Olivier),
 « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », *Les Études philosophiques*, 1999, 3, p. 291-310
- « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », in DE BÉCHILLON (Denys), BRUNET (Pierre), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), MILLARD (Eric), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, 1028 p., p. 249-266
- « L'angélisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas », *RDP*, Paris, LGDJ, 2007/6, p. 1541-1568
- CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « L'arrêt Koné, à la lumière de la théorie des contraintes », in *id.*, TROPER (Michel), GREGORCZYK (Christophe), dir., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005
- CHIRAC (Jacques), sans titre, *PA*, 2005/134, p. 5-6.
- COHENDET (Marie-Anne),
 « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », in DE BÉCHILLON (Denys), BRUNET (Pierre), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), MILLARD

(Eric), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, 1028 p., p. 299-314

« Le système de variables déterminantes », in AMELLER (Michel) et al., dir., *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, 630 p., p. 119-134

« L'arbitrage du président de la République », APD, 52, 2009, p. 15-55

COLLIARD (Jean-Claude), « Le système des partis ou la constitution politique de la Ve République », RDP, 1998

COLLY (François), « Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété », RDP, 1988/1, p. 135-197

CREMER (Hans-Joachim), « Allgemeine Regeln des Völkersrechts », HdStR, XI, p. 369-411

DE BÉCHILLON (Denys), « "Cinq Cours suprêmes ?" Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 137, 2011/2, p. 33-45

DEMME (Géraldine), LORENTZ (Romain), « Responsabilité civile et naissance d'un enfant, aperçu comparatif », RIDC, 2005/1, p. 103-139

DESRAYAUD (Alain), « De la sûreté à la citoyenneté : l'accessibilité du code civil de 1804 » RTDCiv, 2012/4, p. 677-697

DI FABIO (Udo), « Grundrechte als Werteordnung », JZ, 2004/1, p. 1-8

DI MANNO (Thierry), « L'Influence des réserves d'interprétation », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 189-272

DIEDERICHSEN (Uwe), « Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz », *Jura*, 1997/2, p. 57-64

DILOY (Chrystel), « L'abus de majorité lors du changement d'affectation des parties privatives », AJDI, 2013/2, p. 95-100

DONNARUMA (Maria Rosaria), « un mythe brisé : l'intangibilité de la loi. le contrôle juridictionnel de la « ragionevolezza » des lois », RFDC, 76, 2008, p. 797-837

DUFOUR (Alfred), éd., « Présentation », in VON SAVIGNY (Friedrich), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, PUF (« Léviathan »), 2006, 218 p.

DUSSART Marie-Laure, « La garantie de la propriété à l'épreuve de la Question prioritaire de constitutionnalité », RFDC, 2012/4 n° 92, p. 799-819

DUTHELLET DE LAMOTHE (Olivier) (« Le point de vue du juge constitutionnel : l'expérience du Conseil constitutionnel », in « Regards croisés sur la sécurité juridique, Séminaire franco-brésilien », PA, 2006/254, p. 10-15

- DWORKIN (Ronald) « Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy », *Oxford Journal of Legal Studies*, 24/1, 2004, p. 1-37
- FERRÉ (Vincent), « L'autorité de l'auteur invisible (Broch, Dos Passos) », in BOUJU (dir.), *L'autorité en littérature*, p. 121-131
- FISH (Stanley),
 « Working on the Chain Gang : Interpretation in Law and Literature », in id., *Doing what comes naturally*, Durham, Londres, Duke University Press, 1989, 613 p., p. 87-102
- « Force », in *Doing what comes naturally*, p. 503-524
- FONDIMARE (Elsa), MARGUET (Laurie), « La parité en France et en Allemagne », actes du colloque « Droit électoral et démocratie. Regards comparés France-Allemagne » (jeudi 11 et vendredi 12 septembre 2014), à paraître
- FONSECA (David), « L' "effet Habermas" dans la doctrine constitutionnelle contemporaine », RDP, Paris, LGDJ, 2007/6, p. 1569-1616
- FORSTHOFF (Ernst), « Die Umbildung des Verfassungsgesetzes », FS Carl Schmitt, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, 330 p., p. 35 sq.
- FOUCAULT (Michel),
 « Qu'est-ce qu'un auteur ? », in *Dits et Écrits*, t. 1, Paris, Gallimard, 1994, p. 789-821
- Entretien avec C. Baker, in *Dits et Écrits*, t. 4, Paris, Gallimard, 1994, p. 688-696
- FROMONT (Michel),
 « Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes – République fédérale d'Allemagne », AIJC, 1985/1, p. 214-218
- Le principe de sécurité juridique*, AJDA, 1996, p. 178.
- GENETTE (Gérard), « Vraisemblance et motivation », in id., *Figures II*, Paris, Seuil, 1969, 294 p., p. 71-99,
- GERHARDT (Michael), « Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Parameter der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts » in TRUTE, GROSS, RÖHL, MÖLLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 735-748
- GIBSON (James L.), « From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior », *Political Behaviour*, 5-1, 1983, p. 7-49
- GILBERT (Simon), « Permanence et évolution du modèle napoléonien », JCP A, 2011/8, p. 2078 sq.

- GOESEL-LE BIHAN (Valérie),
 « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », RFDC, 1997, 30, p. 227-267
- « Rapport sur le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, AIJC, 2009, p. 191-212.
- « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Juspoliticum*, 7, 2012
- « Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel » RFDC, 98, 2014, p. 269-291
- GRIMM (Dieter), « Verfassung », in id., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1994, 451 p., p. 11-30
- GRZEGORCZYK (Christophe), dir., *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 535 p., p. 365-368
- HÄBERLE (Peter),
 « Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten », *Juristenzeitung*, 10, 1975, p. 297-305
- « Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft », in HbdStR, III, p. 317-367
- HABERMAS (Jürgen), « Sur le droit et la démocratie », *Le Débat*, 97, 1997, p. 42-47
- HENNE (Thomas), « Die neue Wertordnung im Zivilrecht – speziell im Familien- und Arbeitsrecht », in STOLLEIS (Michael), dir., *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berliner Wissenschaftsverlag, 2007, 103, p., p. 13-37
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Oxymore ou tautologie ? La notion de Judicial politics expliquée par la théorie du droit américaine contemporaine », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 24, 2008.
- HERBERT (Ulrich), « Integration der jungen Republik durch Verfassungsrecht ? », in STOLLEIS (Michael), dir., *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berliner Wissenschaftsverlag, 2007, 103 p., p. 85-102
- HERMES (Georg), in ALEXY, IPSEN, ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 119-150
- HESSE (Hans Albrecht), « Das Bundesverfassungsgericht in der Perspektive der Rechtssoziologie », in VAN OOYEN (Robert), MÖLLERS (Martin), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, 543 p.
- HEUN (Werner), in ALEXY, IPSEN, ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 80-114

