

# LA PLACE DES COURS CONSTITUTIONNELLES DANS LA PRODUCTION DES NORMES: L'ÉTUDE DE L'ACTIVITÉ NORMATIVE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)\*

Arthur Dyevre\*\*

I. L'approche sociopolitique de l'activité normative des juridictions constitutionnelles en Allemagne et en France; A. Le faible développement des études sociopolitiques sur l'activité normative du Conseil constitutionnel; B. Le faible développement des études sociopolitiques sur la Cour constitutionnelle fédérale; C. Les modèles sociopolitiques développés; 1. Le modèle «attitudinal»; 2. Le modèle institutionnaliste; a) Le modèle institutionnaliste externaliste; b) Le modèle institutionnaliste internaliste; 3. Les autres modèles; a) Le modèle itératif de Stone; b) La théorie des contraintes juridiques; D. La valeur heuristique de l'approche sociologique; II. L'approche normativiste et son intérêt heuristique; III. La doctrine constitutionnelle traditionnelle: sociopolitique ou normativiste? A. La doctrine constitutionnelle: une entreprise sociologique? B. La doctrine constitutionnelle: une approche normativiste de l'activité normative du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle fédérale? C. Critique de la doctrine constitutionnelle française et de la Staatsrechtslehre; Conclusion.

## RÉSUMÉ

Il s'agit de comparer la production normative du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral, à la lumière d'un regard critique sur les approches, sociopolitique

---

\* Cet article est issu d'une intervention au colloque franco-allemand co-organisé par la DHV Speyer et l'Université Paris I Panthéon Sorbonne les 2, 3 et 4 mars 2006 ; nous remercions les professeurs Jean-Claude Colliard, Bertrand Mathieu, Karl-Peter Sommermann et Franz Meyer pour leurs précieuses remarques et observations.

\*\* Master en droit communautaire (Université Montesquieu, Bordeaux IV), Master en droit comparé des Etats européens (Paris I, Panthéon Sorbonne), LL.M. Magister Legum (Mainz, Allemagne), Doctorant à Paris I -Panthéon-Sorbonne, ATER à l'université de Paris X Nanterre (où il a enseigné le droit constitutionnel, la théorie du droit et la science politique), ayant déjà publié à la *European Law Review* et à la *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*.

et normativiste, à l'activité de ces deux cours ainsi que d'une étude des théories qui peuvent fonder ce travail de construction jurisprudentielle.

**MOTS-CLÉS:** Activité normative. Conseil constitutionnel. Tribunal constitutionnel fédéral.

Prenant acte de l'importance du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle fédérale (ci-après « CCF ») dans leurs systèmes respectifs, la présente contribution examine les différentes perspectives théoriques à partir desquelles il est possible d'étudier l'activité normative de ces deux juridictions. A partir de la distinction entre trois types d'approche de l'activité normative des juridictions constitutionnelles, elle esquisse un état des lieux de la recherche sur ces deux cours constitutionnelles. Elle constate un faible développement des recherches sociopolitiques et une difficulté de la doctrine juridique – aussi bien de la doctrine constitutionnelle française que de la *Staatsrechtslehre* allemande – à articuler des hypothèses explicatives convaincantes avec des objectifs heuristiques clairs. Elle conclut par quelques considérations d'opportunité concernant l'orientation de la recherche sur les juridictions constitutionnelles.

Les chiffres nous donnent une première idée de l'importance de ces deux juridictions dans leur système politico-juridique respectif. Pour la CCF tout d'abord: 40 000 pages de décisions publiées depuis 1951; plus de 150 000 procédures engagées depuis cette date; 408 lois et règlements fédéraux et 159 lois ou règlements émanant des *Länder* déclarés, totalement ou partiellement, non-conformes à la Loi fondamentale entre 1951 et 2004; 1799 décisions de justice invalidées rien qu'entre 1991 et 2004.<sup>1</sup>

Pour le Conseil constitutionnel: 122 décisions invalidant des mesures législatives – lois ordinaires ou lois organiques – entre 1973 et 1997 (correspondant à 209 cas d'annulation); près de 30% des mesures législatives adoptées par le Parlement ont été déférées au Conseil pendant la période 1981-1993 ; et près de la moitié des mesures déférées pendant cette période ont été annulées, en tout ou partie, par le Conseil.<sup>2</sup>

Mais ces chiffres ne suffisent pas si l'on veut se faire une idée correcte de l'activité et du rôle de ces juridictions. Le contenu des décisions effectivement adoptées est également important. Or celui-ci s'avère parfois difficile à réconcilier avec une interprétation plausible des textes constitutionnels.

La CCF a développé une conception de la protection des droits fondamentaux qui semble aller au-delà de celle suggérée par la lecture de la Loi fondamentale. Toute action ou inaction individuelle est protégée par la Cour au nom d'un droit fondamental spécifique sinon au nom de la liberté générale de faire ou de ne pas faire ce que l'on veut : galoper à cheval en forêt<sup>3</sup>, donner à manger aux pigeons sur la voie publique<sup>4</sup>.... Surtout les formules associées

à ce développement : « l'ordre objectif de valeurs des droits fondamentaux » (« *objektive Wertordnung der Grundrechte* »), le « principe de proportionnalité » (« *Verhältnismässigkeits-prinzip* »), « l'effectuation des droits fondamentaux » (« *Grundrechtseffektuiierung* ») n'apparaissent pas dans le texte de la Loi fondamentale, mais sont des créations de la CCF.<sup>5</sup>

Les mêmes remarques peuvent être faites, *mutatis mutandis*, à l'égard du Conseil constitutionnel. Celui-ci joue aujourd'hui un rôle de premier plan dans le système politico-juridique français. Une place qui ne correspond pas du tout à celle que les rédacteurs de la Constitution de 1958 lui destinaient. La politique jurisprudentielle du Conseil, depuis sa célèbre décision de 1971<sup>6</sup>, peut s'analyser comme une véritable *révolution juridique* au sens technique du terme. L'extension du contrôle de constitutionnalité au Préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'est faite en dehors de l'intervention du pouvoir constituant par la procédure de l'article 89. Plus récemment, le Conseil a affirmé que la « dignité humaine » constituait également une règle constitutionnelle<sup>7</sup>, sans que l'on puisse, bien sûr, l'inférer – en tout cas selon les règles de la logique – des textes constitutionnels.

Si on admet l'importance de l'activité normative de ces cours, il est intéressant, et même nécessaire, d'étudier cette activité pour comprendre les régimes politiques français et allemand.

On peut s'intéresser à la production normative des juridictions constitutionnelles de diverses perspectives théoriques, lesquelles correspondent à des préoccupations heuristiques et à des fondements épistémologiques distincts. Il est possible de distinguer entre trois types de théories de l'activité normative des juridictions constitutionnelles:

(1) les théories *prescriptives*. Ces théories entendent formuler des prescriptions relativement à la manière dont les juges *doivent* décider. Il s'agit de déterminer les critères moraux d'une décision juridictionnelle *juste* sans s'en tenir à des descriptions et à ce qui est démontrable selon les exigences d'une épistémologie empiriste.<sup>8</sup> La perspective choisie est celle de la philosophie politique. De telles théories peuvent déboucher, concrètement, sur un discours de valorisation des politiques jurisprudentielles effectivement poursuivies par les juridictions, ces politiques étant alors présentées comme justifiées par rapport aux théories proposées. Mais elles peuvent aussi, inversement, soutenir un discours critique portant sur tout ou partie de ces politiques jurisprudentielles et enjoindre aux juges des réorientations plus ou moins radicales. Pour les juristes, ces théories rejoignent l'attachement traditionnel à l'idée que la doctrine juridique, constitutionnelle ou non, doit être une « source du droit ».<sup>9</sup>

(2) les théories *sociologiques* (ou de façon synonyme « *sociopolitiques* »). Il s'agit pour ces théories de décrire les comportements et les stratégies décisionnelles des juges constitutionnels. Elles cherchent à établir des liens de causalité entre certains faits ou phénomènes constatés ou probables

– par exemple, l'origine sociopolitique des juges constitutionnels, ce qu'ils ont mangé au petit déjeuner, la probabilité que les autres organes refusent de conformer à leurs décisions, le degré de technicité juridique des débats parlementaires précédant le vote d'une loi – et certaines données juridiques, en l'occurrence les décisions des juridictions constitutionnelles. En d'autres termes, ces théories ont pour variable dépendante la production normative des juridictions constitutionnelles et tentent de mettre en évidence les variables indépendantes susceptibles d'affecter cette production. Elles formulent des thèses à même d'être corroborées par des observations empiriques.