- HEUSSNER (Hermann), « Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung », *NJW*, 1982/6, p. 257-263
- HIRSCH (Günter), « Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten », *ZRP* 2006/5, p. 161 sq.
- HOEFFNER (Hélène), « L'absence de réparation du préjudice moral ne viole pas la Constitution », *Droit Administratif*, 2011/3, p. 44-48
- HOFFMANN-RIEM (Wolfgang), « Versammlungsrecht » in MERTEN (Detlef), PAPIER (Hans-Jürgen), dir., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland in Europa*, Heidelberg, Müller, 2004-, 10 t., t. 4, p. 1117-1212
- HÖNNIGE (Christoph), GSCHWEND (Thomas), « Das Bundesverfassungsgericht im politischen System der BRD - ein unbekanntes Wesen? », *Politische Vierteljahresschrift*, 51, 2010/ 3, p. 507-530
- HOSTIOU (René) « Nécessité de recourir à l'expropriation et appréciation de l'utilité publique d'une opération », *AJDI*, 2006/2, p. 136-137
- HUSSON (Léon), « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *APD*, 1972, p. 115-135
- IPSEN (Jörgen) : « Nichtigerklärung oder „Verfassungswidrigkeitserklärung“ – zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle », *JZ*, 1983, p. 41-45
- JOUANJAN (Olivier),
 « Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933), in GREWE (Constance), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 188 p., p. 19-48.
 « Sur une réception française de Savigny », *Droits*, 46, 2007, p. 159-181
 « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Juspoliticum*, 7, 2012
- KAUFFMANN (Peter), « Die Abschaffung der Urteilsverfassungsbeschwerde », *Recht und Politik*, 34, 1998, p. 29-39
- KAY (Richard S.), « Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation », *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2009/2, p. 703-726
- KOCH (Hans-Joachim), « Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung », in ALEXY (Robert), KOCH (Hans-Joachim), KUHLEN (Lothar) et RÜSSLANN (Helmut), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 545 p., p. 155-167
- KÖPPE (Olaf), « Bundesverfassungsgericht und Steuergesetzgebung – Politik mit den Mitteln der Verfassungsrechtsprechung? », in VAN OYEN (Robert), MÖLLERS (Martin), dir., *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden 2006, p. 435-448

- KLIPPEL (Diethelm), « La polémique entre Jellinek et Boutmy : une controverse scientifique ou un conflit de nationalisme ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, Paris, 1, 1995
- KORIOTH (Stefan), « Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundesstaat », in VAN OOYEN (Robert Chr.), MÖLLERS (Martin H. W.), dir., *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Wissenschaften, 2006, 543 p., p. 391-405
- KREY (Volker), JAEGER (Stefan), « Sitzblockaden als tatbestandsmäßige Nötigung mit Gewalt », in GUGGENBERGER, WÜRTEMBERGER, *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik*, p. 151-160
- KUHLEN (Lothar), « Das Grundgesetz als Herausforderung für Strafprozess- und Strafrecht », in STOLLEIS, *Altes Recht und neue Verfassung*, p. 39-52
- KUNIG (Philip), contribution in ALEXY, IPSEN, ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, VVDStRL, 2002, p. 34-74
- LA TORRE (Massimo), « Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation », *Ratio juris*, vol. 15, n°4, 2002, p. 377-402
- LACCHÈ (Luigi),
 « L'expropriation pour cause d'utilité publique, la propriété et les garanties constitutionnelles dans la France révolutionnaire », in MARTUCCI (Roberto), *Constitution et révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815)*, Macerata, Laboratorio di storia costituzionale, 1995, 735 p., p. 510-535
 « L'expropriation pour cause d'utilité publique en France au XIXe siècle. Origines et développement d'un modèle juridique » in *L'Expropriation*, (deuxième partie, Moyen-âge et temps modernes), Bruxelles, De Boeck Université, 2000, 404 p., p. 79-103
- LAMOUREUX (Sophie), « La codification ou la démocratisation du droit », RFDC, 2001, 48, p. 801-824
- LANGE (K.), « Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Landesverfassungen », in BÖCKENFÖRDE (Ernst-Wolfgang), JEKEWITZ (Jürgen), RAMM (Thilo), dir., *Soziale Grundrechte*, Heidelberg, Müller, 1981, 147 p.
- LASSER (Mitchel), « La Macdonald-isation du discours judiciaire français », APD, 45, 2001, p. 137-148
- LEGE (Joachim), « 30 Jahre Nassauskiesung – Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat », JZ, 2011, 22, p. 1084–1091
- LEIBHOLZ (Gerhard),
 « Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts in der sogenannten „Statusfrage“ », *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts neue Folge*, 6, 1957, p. 120-137
 « Freiheitliche demokratische Grundordnung und das Bonner Grundgesetz », DVBl, 8, 1951, p. 554 sq.
- LÉONARD (Paul), (« De la constitutionnalité des nationalisations », GP, 1981, p. 440-441

- LEVADE (Anne), « Les « petits cailloux » du Conseil constitutionnel », *AJJC*, 2009, p. 11-27
- LIETZMANN (Hans), « "Reflexiver Konstitutionalismus" und Demokratie. Die moderne Gesellschaft überholt die Verfassungsrechtsprechung », in GUGGENBERGER (Bernd), WÜRTEMBERGER (Thomas), dir., *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik ? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, 320 p., p. 233-261
- LLEWELLYN (Karl),
 « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », *Columbia Law Review*, 1930, vol. 30, p. 431-465
- « Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be constructed », *Vanderbilt Law Review*, 1950, vol. 3, p. 396-407
- LUCHAIRE (François),
 « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p. 275-329
- « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 64, 2005, p. 675-684
- MACINTYRE (A. C.), « Hume on "Is" and "Ought" », *The Philosophical Review*, 68, 1959/4, p. 451-468
- MARINO (Laure), « Protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée », *D.*, 2000, p. 265.
- MARX (Karl), « Zur Judenfrage », in id., ENGELS (Friedrich), *Werke*, Berlin, Karl Dietz Verlag, 1976. t. 1, p. 347-377
- MATHIEU (Bertrand),
 « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chron., p. 211.
- « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », *RFDA*, 2000, p. 289 sq
- MEUNIER (Jacques), « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, 2003-2, 105, p. 29-40
- MILLARD (Éric), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 30-31, 1995, p. 381-412
- MOLFESSIS (Nicolas),
 « Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », *RTDCiv.*, 1998/3, p. 796
- « Le droit privé, source de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 15-38

- MÖLLERS (Christoph), « Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft », in SCHMIDT-ASSMANN (Eberhard), HOFFMANN-RIEM (Wolfgang), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, p. 131-164
- MOLLION (Grégory), « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », RFDC, 62, 2005, p. 257-289
- MOSQUERA VALDERRAMA (Irma Johanna), « Legal transplants and comparative law », *International Law Journal*, 2004, p. 261-276
- MOUZET (Pierre), « Les manifestations contentieuses de "l'esprit de la Constitution" de 1958 », RDP, 2004/5, p. 1243-1290
- MURSWIEK (Dietrich), « Grundrechte als Teilhaberechte », HdStR, IX, p. 569-620
- OETER (Stefan), « "Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts », AöR, 1119, 1994, p. 529-563
- OST (François), « Retour sur l'interprétation », in id., *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 206 p., p. 79-101
- PAPIER (Hans-Jürgen), « Der Stand des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes », in DEPENHEUER (Otto), dir., *Eigentum. Ordnungsidee, Zustand, Entwicklungen*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2005, 166 p., p. 93-104
- PFERSMANN (Otto),
 « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », RFDC, 50, 2002, p. 279-334
 « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », RFDC, 52, 2002, p. 759-788
 « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* (Les articles 61-1 et 62 de la Constitution) », *Petites affiches*, 254, 19 décembre 2008, p. 103-110
- PHILIP (Loïc), « Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes – France », AIJC, 1985/1, p. 268-272
- PICARD (Etienne), « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, 1998, p. 6.
- PISSALOUX (Jean-Louis), « QPC et droit immobilier ou beaucoup d'espoirs déçus », RLCT, 2011, p. 52-58
- PROELSS (Alexander), « Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG », in RENSEN (Hartmut), BRINK (Stefan), dir., *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2009, 634 p., p. 553-584

- RABAULT (Hugues), « La constitution économique de la France », *RFDC*, 44, 2000, p. 707-745
- RADÉ (Christophe), « À propos des heures de délégation des maîtres contractuels de l'enseignement privé : l'État employeur doit payer », *Droit social*, 2012/5, p. 477-483
- RAWLS (John), « The Idea of Public Reason Revisited », *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n° 3, 1997, p. 765-807
- RÉVEILLÈRE (Vincent), « Cachez ces valeurs que je ne saurais voir », à paraître
- REYET (Thierry), « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 53-65
- RIALS (Stéphane), « Ouverture : l'office du juge », *Droits*, Paris, PUF, 9, 1989, p. 3-20
- ROBERT (Jacques-Henri), « Fiction : le droit pénal sans la jurisprudence constitutionnelle », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 181-188
- RODRIGUEZ RUIZ (Blanca), SACKSOFSKY (Ute), « Gender in the German Constitution », in BAINES (Beverley), RUBIO-MARIN (Ruth), dir., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 342 p., p. 149 sq.
- ROELLECKE (Gerd),
 « Roma Locuta – Zum 50jährigen Bestehen des BVerfG », *NJW*, 2001/40, p. 2924-2931
 « Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Gerichtsbarkeit », *HbStR*, t. 3, p. 1221-1231
- RÖHL (Hans Christian) « Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie ? », in TRUTE (Hans Heinrich), GROß (Thomas), RÖHL (Hans Christian), MÖLLERS (Christoph), *Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 945 p., p. 821-836
- ROSS (Alf), « Tû-tû », *Harvard Law Review*, 70, 1957, pp. 812-825
- ROUHETTE (Georges), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le droit privé », in DRAGO, FRANÇOIS, MOLFESSIS, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 141-152
- ROUSSEAU (Dominique),
 « La démocratie continue », *Le Débat*, 96, 1997, p. 73-88
 « Questions de constitution », *Politique et Sociétés*, 19, 2000/2-3, p. 9-30
 « Toujours "Vive la QPC" ? Oui ! », *Gazette du Palais*, 147, 27 mai 2010, p. 16-18
- ROUVILLOIS (Frédéric), « Heurts et malheurs d'un principe: Le vote personnel des députés », *RDP*

1998/3, p. 781-785

RUFFIER-MÉRAY (Jahiel),

« Interpréter la partition juridique », in SUEUR (Jean-Jacques) dir., *Interpréter et traduire*, actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Bruxelles, Bruylant, 2007, 366 p., p. 233-272

« Variations musicales et juridiques sur le thème du faux et du juste », in SUEUR (Jean-Jacques) dir., *Le faux, le droit et le juste*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 171-208

RÜFNER (Wolfgang), « Leistungsrechte », in MERTEN (Detlef), PAPIER (Hans-Jürgen), dir., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F. Müller, 9 t., t. 2, p. 679-708

SACHS (Michael), „Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetz als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1984, p. 73-82

SANDERS (Anne), « Das Ehebild des Bundesverfassungsgerichts zwischen Gleichberechtigung, nichtehelicher Lebensgemeinschaft und Lebenspartnerschaft », in EMMENEGGER (Sigrid), WIEDMANN (Ariane), dir., *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, t. 2, Berlin, Walter de Gruyter, 2011, 619 p., p. 351-373

SCALIA (Antonin), « Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws », in id., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, 159 p., p. 3 sq.

SCHLAICH (Klaus), *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, VVDStRL, 39, 1981, p. 99 sq.

SCHMIDT AM BUSCH (Birgit), « Postmortaler Würdeschutz und gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit », *Der Staat*, 49, 2010, p. 211-249

SCHMIDT-ASSMAN (Eberhard), « Der Rechtsstaat », in HbdStR, t. II, p. 541-612

SCHMITT (Carl) « Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung », in ANSCHÜTZ, THOMA, dir., *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, 2. Band, Tübingen, 1932, p. 572 sq.

SCHÖNBERGER (Christophe),

« Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht », in STOLLEIS (Michael), dir., *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berliner Wissenschaftsverlag, 2007, 103, p., p. 53-84

« Le Conseil constitutionnel vu d'Allemagne : une marche difficile vers le sommet juridictionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 25, 2008, p. 62-64.

SELMER (Peter), « Bund-Länder-Streit », in *FS BVerfG*, I, p. 563-585

- SMEND (Rudolf),
 « Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat », in *Festgabe für Otto Mayer*, 1916, p. 247 sq.
- « Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz », *ZevKR*, 1, 1951, p. 1-14
- SOMEK, « Intuitives Verfassungsrecht. Eine Exegese zur Ordnungssystemjudikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshof », in FELDNER (Birgit), BENKE (Nikolaus), *Norm und Entscheidung : Prolegomena zu einer Theorie des Falls*, Wien, Springer, 2000, 385 p., p. 253-279
- SPERBER (Dan), (ORIGGI) Gloria, « Pourquoi parler, comment comprendre ? », in HOMBERT (Jean-Marie), dir., *Aux origines des langues et du langage*, Paris, Fayard, 2005, 514 p., p. 236-253
- STARCK (Christian), « The legitimacy of Constitutional Adjudication and Democracy », in *ibid.* (dir.), *Constitution, Universalism and Democracy – a comparative analysis*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 355 p., p. 13-23, p. 18
- STERN (Klaus), « Idee und Elemente eines systems der Grundrechte », *HbdStR*, IX, p. 57-119
- STONE SWEET (Alec),
 « La politique constitutionnelle », in DRAGO (Guillaume), FRANÇOIS (Bastien), MOLFESSIS (Nicolas), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1996, 415 p., p. 117-140
- « The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority », *German Law Journal*, 8, 2007, p. 915-928
- SUNSTEIN (Cass), VERMEULE (Adrien), « Interpretation and Institutions », *Michigan Law Review*, 101, 2003, p. 885-951.
- TOMUSCHAT (Christian), « Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit », *HdStR*, XI, p. 3-60
- TRÉMEAU (Jérôme), « L'indemnisation de la suppression d'un monopole catégoriel », *RFDC*, 2001/2, p. 354-360
- TROPER (Michel),
 « Justice constitutionnelle et démocratie », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, 358 p., p. 329-346
- « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 50, 2002, p. 335-353
- VALEMBOS (Anne-Laure), « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *PA*, 2006/117, p. 7
- VAN DE KERCHOVE (Michel), « Transgressions. Essai de typologie », in Sueur (Jean-Jacques), dir., *La*

transgression, Bruxelles, Bruylant, 2013, 534 p.

VEDEL (Georges), « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, 707 p., p. 647-672.

VON GRAWERT, (Rolf), « Das Grundgesetz im Lichte seiner Grundrechte. Eine judikative Entwicklungsgeschichte », *Der Staat*, 49, 2010/4, pp. 507-542

VON WANGENHEIM (Georg) « Sie denken anders – Verfassungsökonomik und Verfassungsrecht », in HÄNLEIN (Andreas), ROSSNAGEL (Alexander), dir., *Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa – FS für Bernhard Nagel*, Kassel, Kassel University Press, 2007, 513 p.

WALDHOFF (Christian), « Rechtsprechungsanalyse - Steuerrecht und Verfassungsrecht », *Der Staat*, 41, 2008, p. 259-294

WARUSFEL (Bertrand), « les notions de défense et de sécurité en droit français », *Droit et défense*, 1994/4, p. 11-20

WIDDIG (Peter), « Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ? », *Der Staat*, 1967, p. 137-158

WIELAND (Joachim), « Der Vermögensteuerbeschuß – Wende in der Eigentumsrechtsprechung ? Zu den denkwürdigen Umständen einer vielbeachteten Entscheidung », in GUGGENBERGER, WÜRTEMBERGER, dir., *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik*, p. 173-188

WRÓBLEWSKI (Jerzy), « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD*, 17, 1972, Paris, Sirey, 543 p., p. 51-69

WÜRTEMBERGER (Thomas), « Zur Legitimität des Verfassungsrechts », in GUGGENBERGER, WÜRTEMBERGER, *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik*, p. 57-80

ZAGREBELSKY (Gustavo), « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 1, 2010, p. 9

Ouvrages

APD, 17, 1972, Paris, Sirey, 543 p.