(3) les théories *normativistes positivistes*. Les théories de ce type étudient les relations d'imputabilité et de conformité entre les décisions des juridictions et les autres normes du système juridique que les juges sont supposés appliquer et concrétiser. Ce sont des théories descriptives – bien que leur objet d'étude soit normatif – solidaires d'une épistémologie empiriste<sup>10</sup> (dans la mesure où elles s'intéressent uniquement aux normes posées par un acte humain et appartenant à un système de normes hiérarchisé, sanctionné et globalement efficace).

Certains contesteront évidemment les postulats ontologico-épistémologiques de cette typologie.<sup>11</sup> Cependant, dès lors qu'elle est admise, toute étude de l'activité normative du Conseil constitutionnel ou de la Cour constitutionnelle fédérale doit nécessairement s'inscrire dans une de ces trois approches.

En mettant de côté les théories de type (1), nous allons maintenant en dire un peu plus sur les théories de type (2) et (3) et les travaux qui s'inscrivent dans leur cadre théorique respectif. Nous essayerons, plus spécifiquement, d'élucider les points suivants :

En premier lieu, il s'agira de mettre en lumière ce que ces théories permettent de comprendre de l'activité normative des juridictions constitutionnelles – autrement dit, leur intérêt heuristique.

Ensuite, il s'agira d'apprécier le développement des recherches qui s'inscrivent dans le cadre de ces théories et les hypothèses explicatives qu'elles proposent.

Enfin, il s'agira de déterminer comment se situe la doctrine constitutionnelle traditionnelle, en France et en Allemagne, par rapport à ces approches théoriques.

Nous traiterons ces points en exposant le développement des recherches sociopolitiques sur la CCF et le Conseil constitutionnel (I), en explicitant les buts heuristiques qui sous-tendent l'approche normativiste (II) et en tentant de situer la doctrine juridique traditionnelle, la *Staatsrechtslehre* et la doctrine constitutionnelle française, par rapport à ces deux approches (III).

## I. L'APPROCHE SOCIOPOLITIQUE DE L'ACTIVITÉ NORMATIVE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES EN ALLEMAGNE ET EN FRANCE

Si on commence par regarder du côté des études sociopolitiques sur le Conseil constitutionnel et la CCF, on constate que les travaux de ce type sont relativement rares. En Europe continentale, les juristes ont toujours un quasi-monopole du discours sur les juridictions constitutionnelles et leur activité normative. Les politologues ne s'intéressent pas, ou peu, aux juridictions. Il y a là un net contraste avec ce qui prévaut dans le monde universitaire anglo-saxon et notamment américain. Aux Etats-Unis, il existe ainsi, à côté de l'immense littérature produite par les juristes, une véritable industrie d'études sociopolitiques sur la Cour suprême et ses juges.<sup>12</sup> Aussi, il n'est guère surprenant que, parmi les rares études sociopolitiques consacrées au Conseil constitutionnel ou à la CCF, les meilleures soient l'œuvre de politistes américains.

### A. LE FAIBLE DÉVELOPPEMENT DES ÉTUDES SOCIOPOLITIQUES SUR L'ACTIVITÉ NORMATIVE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

En France, le premier travail du genre est la thèse de doctorat d'Alec Stone (devenu entre temps Alec Stone Sweet) *The Birth of Judicial Politics in France*.<sup>13</sup> Outre une étude de la manière dont les autres acteurs institutionnels, notamment le gouvernement et les parlementaires réagissent et anticipent les décisions de l'organe de la rue de Montpensier, Stone propose, dans une perspective néo-institutionnaliste, de conceptualiser le Conseil non comme une juridiction mais comme une troisième chambre du Parlement : un organe composé de membres ayant un véritable agenda politique et dont les stratégies décisionnelles dépendent, par ailleurs, des positions idéologiques respectives de la majorité au pouvoir et de l'opposition.

Plus récemment, Alec Stone Sweet a développé et formalisé un modèle itératif de développement du droit constitutionnel jurisprudentiel et de judiciarisation du système politique<sup>14</sup> qu'il applique au Conseil constitutionnel et sur lequel nous reviendrons rapidement *infra*.

Dans le sillage de celle de Stone, d'autres études sociopolitiques sur le Conseil constitutionnel sont apparues. On peut citer celles de Jacques Meunier<sup>15</sup> et de Bastien François<sup>16</sup>, ce dernier reprenant, en partie, les analyses et modèles proposés par Stone. Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats<sup>17</sup> ont également proposé un modèle d'analyse de l'activité normative des juridictions et destiné à s'appliquer au Conseil constitutionnel. Mais aucune recherche d'envergure n'a encore été menée dans le cadre de leur « théorie des contraintes juridiques ».

### B. LE FAIBLE DÉVELOPPEMENT DES ÉTUDES SOCIOPOLITIQUES SUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE

En Allemagne, le pionnier des études sociopolitiques sur la Cour de Karlsruhe est également d'origine américaine. Donald Kommers fut un des

premiers à s'intéresser à la CCF et à son activité normative sous un angle un peu différent de celui de la *Staatsrechtslehre* et plus proche de la science politique.<sup>18</sup> D'autres études ont suivi. On peut citer les travaux de Christine Landfried<sup>19</sup> et Klaus Stüwe.<sup>20</sup> Ce dernier propose une analyse très intéressante de l'activité de la CCF dans le cadre du contrôle abstrait lorsqu'elle est saisie par l'opposition. Récemment, un autre auteur américain, Georg Vanberg, a développé un modèle relativement complexe – formalisé mathématiquement et reposant sur certaines hypothèses de la théorie des jeux – des relations entre législateur et cour constitutionnelle qu'il applique à une partie du contentieux constitutionnel allemand.<sup>21</sup>

## C. LES MODÈLES SOCIOPOLITIQUES DÉVELOPPÉS

Examinons quelques unes des hypothèses explicatives de l'activité normative des juges constitutionnels développées dans ces travaux. Notons que les travaux récents sont marqués par les postulats de l'analyse stratégique<sup>22</sup> caractéristique du néo-institutionnalisme<sup>23</sup> et de la théorie des choix rationnels<sup>24</sup> – les courants dominants de la science politique anglo-saxonne.

### 1. Le modèle « attitudinal »

Un premier modèle explicatif est le modèle « attitudinal ». Il consiste à expliquer les décisions des juridictions à partir des « attitudes », c'est-à-dire des préférences des juges qui les composent. Les juristes et, surtout, les juges abhorrent ce type d'approche, car il présente la décision juridictionnelle comme produit de considérations subjectives.<sup>25</sup> Ils n'apprécient pas l'idée que les juges puissent être « partisans », « politiques », « arbitraires ». Précisons, toutefois, que, pour les avocats de ce modèle, les préférences des juges constitutionnels ne se confondent pas nécessairement avec celles des titulaires des organes qui les ont nommés. En d'autres termes, les préférences politiques des juges ne recoupent pas nécessairement les positions des partis politiques existants. Il ne faut pas confondre « préférences » avec « solidarités politiques ».