ALEXY (Robert), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994, 548 p.

ALEXY (Robert), IPSEN (Jörn), ERBGUTH (Wilfried), dir., *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Berlin, De Gruyter, 2002, 549 p.

ALEXY (Robert), KOCH (Hans-Joachim), KUHLEN (Lothar), RÜSSLANN (Helmut), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 545 p.

- AUSTIN (John), *The province of jurisprudence determined* (W. E. Rumble, éd.), New-York, Melbourne, Cambridge UP, 1995, 298 p.
- BADURA (Peter), DREIER (Horst), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 2 vol.
- BADURA (Peter), *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr, 1966, 27 p.
- BEAUD (Olivier),
Les Derniers jours de Weimar, Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme, Paris, Descartes & cie, 1997, 253 p.
- Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p.
- BEAUD (Olivier), PASQUINO (Pasquale) éd., *La Controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007, 212 p.
- BECKER (Ulrich), *Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 138 p.
- BENDER (Michael), *Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 1991, 446 p.
- BIOY (Xavier), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, 913 p.
- BLANQUER (Jean-Michel), *Les méthodes du juge constitutionnel*, thèse, Paris II, 1993, 454 p.
- BOBBIO (Norberto),
Teoria dell'ordinamento giuridico, Torino, G. Giappichelli, 1960, 202 p.
- BONNET (Julien) et al., éd., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2014, 598 p.
- BOUJU (Emmanuel) dir., *L'autorité en littérature*, Rennes, PU Rennes, 2010, 511 p.
- BOURDIEU (Pierre),
Le Sens pratique, Paris, Éd. de minuit, 1980, 474 p.
- Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, 244 p.
- Les règles de l'art*, Paris, Seuil (« Points »), 1998, 567 p.
- Manet. Une révolution symbolique*, Paris, Seuil, 2013, 770 p.

- BRUNET (Pierre), *Vouloir pour la Nation : le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, 2004, 396 p.
- CAPITANT (René), *Écrits constitutionnels*, Paris, CNRS, 1982, 435 p.
- CARBONNIER (Jean), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1998 (9^e édition), 447 p.
- CARCASSONNE (Guy), *La Constitution*, Paris, Seuil, 2013 (11^e édition), 465 p.
- CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, éd. Sirey, 1920-1922 (réimpr. CNRS, 1962)
- CASADAMONT (Guy), PONCELA (Pierrette), *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004, 279 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), *Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la république*, Paris – Aix en Provence, Economica – PUAM, 2001, 306 p.
- CHAPELOT (Odette), BENOIT (Paul), dir., *Pierre et métal dans le bâtiment au Moyen Age*, Paris, EHESS, 1985, 370 p.
- COHEN (Mathilde), PASQUINO (Pasquale), *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit : le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles. Rapport final*, Mission de recherche droit et justice, 2013, 163 p.
- DE CACQUERAY (Sophie), *Le Conseil constitutionnel et les Règlements des Assemblées*, Paris – Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, 465 p.
- DEGENHART (Christoph), *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2010 (26^e édition), 363 p.
- DENNINGER (Erhard), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Frankfurt (M.), Suhrkamp, 1977, 2 t.
- DEPENHEUER (Otto), *Der Wortlaut als Grenze: These zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, R. v. Decker & C.F. Müller, 1988, 65 p.
- DERRIDA (Jacques), *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Galilée, 1994, 147 p.
- DESAULNAY (Olivier), *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009, 852 p.
- DESCOMBES (Vincent), *Proust. Philosophie du roman*, Paris, éd. de Minuit, 1987, 338 p.
- DETIEN (Joachim), *Die Wertordnung des Grundgesetzes*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, 439 p.
- DOLZER (Rudolf), GRASSHOF (Karin), KAHL (Wolfgang), WALDHOFF (Christian), dir., *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1950-

- DRAGO (Guillaume), FRANÇOIS (Bastien), MOLFESSIS (Nicolas), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1996, 415 p.
- DWORKIN (Ronald),
Taking Rights seriously, Cambridge, Harvard University Press, 1977, 295 p.
- Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 470 p.
- EMMENEGGER (Sigrid), WIEDMANN (Ariane), dir., *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, t. 2, Berlin, Walter de Gruyter, 2011, 619 p.
- ESSER (Josef), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung : Rationalitätsgarantien der Entscheidungspraxis*, Frankfurt (M.), Athenäum Verlag, 1970, 218 p.
- FAVOREU (Louis) et al., éd., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013 (17^e éd.).
- FISH (Stanley), *Doing what comes naturally. Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Londres, Duke University Press, 1989, 613 p.
- FISCHER (Hartmut), *Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, 207 p.
- FRYDMAN (Benoît), *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 708 p.
- GADAMER (Hans-Georg), *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, in *Gesammelte Werke*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1986, t. 1, 494 p.
- GARSONNET (Eugène), *Traité de l'expropriation*, Paris, P. Dupont, 1900-1901, 2 t.
- GENETTE (Gérard),
Figures II, Paris, Seuil, 1969, 294 p.
- Palimpsestes. La littérature au second degré*, Paris, Seuil, 1992, 573 p.
- GÉNY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, LGDJ, 1919 (2^{nde} éd. revue et remise au courant), 2 vol.
- GICQUEL (Jean), GICQUEL (Jean-Eric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2013 (27^e édition), 834 p.
- GIRARD (Charlotte), HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, Paris, PUF, 2005, 318 p.
- GOERLICH (Helmut), *Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des*

Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1973, 214 p.

GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise), TROPER (Michel), dir., *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 535 p., p. 365-368. Voir aussi TARELLO (Giovanni), *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, 535 p.

GRICE (Herbert Paul), *Studies in The Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1989, 394 p.

GUARNIERI (Carlo), PEDERZOLI (Patrizia), *The Power of Judges. A comparative study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 235 p.

GUASTINI (Riccardo),
Lezioni di teoria costituzionale, Torino, G. Giappichelli, 2001, 243 p.

Lezioni di teoria del diritto e dello stato, Torino, G. Giappichelli, 2006, 288 p.

GUGGENBERGER (Bernd), WÜRTEMBERGER (Thomas), dir., *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik ? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, 320 p.

HAMON (Léo), *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir, le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, 300 p.

HAMON (Francis), TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 31^e éd., 2009, 914 p.

HÄBERLE (Peter), *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005 (3^e édition), 96 p.

HART (Herbert L. A.), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (3^e édition), 333 p.

HELLER (Hermann), *Staatslehre*, 1934 ; éd. par NIEMEYER (Gerhart), Leiden, A. W. Sijthoff, 1970, 298 p.

HESSE (Konrad), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999 (20^e édition), 335 p.

HEUNER (Werner), *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, 95 p.

HOFMANN (Hasso), *Legitimität gegen Legalität : der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Neuwied, Berlin, Luchterhand, 1964, 304 p., p. 100-107

HUME (David), *Traité de la nature humaine, III. La morale*, trad. Philippe Saltel, Paris, Flammarion, 1993, 282 p.