Alors qu'il est repris par un grand nombre de travaux sur la politique décisionnelle de la Cour suprême<sup>26</sup>, ce modèle n'est pas utilisé dans les recherches relatives aux cours constitutionnelles européennes. La raison en est probablement assez simple. Les conditions qui justifient, du point de vue néo-institutionnaliste, le recours à ce modèle dans le contexte américain sont absentes dans le contexte européen.

Premièrement, alors que les juges de la Cour suprême sont nommés à vie, les juges constitutionnels européens sont nommés pour une durée plus limitée – 9 ans pour les juges constitutionnels français, 12 ans pour les juges constitutionnels allemands.

Deuxièmement, en raison même de la durée limitée de leurs fonctions, ceux qui occupent la charge de juge constitutionnel, en France ou en Allemagne, sont susceptibles de poursuivre une carrière et d'aspirer à de nouvelles fonctions à l'issue de leur mandat à la Cour ou au Conseil. A l'inverse, les juges de la Cour suprême savent qu'ils finiront leur carrière (sauf peut-être celle d'arrière grand-père) dans la robe de juge.<sup>27</sup>

Troisièmement, les juges constitutionnels européens n'ont pas, à la différence des juges de la Cour suprême, compétence discrétionnaire sur les cas qu'ils examinent. Ils ne peuvent pas choisir d'examiner uniquement les affaires qui les intéressent.<sup>28</sup>

Ces facteurs limitent sans aucun doute le jeu des préférences personnelles dans le contexte européen en général et franco-allemand en particulier. Au surplus, l'utilisation du modèle attitudinal se trouve confronté à un obstacle pratique bien connu : celui de l'accès aux données pertinentes. Les délibérations du Conseil constitutionnel et de la CCF<sup>29</sup> sont secrètes. Les opinions dissidentes peuvent certes être publiées en Allemagne.<sup>30</sup> Mais cela est, en revanche, interdit en France. Ce qui empêche de falsifier, par des observations empiriques, des hypothèses relatives au poids des préférences individuelles supposées des juges constitutionnels dans leurs choix décisionnels.<sup>31</sup> Ceci explique que les études sociologiques sur la CCF et le Conseil constitutionnel s'inspirent plutôt du modèle institutionnaliste internaliste ou externaliste.

## 2. Le modèle institutionnaliste

Même s'ils reconnaissent que les préférences des juges sont susceptibles de jouer un rôle dans le calcul décisionnel<sup>32</sup>, les partisans des théories institutionnalistes mettent plutôt l'accent sur les structures institutionnelles et l'environnement politique des juridictions constitutionnelles. On peut distinguer deux variantes du modèle institutionnaliste : le modèle institutionnaliste externaliste et le modèle institutionnaliste internaliste.

### a) Le modèle institutionnaliste externaliste

Le modèle institutionnaliste externaliste met l'accent sur différents paramètres:

- les positions idéologiques des autres organes, en particulier du législateur et du gouvernement,
- la possibilité et la difficulté pour ces organes de renverser les décisions des juges constitutionnels, et/ou
- l'opinion publique et son attitude vis-à-vis de la juridiction constitutionnelle.

Selon ce modèle, les juges constitutionnels anticipent les réactions des autres organes – et, selon les modèles, de l'opinion publique – à leurs décisions en tenant compte, le cas échéant, de la difficulté pour ces organes d'invalidier leurs décisions en modifiant la constitution. Ce faisant, ils cherchent à s'assurer que leurs décisions seront appliquées et qu'elles n'entacheront pas, pour l'avenir, la légitimité de l'institution. Cet objectif explique en même temps que les juges écartent certains choix – même s'ils sont plus proches de leurs préférences brutes. Les juges ne retiendront pas les solutions décisionnelles susceptibles d'entraîner une telle contre-réaction que les autres organes refuseraient de les respecter ou pourraient même les tourner par une révision constitutionnelle.

Très utilisé dans les recherches sur la Cour suprême<sup>33</sup>, ce modèle est également repris dans les travaux sur les juridictions constitutionnelles européennes. Les travaux de Stone et Vanberg sont, par exemple, assez proches de ce modèle.<sup>34</sup>

Voici comment Stone modélise les contraintes auxquelles les juges constitutionnelles soumettent leurs choix décisionnels :



**Figure 1:** le calcul décisionnel du juge constitutionnel selon Alec Stone Sweet<sup>35</sup>

Le point A.1 représente la solution préférée d'une partie au litige constitutionnel – disons le gouvernement et sa majorité parlementaire. Le point B.1 représente la solution préférée de l'autre partie – disons l'opposition. L'espace entre A.1 et A.2 représente les solutions juridictionnelles auxquelles, selon les juges constitutionnels, le gouvernement et sa majorité ne refuseront pas de se conformer. L'espace entre B.2 et A.2 représente l'ensemble des solutions qui mettront fin au litige entre les deux parties et assureront le respect de la décision. Le calcul décisionnel des juges constitutionnels est essentiellement, selon Stone, un calcul de légitimité. Il s'agit pour eux de maintenir la légitimité et l'image de neutralité de la cour auprès de la majorité et de l'opposition. Or, en choisissant une décision dans l'espace B.2-A.2, ils se donnent les meilleures chances d'atteindre ces objectifs. L'accroissement des décisions d'annulation partielle ou des réserves d'interprétation reflètent, selon Stone, une stratégie d'évitement de la part des juges constitutionnels : ils évitent ainsi de désigner un vainqueur et un perdant du contentieux constitutionnel. Les statistiques indiquent d'ailleurs que le nombre de réserves d'interprétation, dans les décisions du Conseil, tend à augmenter lorsque l'antagonisme entre la majorité et l'opposition est le plus fort, juste après une alternance.<sup>36</sup> Ce qui corroborerait l'idée que le Conseil utilise cette technique pour maintenir son image de neutralité.

Stone ajoute que dans certains cas – les *hard cases* – il n'y aura pas d'espace entre B.2 et A.2.<sup>37</sup> Dans cette hypothèse, l'argumentation sera le seul instrument à disposition des juges pour préserver leur image de neutralité et, ce faisant, leur légitimité. Les statistiques concernant le Conseil constitutionnel suggèrent l'existence d'un lien entre l'argumentation des juges constitutionnels et le degré de polarisation idéologique des autres acteurs sur la question tranchée. Le nombre moyen de considérants dans les motivations des décisions du Conseil a ainsi tendance à augmenter à la suite d'une alternance, lorsque le Conseil se prononce sur des mesures législatives particulièrement controversées<sup>38</sup> :

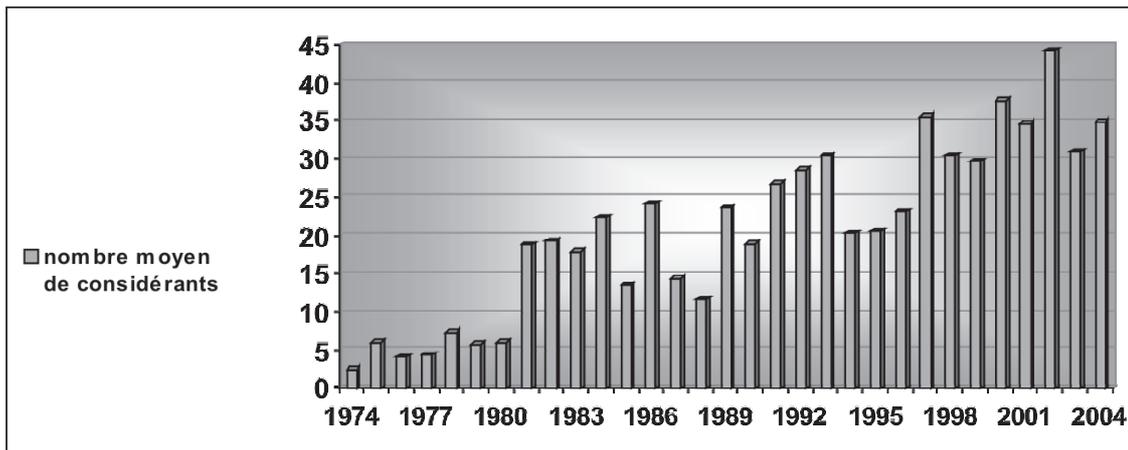


Tableau 1: Nombre moyen de considérants par décision DC, 1974-2004.

## b) Le modèle institutionnaliste internaliste

Le modèle institutionnaliste internaliste met l'accent sur la structure interne des juridictions et le processus de délibération qui précède l'adoption d'une décision. Selon ce modèle, les juges cherchent à s'assurer que la décision finalement adoptée sera aussi proche que possible de leurs préférences politiques en déterminant leurs choix à partir des positions et actions de leurs collègues. Pour distinguer ce modèle du modèle attitudinal, les juges sont prêts à défendre des choix qui ne correspondent pas exactement à leurs préférences de façon à peser sur la décision. En résumé, le processus de délibération est une tractation obéissant elle-même aux stratégies individuelles des juges.

Développé aux Etats-Unis<sup>39</sup>, ce modèle est repris par Jacques Meunier qui l'exploite pour rendre compte des stratégies décisionnelles du Conseil constitutionnel.<sup>40</sup>

## 3. Les autres modèles

### a) Le modèle itératif de Stone

Alec Stone présente un schéma itératif modélisant les interactions entre un législateur (majorité parlementaire et opposition) et une cour

constitutionnelle. Ce schéma, ici reproduit en figure 2, vise avant tout à expliquer le développement cumulatif des normes jurisprudentielles, ce que certains appellent le « droit constitutionnel jurisprudentiel », et l'importance grandissante de la cour constitutionnelle dans le système politique, à moyen ou long terme.

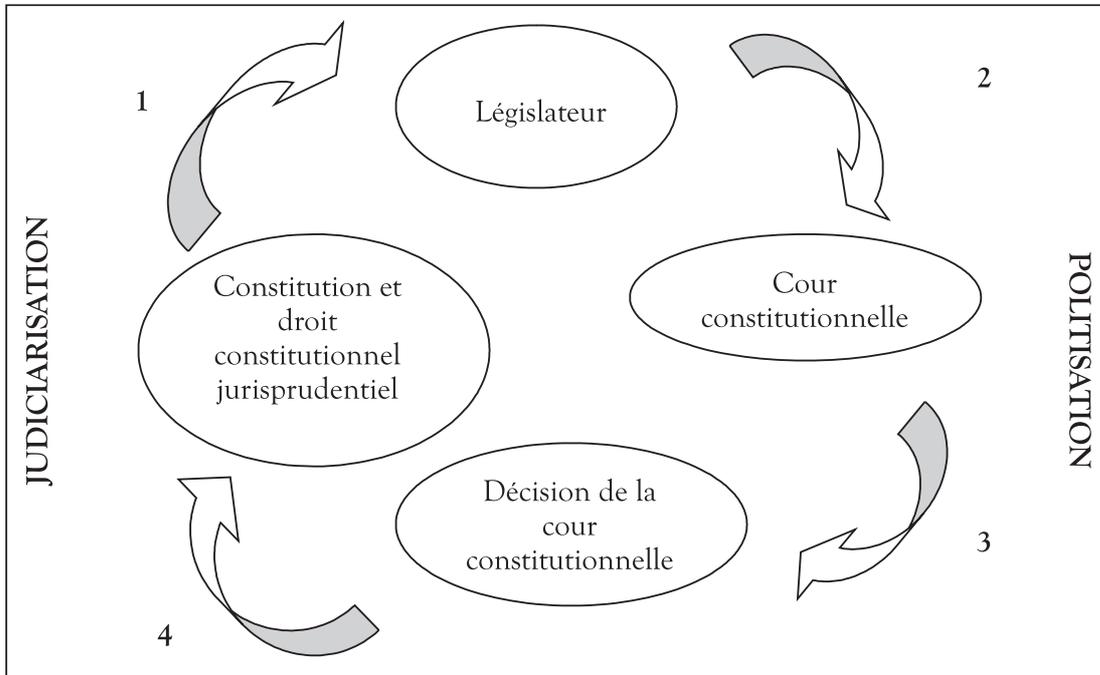


Figure 2: Le schéma itératif de Alec Stone Sweet<sup>41</sup>

Le modèle décompose en quatre étapes successives le processus par lequel les parlementaires « politisent » la cour et la cour « judiciarise » le parlement:

Etape 1: Le gouvernement et sa majorité parlementaire spécifient et concrétisent les normes constitutionnelles et les normes élaborées par la juridiction constitutionnelle en anticipant la réaction des juges constitutionnels.

Etape 2: L'opposition parlementaire saisit la cour constitutionnelle dès lors qu'elle est susceptible de tirer avantage de l'annulation, totale ou partielle, de la législation adoptée et que le coût politique de la saisine est pour elle, à court terme, quasi-nul.

Etape 3: Les juges constitutionnels opèrent leur calcul décisionnel en prenant garde à résoudre le conflit entre majorité et opposition tout en maintenant son image de neutralité, laquelle est essentielle à la légitimité du juge. Les juges peuvent essayer de préserver leur image de neutralité par l'argumentation ou en évitant de désigner un vainqueur. Selon Stone, les décisions qui touchent aux questions les plus controversées, vis-à-vis desquelles s'affrontent les positions idéologiques les plus antagonistes, seront aussi celles qui comporteront les motivations les plus étoffées et qui feront appel aux techniques des « réserves d'interprétation » ou à l'invalidation partielle.

Etape 4: En même temps qu'elle tranche le cas concret qui lui est soumis, la Cour ajoute ses motivations à l'ensemble du corpus comprenant les normes constitutionnelles au sens strict et le « droit constitutionnel jurisprudentiel ».

Etape 1 bis: L'extension de ce corpus ouvre en même temps à l'opposition de nouvelles perspectives de contestation des mesures adoptées par la majorité. A chaque tour, si les acteurs continuent de se comporter de la même manière, le processus de judiciarisation s'intensifiera. Simultanément, la justice constitutionnelle sera de plus en plus politisée.

#### b. La théorie des contraintes juridiques.

La théorie des contraintes juridiques cherche à mettre en évidence les contraintes qui résultent pour les acteurs, et notamment les juges, « de la configuration du système juridique à un instant donné ». <sup>42</sup> Cette théorie repose sur le postulat selon lequel les acteurs, en tant qu'*homo juridicus*, ont pour principal but de défendre (i) leur sphère de compétence, (ii) l'application de leurs décisions, (iii) leur existence institutionnelle et (iv) à maintenir ou optimiser son pouvoir. <sup>43</sup> Quoiqu'en disent ses instigateurs, cette théorie n'est pas une théorie de « troisième voie » qui ne relèverait ni de la science politique ni de la doctrine juridique classique. Elle n'est pas proprement juridique. En vérité, elle se rapproche largement des théories institutionnalistes externalistes et relève donc, à l'instar de ces théories, de la science politique.