- ISENSEE (Josef), KIRCHHOF (Paul), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Heidelberg, Müller, XI vol., 2003-
- JACQUES-LEFÈVRE (Nicole) dir., *Une histoire de la « fonction-auteur » est-elle possible ?*, Saint-Étienne, Publication de l'Université de Saint-Étienne, 2001, 292 p.
- JAUNAIT (Alexandre), *Comment pense l'institution médicale ? Une analyse des codes français de déontologie médicale*, Paris, Dalloz, 2005, 366 p.
- JAUSS (Hans-Robert), *Literaturgeschichte als Provokation der Literaturwissenschaft*, Konstanz, Universitätsverlag, 1967, 72 p.
- JEANNENEY (Julien), *Les lacunes de la constitution*, thèse, Paris I, 2014
- JELLINEK (Georg), *Die Erklärung des Menschen-und Bürgerrechts*, Leipzig, 1895 ; trad. française par Georges Fardis, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'étude du droit constitutionnel moderne*, Paris, Fonterroing, 1902
- JOUANJAN (Olivier), *Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne*, Paris, PUF, 2005, 364 p.
- KAPLAN (Steven L.), *La fin des corporations*, Paris, Fayard, 2001, 740 p.
- KARPEN (Ulrich), *Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes : vom liberalen Rechtsstaat zum demokratischen Sozialismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, 110 p.
- KELSEN (Hans), *Reine Rechtslehre* (2e éd.), Wien, Franz Deuticke, 1960, 533 p. [édition fr. : *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.]
- KIESOW (Rainer Maria), *L'unité du droit*, Paris, éditions de l'EHESS, 2014, 238 p.
- KNEIP (Sascha), *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, 375 p.
- KORIOTH (Stefan), SCHLAICH (Klaus), *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2007 (7^e éd.) 344 p.
- LANDFRIED (Christine), *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1984, 186 p.
- LANGE (Friederike Valerie), *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 539 p.
- LAUFER (Heinz), *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik*, Tübingen, Mohr, 1968, 623 p.
- LE BRAS (Gabriel), LEFEBVRE (Ch.), RAMBAUD (Jacqueline), *L'âge classique 1140-1378. Sources et théorie du droit*, Paris, Sirey (« Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident », t. VII

- LE GUEN-POLLET (Brigitte), *La vie religieuse dans le monde grec du Vème au IIIème siècle avant notre ère : Choix de documents épigraphiques traduits et commentés*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 1991, 256 p.
- LEIBHOLZ (Gerhart), RINCK (Hans-Justus), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Köln, Marienburg, 1966-
- LEMBCKE (Oliver W.),
Über das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts. Ansichten und Meinungen in der Öffentlichkeit 1951-2001, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, 271 p.
- Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 509 p.
- LEROYER (Séverine), *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 2011, 756 p.
- LLEWELLYN (Karl), *The Bramble Bush*, New-York, 1930, 160 p.
- MACCORMICK (Neil),
Legal Theory and legal reasoning, Oxford, Clarendon, 1978, 298 p.
- Raisonnement juridique et théorie du droit*, 2^e édition, trad. J. Gagey, Paris, PUF, 1996, 322 p.
- MANGIAVILLANO (Alexandre), *Le contribuable et l'État : l'impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété : Allemagne-France*, Paris, Dalloz, 2013, 676 p.
- MANN (Thomas), *Lotte in Weimar*, Frankfurt (M.), Fischer Bücherei, 1967, 299 p.
- MARTENS (Wolfgang), HÄBERLE (Peter), *Grundrechte im Leistungsstaat*, Berlin, de Gruyter (VVDStRL), 1972, 382 p.
- MASSING (Otwin), *Politik als Recht – Recht als Politik. Studien zu einer Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, 276 p.
- MAUNZ (Theodor), DÜRING (Günter), HERZOG (Roman), *Grundgesetz*, München, Beck, 1958-
- MAURER (Hartmut), *Staatsrecht I*, München, C. H. Beck, 2010 (6^e édition), 784 p.
- MEDER (Stephan), *Mißverstehen und Verstehen, Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 269 p.
- MELS (Philipp), *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel : ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich, Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaates und der Furcht vor einem « gouvernement des juges »*, München, F. Vahlen, 2003, 540 p.

- MENZEL (Jörg), MÜLLER-TERPITZ (Ralf), *Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 947 p.
- MERLAND (Guillaume), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2004, 390 p.
- MERTEN (Detlef), PAPIER (Hans-Jürgen), dir., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F. Müller, 9 t.
- MEUNIER (Jacques), *Le pouvoir du Conseil constitutionnel : essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ (« La pensée juridique moderne »), Bruxelles, Bruylant, 1994, 373 p.
- MEYER (Holger Martin), *Vorrang der privaten Wirtschafts- und Sozialgestaltung als Rechtsprinzip. Eine systematisch-axiologische Analyse der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, 438 p.
- MOLFESSIS (Nicolas), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, 602 p.
- MÜLLER (Friedrich), *Juristische Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, 382 p. (édition fr. : *Discours de la méthode juridique* (trad. et présentation par Olivier Jouanjan), Paris, PUF, 1996)
- NENSTIEL (Jens), *Die Auswirkungen der Weimarer Wahlrechtsentwicklung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1992, 310 p.
- OLIVECRONA (Karl), *Law as fact*, London, Steven & Sons, 2e éd., 1971, 317 p.
- OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel), *Entre la lettre et l'esprit – les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 334 p.
- OST (François), *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 206 p.
- PAROUSSIS (Michel), *Theorie des juristischen Diskurses – eine institutionelle Epistemologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, 170 p.
- PÉCHILLON (Eric), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, 1998, 627 p.
- PERLEMAN (Chaïm),
Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 1976, 193 p.
- Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984, 203 p.
- PHILIPPE (Xavier), *Le Contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990, 541 p.
- PIAZOLO (Michael), *Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen. Die Political Question Doktrin*

im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court der USA, München, Ernst Vögel, 1994, 86 p.

PIN (Xavier), *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2012, 455 p.

PODWORNY (Sven), *Die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage*, Köln, Carl Heymanns, 2008, 228 p.

PORTALIS (Jean-Marie-Etienne), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, édition Confluences, 1999 [1801], 75 p.

PRÉAUX (Claire), *Le Monde hellénistique*, Paris, PUF, 1978, 402 p.

RADBRUCH (Gustav), *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, Koehler, 1950 (4e éd.), 391 p.

RAU (Christian), *Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 272 p.

RENSEN (Hartmut), BRINK (Stefan), dir., *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, De Gruyter, 2009, 634 p.

RIALS (Stéphane),

Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Paris, LGDJ, 1980, 564 p.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Paris, Hachette, 1988, 771 p.

RIECKEN (Jörg), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie : Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung von John Hart Elys prozeduraler Theorie der Repräsentationsverstärkung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 539 p.

RIoux (Jean-Pierre), *La France de la Quatrième République. I. L'ardeur et la nécessité 1944-1952*, Paris, Seuil (« Nouvelle histoire de la France contemporaine »), 1980, 309 p.

ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2010 (9e éd.), 586 p.

SACHS (Michael), BATTIS (Ulrich), HUBER (Peter), dir., *Grundgesetz : Kommentar*, München, Beck

SCHMITT (Carl),

Die Diktatur, Berlin, Duncker & Humblot, 1989 [1ère éd. : 1921], 258 p. (édition fr. : *La dictature*, trad. Mira Köller et Dominique Séglaud, Paris, éditions du Seuil, 2000, 329 p.)

Römischer Katholizismus und politische Form, München, Theatiner-Verlag, 1925, 53 p.