### D. LA VALEUR HEURISTIQUE DE L'APPROCHE SOCIOLOGIQUE

Les juristes saisissent facilement l'intérêt heuristique de telles études, même s'ils peuvent rejeter certaines des hypothèses explicatives sur lesquelles elles sont fondées. Ces théories sont susceptibles de déboucher sur des prévisions de l'activité normative des juridictions constitutionnelles et, pour des juristes qui estiment que la doctrine doit aider les praticiens, l'approche sociopolitique paraît, par conséquent, immédiatement intéressante. Aider les conseillers juridiques à prévoir les décisions des juridictions et, de là, leur permettre de mieux conseiller leurs clients sur les avantages d'aller devant les tribunaux ou sur ce qui risquerait de s'y passer s'ils s'y retrouvaient, semble, pour la plupart des juristes, un objectif heuristique intéressant. Le point de vue du praticien, plus exactement du conseiller juridique, était d'ailleurs explicitement celui adopté par la *sociological jurisprudence*, le courant réaliste américain, dont les travaux rejoignent – évidemment au niveau de l'approche générale plutôt qu'au niveau des hypothèses explicatives – les études sociologiques évoquées ici. Dans le droit fil du programme de recherche exposé par Oliver Wendell Holmes dans *The Path of the Law*, les réalistes ont tenté d'expliquer le droit de la perspective du *bad guy*, de celui qui veut éviter de se retrouver ou de perdre devant les tribunaux. De cette perspective, seule importe la façon dont les juges décideront *de facto*: « The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious, are what I mean by the law ». <sup>44</sup>

## II. L'APPROCHE NORMATIVISTE ET SON INTÉRÊT HEURISTIQUE

Les théories sociopolitiques ne nous permettent pas, cependant, de savoir tout ce que nous voulons savoir sur les juridictions constitutionnelles et leur activité. Elles ne nous disent rien de précis sur les relations entre le contenu normatif des décisions des juges et le cadre normatif dans lequel elles sont adoptées ou, du moins, supposées être adoptées. Elles ne nous renseignent donc pas sur les implications de l'activité des juridictions constitutionnelles pour le constitutionnalisme, la démocratie et l'État de droit.

La *démocratie* en tant qu'exigence que ceux-là mêmes auxquels s'adressent les normes juridiques participent à leur élaboration ; l'*État de droit* en tant qu'il exige que la production des normes juridiques (y compris par les juges constitutionnels) se fasse dans le cadre juridique en vigueur et non de façon totalement imprévisible; et, enfin, le *constitutionnalisme moderne* en tant qu'il suppose la suprématie de la constitution formelle, c'est-à-dire que la modification du droit constitutionnel formel emprunte toujours la voie procédurale prévue par celui-ci, sont des principes constitutifs des démocraties constitutionnelles française et allemande. Ce sont en même temps des principes qui sont supposés se traduire dans la structure du système juridique, mais aussi et surtout dans le processus dynamique de production des normes. Le respect de ces principes suppose que les organes, y compris la juridiction chargée du contrôle de constitutionnalité, s'y conforment lorsqu'ils produisent des normes.

Or, seule une analyse normativiste est susceptible de rendre compte de la mesure dans laquelle l'activité normative du Conseil constitutionnel et de la CCF affecte ces exigences.<sup>45</sup>

Cette approche est, en fait, peu ou mal représentée dans les études sur les deux juridictions constitutionnelles.

## III. LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE TRADITIONNELLE: SOCIOPOLITIQUE OU NORMATIVISTE?

La question, que l'on peut maintenant poser, est : que fait la doctrine traditionnelle et sur quoi nous renseigne-t-elle ? On peut se demander si elle se situe dans une perspective prescriptive, sociopolitique ou normativiste.

La doctrine constitutionnelle française et la *Staatsrechtslehre* allemande se rapprochent aujourd'hui assez largement au niveau des méthodes et de l'orientation. On note une forte orientation prescriptive du discours doctrinal dans les deux pays. Mais une caractéristique encore plus frappante de la littérature doctrinale franco-allemande est l'importance quantitative donnée aux décisions des juges constitutionnels, en particulier aux motivations attachées à ces décisions. A tel point que les enseignements de droit constitutionnel dispensés dans les universités et les commentaires doctrinaux finissent par ressembler à des cours et des commentaires de *Common Law* où les précédents auraient remplacé les textes législatifs et constitutionnels.

Maintenant quel est, au-delà des préoccupations prescriptives, l'objectif heuristique poursuivi par la science du droit constitutionnel ? Que cherche-t-elle à connaître et à expliquer ? Et comment ?

## **A. LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE : UNE ENTREPRISE SOCIOLOGIQUE?**

On peut essayer d'interpréter l'importance des motivations juridictionnelles dans le discours doctrinal dans une perspective sociopolitique. De ce point de vue, les motivations des juges constitutionnels indiqueraient en même temps les causes de leurs décisions. Dans ces conditions, les motivations passées permettraient de prévoir les décisions futures. A un cas de type X correspondrait toujours le dispositif Y. C'est à ce titre que la doctrine constitutionnelle étudierait et systématiserait les motivations juridictionnelles.

En tant qu'hypothèse explicative d'une démarche sociopolitique, ce n'est pas complètement absurde. D'ailleurs, le schéma explicatif de Stone présuppose que les motivations des décisions des juges constitutionnels puissent servir d'indicateur relativement fiable aux autres acteurs sur la manière dont les juges décideront à l'avenir.<sup>46</sup> Mais n'est-ce pas une explication un peu trop naïve ? Est-ce que l'on ne confond pas justification et raisonnement décisoire ? Du point de vue de la logique, il n'y a pas de congruence nécessaire entre motivation et raisonnement décisoire ni lien nécessaire entre motivation et dispositif. Si on accepte la thèse, assez plausible, selon laquelle les motifs ont pour fonction de légitimer la décision davantage que d'expliquer l'ensemble des considérations prises en compte par les juges pour arrêter leurs choix, la doctrine constitutionnelle traditionnelle ne semble pas constituer un programme de recherche sociopolitique sérieux. Expliquer les stratégies décisionnelles des juges à partir de leurs justifications est susceptible de fonctionner dans certains cas, mais pas dans d'autres – notamment lorsqu'il s'agit d'une question controversée et que les autres acteurs défendent des solutions divergentes reposant sur des conceptions idéologiques antagonistes.<sup>47</sup>

## **B. LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE : UNE APPROCHE NORMATIVISTE DE L'ACTIVITÉ NORMATIVE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE ?**

Cette conclusion sur la doctrine constitutionnelle traditionnelle envisagée comme entreprise sociopolitique pourrait vouloir dire qu'il est plus approprié de la concevoir comme une entreprise normativiste.

En fait, la majorité des constitutionnalistes, des deux côtés du Rhin, sont sans doute d'accord pour caractériser la science du droit comme une science des normes. Mais est-ce que cela les conduit pour autant à concevoir leur discipline dans une perspective normativiste ? A y regarder de près, il semble

bien que les constitutionnalistes français et allemands ne se désintéressent pas totalement de la question des relations entre les décisions des juges et les normes constitutionnelles applicables. Toutefois, les analyses proposées paraissent, d'un point de vue normativiste, vagues ou relever de conceptions scientifiques relativement étranges.

Vagues car la doctrine se contente souvent de souligner le rapport entre les normes exprimées par les textes constitutionnels et les décisions les plus problématiques des juges de façon métaphorique<sup>48</sup> en parlant d'interprétation « audacieuse », « hardie »<sup>49</sup> ou « large ».

Etranges, car la doctrine semble parfois postuler que les juges ont un accès privilégié à la signification des textes constitutionnels. Les juges révéleraient les aspects restés obscurs ou confirmeraient les « théories » échafaudées par la doctrine. Les juges constitutionnels seraient, en quelque sorte, dans une situation épistémique privilégiée qui leur permettrait d'avoir accès à la vraie signification des textes constitutionnels. C'est ainsi que Louis Favoreu et Loïc Philip affirmaient à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, que celle-ci « tranche » le débat doctrinal sur la valeur constitutionnelle du Préambule.<sup>50</sup> De la même façon, les contours des dispositions constitutionnelles sont définies et redéfinies par la doctrine à l'aune des décisions du juge constitutionnel.<sup>51</sup>

### C. CRITIQUE DE LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE ET DE LA STAATSRECHTSLEHRE

Ces remarques offrent une occasion opportune de mentionner les critiques adressées par Bernhard Schlink, suivi en cela par quelques jeunes constitutionnalistes allemands, à la *Staatsrechtslehre*. Ces auteurs reprochent à la *Staatsrechtslehre* son manque de distance critique vis-à-vis de la CCF. D'après Schlink, la *Staatsrechtslehre* se serait enfermée dans l'impasse intellectuelle de ce qu'il appelle le *Verfassungsgerichtspositivismus* – le positivisme juridictionnel.