Verfassungslehre, Berlin, Duncker & Humblot, 1989 [1ère éd. : 1928], 404 p. (édition fr. : *Théorie de la Constitution*, trad. Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993, 576 p.)

Der Begriff des Politischen, Berlin, Duncker & Humblot, 1963 ; 1ère éd. 1932, 81 p.

Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, 67 p. (édition fr. *Les trois types de pensée juridique*, trad. Mira Köller et Dominique Ségard, Paris, PUF, 1995, 115 p.)

SCHMITZ (Julia), *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2014, 523 p.

SCHNAPPER (Dominique), *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, 452 p.

SCHRÖDER (Jan), *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung. Das Umgehungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus*, Padeborn, Ferdinand Schöningh, 1985, 144 p.

SCHUMANN (Ekkehard), *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963, 380 p.

SCHUPPERT (Gunnar Folke), BUMKE (Christian), *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, 104 p.

SCHUPPERT (Gunnar Folke), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden, Nomos Verlag Wissenschaft, 1998, 264 p.

SHAPIRO (Martin), STONE SWEET (Alec), *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 417 p.

SONNEVEND (Pal), *Eigentumsschutz und Sozialversicherung: Eine rechtsvergleichende Analyse anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des ungarischen Verfassungsgerichts*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2008, 278 p.

SPERBER (Dan), WILSON (Deirdre), *La Pertinence*, Paris, éd de Minuit, 1989, 396 p.

STARCK (Christian),
Praxis der Verfassungsauslegung, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, 319 p.

Praxis der Verfassungsauslegung II, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, 288 p.

STERN (Klaus), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2 (*Allgemeine Lehren der Grundrechte*), München, C.H. Beck, 1994, 1917 p.

STOLLEIS (Michael), dir., *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berliner Wissenschaftsverlag, 2007, 103 p.

- STONE [SWEET] (Alec),
The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective,
 New-York, Oxford, Oxford University Press, 1992, 312 p.
- Governing with judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000,
 232 p.
- STRAUBEL (Hella), *Schriftstelleranthologien in Deutschland und Frankreich*, thèse, Friedrich Schiller
 Universität Jena – Paris IV Sorbonne, 2013, en cours de publication
- SZCZEKALLA (Peter), *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und
 europäischen Recht: Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“*,
 Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 1334 p.
- TARELLO (Giovanni), *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, 535 p.
- THIBAUD (Vincent), *Le raisonnement du juge constitutionnel*, thèse, Lyon II, 2011
- TIMBERT (Arnaud), dir., *L'homme et la matière : l'emploi du plomb et du fer dans l'architecture
 gothique*, Paris, Picard, 2009, 231 p.
- TROPER (Michel),
La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris, LGDJ, 1967, 251 p.
- Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, 294 p.
- TROPER (Michel), GRZEGORCZYK (Christophe), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique) dir., *Théorie des contraintes
 juridiques*, Paris - Bruxelles, LGDJ – Bruylant, 2005, 203 p.
- TRUTE (Hans Heinrich), Groß (Thomas), RÖHL (Hans Christian), MÖLLERS (Christoph), *Allgemeines
 Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen, 2008, 945p.
- TUSSEAU (Guillaume), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, 813 p.
- UBERSFELD (Anne), *Lire le théâtre III, Le dialogue de théâtre* (1996), Paris, Belin Sup, 2004, 217 p.
- VALEMBOIS (Anne-Laure), *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit
 français*, Paris, LGDJ, 2005, 534 p.
- VAN OROYEN (Robert Chr.), MÖLLERS (Martin H. W.), dir., *Das Bundesverfassungsgericht im politischen
 System*, Wiesbaden, VS Verlag für Wissenschaften, 2006, 543 p.
- VIALA (Alexandre), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*,
 Paris, LGDJ, 1999, 318 p.
- VILLEY (Michel),

Formation de la pensée juridique moderne, éd. et présentation Stéphane Rials, Paris, PUF (« Quadrige »), 2006, 624 p.

Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire, Paris, Dalloz, 1969, 370 p.

VOGEL (Klaus), *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, Mohr, 1964, 51 p.

VON MANGOLDT (Hermann), KLEIN (Friedrich), STARCK (Christian), *Das Bonner Grundgesetz : Kommentar*, München, Vahlen, 2005-

VON SAVIGNY (Carl Friedrich), *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840-1850, 9 t. (édition fr. : *Traité de droit romain* (traduit par Charles Guenoux), Paris, Firmin Didot frères, 1855-1860, 8 t.)

WATSON (Alan), *Legal Transplants*, Athen - London, University of Georgia press, 121 p., 1993 (2^e édition)

WEBER (Max), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* (1922), Tübingen, J.-C. B. Mohr, 1985, 945 p.

WESEL (Uwe), *Der Gang nach Karlsruhe*, München, Karl Blessing Verlag, 2004, 413 p.

XYNOPOULOS (Georges), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995, 463 p.

ZARADNY (Aude), *Codification et Etat de droit*, thèse Paris II, 2011

ZIPPELIUS (Reinhold), WÜRTEMBERGER (Thomas), *Deutsches Staatsrecht*, München, C.H. Beck, 2008 (32^e édition), 658 p.

ZIPPELIUS (Reinhold), *Juristische Methodenlehre*, München, C. H. Beck, 2006, 116 p.

Outils, autres

Archives parlementaires de 1787 à 1860, Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises, première série (1787 à 1799), tome VIII, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1875

Der Parlamentarische Rat 1948-1949 : Akten und Protokolle, München – Boppard am Rhein, Olenbourg – Boldt, 13 t.

ARNAUD (André-Jean) dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris – Bruxelles, LGDJ – éd. Story Scientia, 1988, 487 p.

BAUDELAIRE (Charles) *Salon de 1859*, in *Critique d'art, suivi de Critique musicale*, PICHOS (Claude) éd.,

Paris, Gallimard, 2005, 757 p.

BOILEAU (Nicolas), *Œuvres*, Paris, Garnier-Flammarion, 1969, 2 t.

BORGES (Jorge Luis), « Pierre Ménard, auteur du Quichotte », *in Fictions*, Paris, Gallimard, 2009, 185 p., p. 41-52.

Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Vème République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La documentation française, 1987-, 4 vol.

CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1998, 899 p.

DE LA BRUYÈRE (Jean), *Les Caractères*, Paris, Garnier frères, s.d., 452 p.

DE VILLIERS (Michel), LE DIVELLEC (Armel), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2007 (6^e éd.), 351 p.

DIDEROT (Denis), D'ALEMBERT (Jean) *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, Paris, 1751-1780, 35 vol.

ÉRASME, *Moriae encomium id est stultitiae laus*, *in Opera omnia*, Amsterdam – Oxford, North-Holland publishing company, 1979, IV, 3, 224 p.

FURETIÈRE (Antoine), *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes et les termes de toutes les sciences et des arts*, La Haye, 1690, 3 t.

GENET (Jean), *Miracle de la rose*, Paris, Gallimard (« Folio »), 1977 [1946], 376 p.

GRACQ (Julien), « Les yeux bien ouverts », *in Préférences*, Paris, José Corti, 1989, 276 p., p. 51-69, p. 67-68.

GUINCHARD (Serge), DEBARD (Thierry) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2013 (20^e éd.), 968 p.

LITTRÉ (Émile), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, éd. Jean-Jacques Pauvert, 1957, 7 t.

PIRANDELLO (Luigi), *Sei personaggi in cerca d'autore*, *in* d'Amico (Alessandro) éd., *Maschere nude*, vol. 2, Milano, Arnoldo Mondadori, 1997, p. 619-758.