La science du droit constitutionnel...se développe dans le sillage tracé par la CCF dont les décisions constituent à la fois la matière, le point de départ et le point d'arrivée de la doctrine. Celle-ci travaille les décisions de la Cour jusqu'à en faire un tout cohérent et harmonieux, elle infère des décisions passées les décisions futures et vérifie que telle ou telle solution d'une espèce réelle ou imaginaire est compatible avec la jurisprudence de la Cour. Bien souvent, la science du droit constitutionnel pense et travaille à l'arrière plutôt qu'à l'avant-garde de la CCF; les éléments centraux de notre doctrine constitutionnelle – de la délimitation des pouvoirs de délégation du législateur à la dogmatique de l'article 14 LF – sont avant tout l'œuvre de la Cour développée ensuite par la doctrine. Pour ce qui est des autres questions centrales de la dogmatique constitutionnelle – de la détermination de la permission formulée par l'article 2 al. 1 LF à la théorie des limites pour les droits fondamentaux ne comportant

pas de réserve législative –, la Cour a tranché et mis fin, par ses décisions, à la discussion ouverte par la doctrine. Toute critique des décisions de la Cour n'est certes pas exclue, mais celle-ci s'inscrit volontiers dans l'horizon de la jurisprudence : en défendant, par exemple, une jurisprudence établie contre une nouvelle décision ou, à l'inverse, en plaidant pour la nouvelle décision contre la jurisprudence établie.<sup>52</sup>

Retraçant l'évolution de la science du droit constitutionnel allemande depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle, Schlink ajoute à propos de la doctrine telle qui s'est constituée depuis l'avènement de la CCF:

*Karlsruhe locuta, causa finita* – l'expression, devenue familière, résume la condition nouvelle par une image, dans laquelle la CCF s'exprime *ex cathedra* et les représentants d'une doctrine déchu patientent sur ses marches. C'est l'image du *Bundesverfassungsgerichtspositivismus*.<sup>53</sup>

Ces critiques rejoignent celles de Ulrich Haltern<sup>54</sup> et de Matthias Jestaedt.<sup>55</sup> Elles valent aussi, *mutatis mutandis*, pour la doctrine constitutionnelle française. Celle-ci, en effet, fait preuve d'une faible distance critique lorsqu'elle invoque les motivations des juges constitutionnels eux-mêmes pour écarter la thèse selon laquelle le Conseil constitutionnel est une troisième chambre et un *policy-maker* au même titre que l'Assemblée nationale et le Sénat.<sup>56</sup> Autrement dit, l'attitude de la doctrine conduit à faire des juges constitutionnels les maîtres de la science du droit constitutionnel !

## CONCLUSION

Si nous voulons mieux comprendre le fonctionnement de la justice constitutionnelle en France et en Allemagne, ces critiques devraient nous amener à réorienter et à approfondir la recherche dans un sens plus sociopolitique ou plus normativiste. En tous les cas, à faire preuve de plus de distance critique par rapport aux juges constitutionnels et à leur activité normative.

Si la recherche adopte une perspective normativiste, elle devra se garder de prendre la cour constitutionnelle étudiée pour l'oracle de Delphes<sup>57</sup> et développer les outils logico-sémantiques nécessaires à une analyse précise et rigoureuse des relations entre, d'une part, les normes adoptées par les juges et, d'autre part, les normes constitutionnelles que ces juges sont supposés appliquer et concrétiser.

En outre, il reste à l'approche sociopolitique de vastes champs à défricher. Comparées à la Cour suprême des Etats-Unis, les cours constitutionnelles européennes sont encore mal connues des politistes. Dans cette direction, la recherche a encore beaucoup à nous apprendre. Elle nous en apprendra d'ailleurs d'autant plus qu'elle pourra, en plus, s'appuyer sur une bonne recherche normativiste.

<sup>1</sup> Source: *Jahresstatistik 2004*. Disponible sur: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?aufgaben>.

<sup>2</sup> Source: *Recueil de jurisprudence constitutionnelle*. Paris: Litec, 1998; STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.) *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999, p. 126.

<sup>3</sup> BVerfGE 80, 137.

<sup>4</sup> BVerfGE 54, 143.

<sup>5</sup> JESTAEDT, Matthias. Verfassungsgerichtspositivismus – Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionstaat. In: DEPENHEUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Matthias; AXER, Peter (Dir.). *Nomos und Ethos – Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 186.

<sup>6</sup> Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, dite « liberté d'association ».

<sup>7</sup> Décision 343-344 DC du 27 juillet 1994, dite « bioéthique ».

<sup>8</sup> Ceci que l'on soit cognitiviste ou non cognitiviste en matière morale.

<sup>9</sup> Sur ce point v. JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004, p. 217-245.

<sup>10</sup> Leur nature « positive » distingue ces théories des théories prescriptives. Une théorie normativiste qui ne serait pas positiviste serait tout simplement une théorie prescriptive. Les théories « jusnaturalistes » du droit sont, en quelque sorte, des théories normativistes non positivistes, c'est-à-dire des théories prescriptives.

<sup>11</sup> Ils contesteront notamment, pour différentes raisons, la distinction entre théories de type (1) et théories de type (3). Les partisans du scepticisme normatif (*rule-scepticism*) contesteront ainsi le caractère scientifique d'une théorie de type (3). Selon eux, une théorie de type (3) est en fait identique à une théorie de type (1). Autrement dit, toute étude normativiste de l'activité normative des juridictions constitutionnelles serait en vérité assimilable à une étude prescriptive de cette activité. À l'opposé, les jusnaturalistes ne contesteront pas le caractère scientifique des théories de type (3), mais contesteront la possibilité de décrire ce que sont les normes juridiques et leurs relations entre elles sans en même temps prescrire ce que celles-ci devraient être. En d'autres termes, ils contesteront, comme les partisans du scepticisme normatif, la validité d'une distinction entre théories de type (1) et de type (3), mais pour des raisons opposées à celles avancées par les sceptiques. Alors que, pour le courant sceptique, l'assimilation du positivisme normativiste à la philosophie moralo-politique et l'exclusion de toute science des normes juridiques du champ scientifique sont justifiées par la thèse selon laquelle il serait impossible de fonder une telle discipline sur une épistémologie empiriste, c'est, au contraire, l'incapacité d'une épistémologie empiriste à rendre compte de la nature du droit qui justifie, pour les jusnaturalistes, le rejet de cette épistémologie et, ce faisant, la distinction entre théories de type (1) et théories de type (3). En Allemagne, l'antipositiviste d'inspiration jusnaturaliste bénéficie traditionnellement d'un fort engouement. Des auteurs tels que Rudolf Smend (dont la « *Integrationslehre* » exerça une forte influence sur les constitutionnalistes allemands de l'après seconde guerre mondiale et sur leur manière de concevoir leur discipline), Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch, Hermann Heller ou Carl Schmitt ont sévèrement critiqué et explicitement rejeté les postulats positivo-analytiques de Gerber, Laband, Jellinek et Kelsen. Au niveau théorique, le courant antipositiviste reste, aujourd'hui encore, dominant dans les facultés de droit allemandes. En France, en revanche, c'est plutôt le scepticisme normatif qui a le vent en poupe depuis quelques décennies, défendu avec brio par l'école néoréaliste de Michel Troper.