PROUST (Marcel),
À l'ombre des jeunes filles en fleur, Paris, Gallimard, 1988, 568 p.

La prisonnière, Paris, Gallimard (« Pléiade »), 1954, 1319 p.

Le Temps Retrouvé, Paris, Gallimard, 1990, 447 p.

Contre Sainte-Beuve, Paris, Gallimard, 1954, 307 p.

Correspondance, Kolb (Philippe), éd., Plon, t. XIII, 1985, 439 p.

TILCH (Horst), dir., *Deutsches Rechts-Lexikon*, München, C.H. Beck, 1992 (2^e éd.), 3 t.

VAN LANG (Agathe), GONDOUIN (Geneviève), INSERGUET-BRISSET (Véronique), *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 2012 (6^e éd.), 478 p.

INDEX

- Agir dispositionnel (Bourdieu) : 169 sq.
- Auteur (fonction-auteur) : 36 sq., 43, 55, 94 sq., 105, 117, 134, 164, 168, 273
- Autorité
- du droit : 30, 42 sq., 173, 435 sq.
 - des décisions : 352, 361 sq., 396 sq., 422 sq., 442 sq.
- Communication :
- droit comme système de : 10 sq., 37 sq., 58, 99, 133, 164, 169, 265 sq.
 - théorie communicationnelle (Habermas) : 11, 67
- Constituant rationnel (fiction du) : 46 sq., 99, 117
- Constitution
- esprit de la : 104 sq.
 - positive (Schmitt) : 61 sq., 76 sq., 293 sq., 324, 334
- comme ensemble orienté (ou unité de sens) : 70, 79, 90, 136 sq., 489
 - économique : 159 sq.
- Contrôle abstrait/concret : 184, 400, 481
- Cour suprême : 170, 395 sq., 417, 420, 435, 440, 468, 486 sq., 494
- Directives d'interprétation : 11, 99
- Discours (droit comme) : 36 sq., 97, 107, 163, 214
- Drei-Stufen-Lehre* : 339 sq.
- Drittwirkung* : 80, 137
- Droit naturel : 9, 17, 65, 88, 94, 407
- Droit vivant : 483 (note)
- Écriture constitutionnelle : 24, 30, 164, 226, 362
- Évidence (légitimation) : 57, 103, 117 sq., 174, 184 sq., 225, 229, 255, 292, 314 sq., 376, 387
- Fédération : 120 sq.

Hesse (Konrad) : 21, 67 sq.

Hiérarchie des normes : 30, 63, 129 sq.

Hiérarchie des tribunaux : 393 sq.

Hypertexte : v. *hypertextualité*

Hypertextualité : 29 sq., 167 sq.

Hypotexte :

- v. *hypertextualité*
- infraconstitutionnel : 179 sq.
- intraconstitutionnel : 231 sq.
- constitutionnel : 175 sq.

Institution (théorie de l') : 61, 324 sq.

Institutional turn : 281

Intention du constituant : 51 sq., 98, 100 sq., 116, 153

Intérêt général : 160, 202 sq., 219, 243, 342 sq.

Interprétation :

- génétique : 56
- mimétique/par transposition : 29 sq.
- restrictive : 133, 205, 467
- systématique : 157 sq.

Juste-milieu : 338, 366, 386, 392

Mariage (comme institution) : 138 sq., 325 sq.

Menschenbild : 162 sq.

Nécessité/utilité publique : 185 sq.

Objectifs à [de] valeur constitutionnelle : 150 sq., 303 sq.

Obiter dictum : 182, 255 sq., 374, 389, 409, 449

Obligations de la charge : 331 sq.

Oligopole : 441

Ordre de valeurs : v. *Wertordnung*

Ordre public : 79, 86, 150 sq., 225, 236, 265, 424

Political question : 348 sq.

Principal/agent (relation) : 283

Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) : 51, 177, 305 sq.

Principes matriciels : 152, 216

Proportionnalité (sens strict/large) : 201 sq., 242 sq.

Questions de société : 350 sq.

Règles secondaires : v. *directives d'interprétation*

Rhème/thème : 133, 164, 379

Ross (Alf) : 197, 217, 330

Savigny (F. von) : 9, 21, 58 sq., 80, 98 sq., 126

Self-restraint/auto-limitation : 189, 284, 289, 341, 346, 413 sq., 489

Sens pratique (Bourdieu) : 171

Syllepse : 268

Thème : v. *rhème*

Tradition :

- comme contenu de la norme : 305
- comme méthode : 445 sq.

Travaux préparatoires : 40, 49, 101 sq., 113, 115, 175, 188, 309, 316, 319, 343, 344

Trennungstheorie/Schwellentheorie : 206 sq.

Weimar (Constitution de la République de) : 63,
90, 125, 144, 176, 285, 295

Wertentscheidende Grundsatznorm : 137 sq.

Wertordnung (ou ordre de valeurs) : 65, 69 sq.,
138, 144, 149 sq., 300, 324, 401 sq., 415 sq.,
429

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire.....	1
Abréviations.....	2
Introduction.....	7
§ 1 Les problèmes généraux de l'interprétation.....	7
a. apories de l'interprétation.....	10
b. La doctrine et la pratique.....	14
§ 2 Un changement de perspective.....	17
§ 3 L'objet d'étude.....	20
Première partie l'écriture palimpseste.....	27
Titre 1 L'interprétation par imitation (les pastiches de la constitution).....	33
Chapitre 1 l'imitation à petite échelle.....	47
Section 1 Soubassement théorique : la constitution comme ensemble cohérent.....	48
§ 1 Unifier le texte.....	48
a. Le rattachement à un même auteur.....	48
b. le texte achronique.....	54
§ 2 Orienter le texte.....	59
a. La doctrine de la constitution comme décision.....	60
b. Le néo-constitutionnalisme, théorie et pratique.....	64
Section 2 Manifestations pratiques : la constitution comme un ordre de valeurs (Wertordnung).....	69
§ 1 Dignité humaine et droits fondamentaux.....	70
a. Menschenwürde et Wertordnung.....	70
b. Rôle restreint de la dignité humaine en France.....	73
§ 2 La Wertordnung dans la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht.....	76
a. position de la Wertordnung.....	77
b. Fonction de la Wertordnung.....	83
Chapitre 2 L'imitation à grande échelle.....	97
Section 1 les hypotextes implicites.....	100
§ 1 La reconstruction de la volonté du constituant.....	103
a. Méfiance du Conseil constitutionnel à l'égard d'un « esprit de la Constitution » de 1958.....	104

1) L'hypothèse d'un esprit objectif de la Constitution.....	104
2) Les recours explicites par le Conseil constitutionnel à l'esprit de la Constitution	105
b. L'instauration d'un régime politique dominé par l'exécutif.....	108
1) L'importance du fait majoritaire.....	109
2) La primauté de l'exécutif.....	112
3) La place particulière reconnue au président de la République.....	115
§ 2 Des constructions scientifiques comme postulats indiscutés du constituant ?.....	117
a. Sur quelques représentations politiques du Bundesverfassungsgericht.....	119
1) La forme d'un État : conséquences de la structure fédérale allemande.....	120
2) Les litiges institutionnels.....	123
b. De quelques principes découverts sans y penser rue Montpensier.....	127
1) L'indépendance de la justice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel	127
2) Le recours à la hiérarchie des normes.....	129
Section 2 Les hypotextes constitutionnels explicites.....	136
§ 1 Le développement de dispositions isolées.....	137
a. Expansion et modulation des concepts.....	137
1) Des décisions « objectives ».....	137
2) Extensions et modulations.....	140
b. Effets sur le reste de l'ordre constitutionnel.....	144
1) Des principes transdisciplinaires.....	144
2) l'articulation de diverses dispositions constitutionnelles.....	147
c. point d'étape et esquisses comparatistes.....	149
§ 2 La formation de sous-ensembles au sein de la constitution-système.....	157
a. la offene Staatlichkeit : un exemple de construction systématique.....	157
b. Ambivalence des sous-ensembles.....	159
Titre 2 L'interprétation par transposition.....	167
Chapitre 1 L'hypotexte infraconstitutionnel.....	179
Section 1 L'interprétation de l'article 17 DDHC.....	179
§ 1 Interprétation des dispositions de l'article.....	180
a. Une indemnité « juste ».....	180
b. « Nécessité » ou « utilité » publique ?.....	185
§ 2 Champ d'application de l'article.....	190
a. Une interprétation très restrictive de la privation de propriété.....	190
1) La simple atteinte.....	192
2) Les objets qu'on ne peut posséder.....	195
3) Dépossession due à un élément étranger à l'administration.....	198
b. L'articulation avec l'article 2 DDHC.....	201
Section 2 La sécurité juridique : faiblesses d'une expression doctrinale.....	212
§ 1 Reconnaissance matérielle, sinon formelle, du principe de sécurité juridique ?.....	212
a. La reconnaissance progressive de notions rattachées à la sécurité juridique.....	213
b. La doctrine d'une reconnaissance implicite.....	215
§ 2 De l'importance de l'exclusion formelle.....	221
a. Contextes d'utilisation de la formule « sécurité juridique ».....	221
b. Refus des équivalents offerts et limitation à un petit nombre d'expressions.....	226
Chapitre 2 L'hypotexte intraconstitutionnel.....	231
Section 1 Une « rigueur nécessaire » et contagieuse.....	232
§ 1 L'établissement du principe dans la jurisprudence – ses premières extensions.....	233
a. L'utilisation classique.....	234

b. L'utilisation étendue.....	237
1) Le rattachement à la liberté individuelle.....	238
2) La rigueur nécessaire comme fondement à un contrôle de proportionnalité général.....	242
§ 2 Une autonomie quasi-complète.....	253
a. La disparition de l'article 9 DDHC.....	253
b. La disparition de toute attache dans les textes.....	256
Section 2 Le détournement des intérêts fondamentaux de la Nation.....	259
§ 1 Origine et contenu des « intérêts fondamentaux de la Nation ».....	260
§ 2 Le statut constitutionnel des « intérêts fondamentaux de la Nation ».....	262
Conclusion de la première partie.....	273
Deuxième partie – interprétation et intégration.....	277
Titre 3 Constitution et société : assimilation réciproque.....	287
Chapitre 1 Respect de la forme sociale.....	291
Section 1 Respect de la « constitution positive » ?.....	293
§ 1 Désamorcer.....	294
a. L'articulation entre Abwehrrechte et Leistungsrechte en Allemagne.....	295
b. Atténuation des droits-créances de 1946 en France.....	300
§ 2 Suspendre.....	304
a. Le respect des traditions.....	305
b. La soudure institutionnelle.....	311
Section 2 L'adaptation de la constitution au contexte social.....	314
§ 1 L'utilisation de standards externes.....	314
a. L'interprétation d'après les consensus sociaux.....	315
b. La mesure du contrôle de proportionnalité en matière pénale.....	320
§ 2 L'acceptation implicite des institutions.....	324
a. le juge constitutionnel et les institutions familiales.....	327
b. Les devoirs de la charge.....	331
Chapitre 2 Respect du législateur.....	337
Section 1 La retenue du juge.....	338
§ 1 Le contrôle encadré par le législateur.....	339
a. Gestaltungs- et Ermessensspielraum.....	339
b. Prédétermination des décisions du Conseil constitutionnel par le législateur.....	341
§ 2 Ce qui échappe explicitement au contrôle.....	346
a. Pas de véritable exception au contrôle juridictionnel en Allemagne.....	347
b. Les questions qui échappent au Conseil constitutionnel.....	350
Section 2 Les modes d'action du tribunal.....	358
§ 1 le juge-législateur.....	359
a. La formation du droit par esquisses.....	360
b. le crayon constitutionnel.....	368
§ 2 nouvelle remise en cause de la séparation entre droit et politique : l'exemple de l'impôt.....	376
a. l'appréciation des différences de situation.....	378
b. Un taux-limite ?.....	386
Titre 4 Les rapports entre le juge constitutionnel et les juridictions ordinaires.....	393
Chapitre 1 Naissance et résolution des conflits entre le Bundesverfassungsgericht et les juges ordinaires.....	397
Section 1 L'arsenal du Bundesverfassungsgericht.....	401
§ 1 Fondements du contrôle exercé par le Bundesverfassungsgericht sur les juges ordinaires.....	401

a. Développement théorique et pratique de la Verfassungsbeschwerde.....	402
b. Efficacité de la Verfassungsbeschwerde.....	404
§ 2L'appui ultérieur du législateur.....	408
Section 2Les limites de la Verfassungsbeschwerde.....	412
§ 1Une auto-limitation illusoire.....	413
a. Apories de l'auto-limitation.....	413
b. Les extensions récentes du contrôle sur le juge ordinaire.....	417
1) Le contrôle par le biais du droit international.....	417
2) Le contrôle portant sur les méthodes du juge ordinaire.....	418
§ 2Les résistances des juridictions ordinaires.....	421
a. La contestation des chambres par les juges ordinaires.....	421
1) Le refus d'appliquer les interprétations constitutionnelles des chambres.....	422
2) Les confrontations directes entre juge ordinaire et chambre constitutionnelle.....	423
b. Un cas de conflit frontal entre Bundesgerichtshof et Bundesverfassungsgericht : les Sitzblockaden.....	431
Chapitre 2 Les techniques d'interprétation dans les relations entre le Conseil constitutionnel et les juges ordinaires.....	439
Section 1De quasi transplants juridiques.....	442
§ 1L'autorité débile du Conseil constitutionnelle.....	443
a. La portée restreinte reconnue aux décisions du Conseil constitutionnel.....	443
b. Une soumission seulement apparente.....	447
c. Un jeu de va-et-vient entre juge ordinaire et juge constitutionnel.....	451
§ 2Des transplants à plusieurs niveaux.....	454
a. Normes de référence du contrôle.....	454
b. Concepts et critères de reconnaissance.....	457
c. Méthodes.....	460
Section 2La répartition des compétences.....	463
§ 1La délimitation des champs d'intervention respectifs des juges.....	464
a. La consécration du juge ordinaire comme seul juge des faits.....	464
b. La restriction du champ de l'interprétation au profit du juge ordinaire.....	467
c. L'utilisation nuancée de l'incompétence négative.....	469
§ 2Le juge ordinaire garant de la constitutionnalité des lois.....	472
§ 3Des stratégies de collaboration ?.....	475
Section 3Le contrôle de la loi « telle qu'interprétée » : splendeurs et misères de l'interprétation.....	478
§ 1La théorie à demi-réaliste de l'interprétation.....	479
§ 2Un contrôle uniquement apparent.....	484
§ 3Une onction constitutionnelle à des interprétations discutables.....	487
Conclusion de la deuxième partie.....	491
Conclusion.....	493
Bibliographie.....	497
Index.....	525
Table des matières.....	529

Qu'une amicale pensée soit adressée, avant de quitter ces pages, à ceux qui m'ont épaulé, moralement plus qu'intellectuellement, au long de ce travail : Adrien, Axel, Chloé, Eleonora, Emmanuel, Fabrice, Frédéric, Hella, Julien, Max, Walter.