<sup>12</sup> Les pionniers de ces recherches furent: DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, vol. 6 (1957), p. 279-295; MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964; SCHUBERT, Glendon. *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University Press, 1965; et SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964.

<sup>13</sup> STONE SWEET, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

<sup>14</sup> STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.). *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999, p. 117-140.

<sup>15</sup> MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d'analyse stratégique*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 1994.

<sup>16</sup> FRANCOIS, Bastien. *Le régime politique de la 5<sup>e</sup> République*. Paris: La Découverte, 1999, p. 99-110.

<sup>17</sup> TROPER, Michel et CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Proposition pour une théorie des contraintes juridiques. In: TROPER, Michel; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 11-23.

<sup>18</sup> KOMMERS, Donald P. *Judicial Politics in West Germany: a study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills: Sage Publications, 1976.

<sup>19</sup> LANDFRIED, Christine. *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1984.

<sup>20</sup> STÜWE, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht als verlängerter Arm der Opposition? *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 37-38 (2001), p. 34-44.

<sup>21</sup> VANBERG, Georg. Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science*, vol. 45 (2001) p. 346-361 et *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. (Le modèle développé dans ce livre et cet article repose notamment sur l'hypothèse selon laquelle l'opinion publique et la transparence des rapports entre la cour constitutionnelle et le législateur affectent les stratégies décisionnelles de ces deux organes). Du même auteur v. également: Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining and Policy Compromise. *Journal of Theoretical Politics*, vol. 10 (1998), p. 299-326.

<sup>22</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead. *Political Research Quarterly*, vol. 53 (2000), p. 625-661.

<sup>23</sup> MARCH, James G. et OLSEN, Joan P. The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life. *American Political Science Review*, vol. 78 (1988), p. 734-749.

<sup>24</sup> On peut résumer la théorie des choix rationnels à deux propositions:

1. Les acteurs sont capables d'ordonner hiérarchiquement leurs buts, leurs valeurs, leurs goûts et leurs stratégies alternatifs de telle manière que la relation de préférence à indifférence entre ces alternatives soit transitive;

2. Les acteurs choisissent entre ces alternatives de manière à maximiser leur satisfaction.

Cf. RIKER, William H. *Political Science and Rational Choice*. In: ALT, James E.; SHEPHERD, Kenneth A. (Eds.). *Perspectives on Positive Political Economy*. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 163-181 (surtout p.172).

<sup>25</sup> Cf. MEUNIER, *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>26</sup> Cf. les maîtres du genre SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

<sup>27</sup> SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 18-19: "Empirical evidence amply demonstrates that ambition can alter sincere behavior [...]. Alternatively, the absence of higher ambition 'means that personal policy preferences are more freely expressed'".

<sup>28</sup> *Idem.*, p.19.

<sup>29</sup> §30 (1), première phrase, BVerfGG (loi sur la Cour constitutionnelle fédérale).

<sup>30</sup> Celles-ci sont relativement rares: seules 123 décisions sur un total de 1855 (soit 6,63 %) pour les décisions publiées entre 1971 et 2004 (BVerfGE 30 à BVerfGE 110).

<sup>31</sup> Cf. STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p.105; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Paris : Economica, 2001, p. 20.

<sup>32</sup> STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p.107: « A comparativist has good reason to believe that a Socialist politician appointed to the Council does not cease to be a Socialist upon moving across the river to the Palais Royal ». Stone discute également la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 (86-225 DC) annulant l'amendement « Séguin » qui constituait l'article 39 de la loi, portant diverses mesures d'ordre social, déferée au Conseil (p. 90-91 et p.136). Cette décision intervint dans le contexte de la cohabitation et de l'affrontement entre le président de la République, le socialiste François

Mitterrand, et le gouvernement de droite de Jacques Chirac. François Mitterrand ayant refusé de signer le projet d'ordonnance – lequel prévoyait la modification du régime des heures supplémentaires, la légalisation du travail de nuit des femmes et l'augmentation du quota d'heures supplémentaires pour les emplois saisonniers – qui lui avait été présenté le 10 décembre, le gouvernement n'avait pas d'autre choix que de passer par la voie législative ordinaire. Etant donné que la session parlementaire touchait alors à sa fin et que le gouvernement avait exclu la réunion du Parlement en session extraordinaire, le seul moyen de faire adopter la réforme du Code du travail dans des délais relativement brefs était de l'attacher, par amendement, à un projet de loi en passe d'être adoptée par les chambres. L'amendement « Séguin » (Philippe Séguin, alors ministre, était chargé de faire adopter la réforme par le Parlement) fut finalement adopté sous une pluie de protestations de l'opposition socialiste. Les députés socialistes saisirent immédiatement le Conseil constitutionnel, lequel annula l'amendement « Séguin » au motif qu'il ne présentait pas un lien nécessaire avec le projet de loi auquel il était attaché. La décision du Conseil fut accompagnée des critiques parmi les plus virulentes jamais adressées à l'organe. A l'époque, il fut largement rapporté, ce qui a été confirmé par la suite, que la décision avait été prise à 4 contre 4, les quatre conseillers nommés par les socialistes ayant voté pour l'invalidation de l'amendement et les 4 conseillers nommés par la droite ayant voté contre, la voix prépondérante du président du Conseil, Robert Badinter, faisant pencher la balance dans le sens de l'invalidation. Le neuvième conseiller, Louis Joxe, malade, avait décliné les invitations de la majorité parlementaire à retourner au Palais Royal pour y ajouter sa voix décisive (*Libération* du 26 janvier 1987). Comparant l'activité normative du Conseil constitutionnel avec celle de la CCF, Stone mentionne encore (p. 242) la première décision de la CCF sur l'avortement (BVerfGE 39, 1). Le premier Sénat (la CCF est composé de deux sénats, comprenant chacun 8 juges) invalida le projet de la coalition SPD-FDP au pouvoir à une majorité de 6 contre 2, c'est-à-dire les 6 juges CDU/CSU contre les 2 juges SPD (Rüpp von Brünneck et Simon).

<sup>33</sup> ESKRIDGE, William. *Reneging on History? Playing the Court/Congress/President/Civil Rights Game*. *California Law Review*, vol. 79 (1991), p. 613-674; CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

<sup>34</sup> V. également HÖNNIGE, Christoph. *Das Spannungsdreieck von Verfassungsgericht, Regierung und Opposition*. Beitrag für die Tagung *Rechtsforschung als diszipliniübergreifende Herausforderung* am 2-3 Juni 2003 im Halle.

<sup>35</sup> STONE SWEET, Alec. *Judicialization and the Construction of Governance*. Disponible sur <http://repositories.cdlib.org/iir/ccop/wps-1999-04>, p. 9.

<sup>36</sup> Cf. STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>37</sup> STONE SWEET, Alec. *Judicialization and the Construction of Governance*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>38</sup> La décision 93-325 DC des 12-13 août 1993, « Maîtrise de l'immigration », illustre sans doute ce lien entre le nombre de considérants et le caractère controversé de la décision. C'est à la fois la décision la plus longue du Conseil, à ce jour, (134 considérants) et une des plus controversées au moment de son adoption. Elle amènera d'ailleurs le gouvernement d'Edouard Balladur et son importante majorité parlementaire à modifier la Constitution par la loi de révision constitutionnelle n. 93-1256 du 25 novembre 1993 (introduisant l'article 53-1 dans le texte de la Constitution de 1958).

<sup>39</sup> v. MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*, *op. cit.*; pour des travaux plus récents sur la production normative de la Cour suprême recourant à cette approche cf. EPSTEIN, Lee.; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998 et MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F. et WAHLBECK, Paul J. *The Collegial Game: Crafting Law on the Supreme Court*. New York: Cambridge University Press, 2000.

<sup>40</sup> V. la première partie de MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d'analyse stratégique*, *op. cit.*, p. 51-195.

<sup>41</sup> STONE SWEET, Alec. *La politique constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>42</sup> TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *op. cit.*, p.15.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. *Harvard Law Review*, vol.10 (1896), p. 461.

<sup>45</sup> Kelsen justifie la valeur heuristique de l'approche normativiste à un niveau plus abstrait, comparant l'utilité de la dogmatique juridique de la perspective du normativisme de la théorie pure du droit à celle de la dogmatique des textes religieux cf. KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1962, p.

114: « La possibilité et la nécessité d'une telle discipline portant sur le droit comme signification normative sont démontrées déjà par le seul fait de l'existence multiséculaire de la science du droit, de la 'jurisprudence dogmatique', qui répond, et qui répondra tant qu'il existera du droit, aux besoins intellectuels de ceux qui s'occupent de droit. Il n'existe aucun motif de ne pas donner satisfaction à ces besoins parfaitement légitimes, et de renoncer à une telle science du droit. La remplacer par une sociologie juridique parce que celle-ci s'attache à un problème tout autre que celui auquel elle s'attache. De même que, tant qu'il existera des religions, il devra nécessairement exister une théologie dogmatique, qui ne peut pas être remplacée par une psychologie de la religion, ni par une sociologie de la religion, de même – tant qu'il existera un droit – il y aura une théorie du droit normative ».

<sup>46</sup> Cf. STONE SWEET, Alec. Path Dependence, Precedent and Judicial Power. In: TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique; GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 155-167.

<sup>47</sup> La décision 86-225 DC, précitée, est une bonne illustration du caractère naïf de cette hypothèse explicative. Juste avant la décision, Louis Favoreu (Le Figaro, 19 janvier 1987) avait prédit que le Conseil refuserait d'invalider l'amendement Séguin, car les motivations des décisions précédentes montraient que le Conseil était réticent à réguler le fonctionnement interne du Parlement sur ce point. Le 22 décembre 1986 (décision n. 86-220 DC), le Conseil avait jugé conforme à la Constitution l'amendement supprimant la troisième voie d'accès à l'ENA. Il avait rejeté l'argument selon lequel l'amendement ne présentait aucun lien avec les autres dispositions de la loi déferée, dont l'objet principal était d'élever l'âge de la retraite des membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes et de l'Inspection générale des finances. L'opposition socialiste avait, une semaine plus tard (décision n. 86-221 DC du 29 décembre 1986), renouvelé l'argument contre certaines dispositions de la loi de finances pour 1987 ; argument que le Conseil rejeta une nouvelle fois. Pourtant, et bien que ces deux dernières décisions aient été rendues après le vote de l'amendement Séguin dans la nuit du 19 au 20 décembre 1986 (les conseillers constitutionnels avaient donc sans doute connaissance de cet amendement au moment de rendre leurs décisions), le Conseil censura le fameux amendement – contredisant sans ambages les prédictions de Louis Favoreu. Comme le souligne Alec STONE, *The Birth of Judicial Politics in France*, op. cit., p. 138: « The affair of the Séguin amendment [...] gives lie, by yielding an unpredictable decision, to the claim that politicians need only understand constitutional law to behave constitutionally. The impulse of public law specialists to synthesize doctrine and to champion coherence does not always provide a convincing solution to the legislator's dilemma ; and the result reinforces criticisms that Council decisions, however "coherent" in hindsight, can not adequately and consistently be predicted by lawmakers. »

<sup>48</sup> FAVOREU, Louis et al., *Droit constitutionnel*. 8 éd. Paris: Dalloz, 2005, p. 795, à propos de la « dignité humaine » dans les motivations de la décision « bioéthique » précitée : « La décision du Conseil constitutionnel ne crée donc pas ce droit : elle le fait émerger – de manière très heureuse – du texte qui le contenait ».

<sup>49</sup> Caractéristique FAVOREU, Louis et PHILIP, Loïc. *Grands décisions du Conseil constitutionnel*. 12 éd. Paris: Dalloz, 2003, p. 863, toujours concernant le principe de la dignité humaine dans la décision bioéthique : « ...ce que le Comité consultatif pour la révision de la Constitution avait souhaité voir consacré par une révision constitutionnelle, est considéré comme faisant déjà partie de la Constitution par le Conseil constitutionnel, et cela de manière difficilement contestable, même si elle peut paraître quelque peu hardie ».

<sup>50</sup> *Idem.*, p. 246.

<sup>51</sup> Pour la doctrine allemande v. par exemple sur l'article 2 al. 1 LF STARCK, Christian. Art. 2 Abs. 1. In : MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich et Starck, Christian. *GG – Bonner Grundgesetz*, (vol. 1). Munich: Franz Vahlen, 1999, p. 193-194. Dans la doctrine française, caractéristique – une fois encore – Louis Favoreu donnait avant 1988, une définition des « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (PFRLR) du Préambule de la Constitution de 1946 à l'aide de considérations linguistiques (FAVOREU, Louis. 1977, année charnière: le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux. *RDP* 1978, p. 841) tandis qu'après la décision du 20 juillet 1988, dans laquelle le Conseil constitutionnel a indiqué les conditions pour qu'une norme puisse se voir reconnaître la qualité de PFRLR, il reprend la définition présentée dans les motifs de cette décision (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. In: MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel. *La République en droit français*. Paris: Economica, 1996, p. 231-240).

<sup>52</sup> SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat* (1989), p. 162-163.

<sup>53</sup> *Ibidem.*, p. 168.

<sup>54</sup> HALTERN, Ulrich. Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis. Grundrechtsrechtsprechung und Verfassungstheorie im Kontext. *Der Staat* (2001), p. 243-256.

<sup>55</sup> Emprunt une métaphore de Josef Isensee, Matthias Jestaedt décrit l'évolution de la *Staatsrechtslehre* comme la transformation d'une discipline « porte-flambeau » (*Fackelträger*) en une discipline « porte-traîne » (*Schleppenträger*) (sous-entendu : porte-traîne de la CCF), JESTAEDT, Matthias, *op. cit.*, p. 189, note 19.

<sup>56</sup> Sur ce point v. les remarques de STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 106 et p. 212-215.

<sup>57</sup> C'est cette manière de concevoir l'activité de la Cour suprême que Felix Frankfurter (qui allait bientôt y être nommé juge) remettait en cause dans une lettre au président des Etats-Unis, Franklin Delano Roosevelt : « People have been taught to believe when the Supreme Court speaks it is not they who speak but the Constitution, whereas, of course, in so many vital cases, it is they who speak and not the Constitution. And I verily believe that it is what the country needs most to understand » (In: FREEDMAN, M. (ed.). *Roosevelt and Frankfurter: Their Correspondance, 1928-1945*. Boston: Little Brown, 1967, p. 383, cité par BERGER, Raoul. *Government by Judiciary*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977, p. 281 note 143).

## O LUGAR DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA PRODUÇÃO DAS NORMAS: ESTUDO DA ATIVIDADE NORMATIVA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)

### RESUMO

Analisa-se comparativamente a produção normativa do Conselho Constitucional Francês e do Tribunal Constitucional Federal Alemão, à luz de um olhar crítico acerca das abordagens, socio-política e normativista, feitas ao desempenho destas duas Cortes e do estudo de teorias que possam fundamentar este trabalho de construção jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Atividade normativa. Conselho Constitucional. Tribunal Constitucional Federal.

## THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN RULEMAKING: AN ASSESSMENT OF THE ACTIVITY OF THE CONSTITUTIONAL COUNCIL AND OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)

### ABSTRACT

The author comparatively assesses the rulemaking activity of the French Constitutional Council and of the German Federal Constitutional Court, from a

critical point of view regarding the sociopolitical and normativist outlooks often related to the performances of these Courts and the study of theories able to support this effort of building a case law.

**KEYWORDS:** Rulemaking activity. Constitutional Council. Federal Constitutional Court.