

Christian BEHRENDT

LE JUGE
CONSTITUTIONNEL,
UN LÉGISLATEUR-CADRE
POSITIF

UNE ANALYSE COMPARATIVE
EN DROIT FRANÇAIS, BELGE ET ALLEMAND

Préface de

Otto PFERSMANN

Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon - Sorbonne

Avant-propos de

Jean-Claude SCHOLSEM

Professeur ordinaire à l'Université de Liège



BRUYLANT

2006

L · G · D · J

Etage)

Christian BEHRENDT

MAGISTER JURIS (OXFORD)

DOCTEUR EN DROIT (UNIVERSITÉ DE PARIS I PANTHÉON-SORBONNE)
CHARGÉ DE RECHERCHES AU FONDS NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE (BELGIQUE)

LE JUGE CONSTITUTIONNEL, UN LÉGISLATEUR-CADRE · POSITIF

Une analyse comparative en droit français,
belge et allemand

Préface de

OTTO PFERSMANN

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

Avant-propos de

JEAN-CLAUDE SCHOLSEM

PROFESSEUR ORDINAIRE À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

Prix de thèse 2005 du Conseil constitutionnel

BRUYLANT
BRUXELLES

L.G.D.J.
PARIS

2006

*Les recherches ont été financées par une bourse
de doctorat « Aspirant » du Fonds National
de la Recherche Scientifique (Belgique)*

*À l'amitié entre la France,
l'Allemagne et la Belgique*

*Le rassemblement de la documentation
s'est arrêté au 1^{er} juillet 2005*

ISBN 2-8027-2146-1
ISBN Librairie Générale de Droit
et de Jurisprudence 2-275-02702-5

D / 2006 / 0023 / 51

© 2006 Etablissements Emile Bruylant, S.A.
Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles.

Tous droits, même de reproduction d'extraits, de reproduction photomécanique ou de
traduction, réservés.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

"Reason is not as sense, and memory, born with us; nor gotten by experience only, as prudence is; but attained by industry; first in apt imposing of names; and secondly by getting a good and orderly method in proceeding from the elements, which are the names, to assertions made by proceeding of one of them to another; and so to syllogisms, which are the connexions of one assertion to another, till we come to a knowledge of all the consequences of names appertaining to the subject in hand; and that is it men call Science.

And whereas sense and memory are but knowledge of fact, which is a thing past and irrevocable; Science is the knowledge of consequences, and dependence of one fact upon another"

Th. HOBBS, *Leviathan* (1651), chapitre v, paragraphe 17.

INDEX DES ABRÉVIATIONS

<i>Act Dr</i>	<i>Actualités du Droit, Revue de la Faculté de Droit de Liège</i> (Belgique, revue arrêtée et poursuivie par <i>Revue de la Faculté de Droit de Liège</i>)
<i>Adm</i>	<i>Administration</i> , Revue publiée par l'Association du Corps préfectoral
AFC	Association française des constitutionnalistes
AIJC	<i>Annuaire International de Justice Constitutionnelle</i>
AISJ	Association Internationale des Sciences Juridiques
AJDA	<i>Actualité juridique, droit administratif</i>
<i>Ann Dr Liège</i>	<i>Annales de Droit de Liège</i> (Belgique, revue arrêtée et poursuivie par <i>Act Dr</i>)
<i>Ann Dr Louvain</i>	<i>Annales de Droit de Louvain</i> (Belgique)
<i>ÄöR</i>	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i> (Allemagne)
<i>APT</i>	<i>Administration publique trimestrielle</i> (Belgique)
<i>Bull ARB</i>	Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique, <i>Bulletins [des trois Classes confondues]</i> (Belgique, collection arrêtée et poursuivie par <i>Bull CLBA</i>)
<i>Bull CLBA</i>	Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique, <i>Bulletins de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques et de la Classe des Beaux-Arts</i> (Belgique, collection arrêtée et poursuivie par <i>Bull CL</i>)
<i>Bull CL</i>	Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique, <i>Bulletins de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques</i> (Belgique)
BGH	Bundesgerichtshof (Cour de justice fédérale, Allemagne)
<i>BJ</i>	<i>La Belgique judiciaire</i> (Belgique, revue arrêtée)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle, Allemagne)
<i>BVerfGE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Recueil des Décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne)</i>
CA	Cour d'arbitrage (Belgique)
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de Cassation
Cass. belge	Cour de Cassation (Belgique)
CC	Conseil constitutionnel
CCC	<i>Les Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
CE	Conseil d'État
CE belge	Conseil d'État (Belgique)
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
CUP	Cambridge University Press
<i>D</i>	<i>Le [Recueil] Dalloz</i> (jusqu'en 1996 : <i>Recueil Dalloz Sirey</i>)

- DA *Droit administratif dir.*, dirs. directeur, directeurs
 DöV *Die öffentliche Verwaltung* (Allemagne)
 DVB *Deutsches Verwaltungsblatt* (Allemagne)
 EDCE *Études et documents du Conseil d'État éd.*, eds. édition, éditions ou éditeur, éditeurs
 FamRZ *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (Allemagne)
 FNRS Fonds National de la Recherche Scientifique (Belgique)
 GD *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, ouvrage édité par L. FAVOREU et L. PHILIP, Paris, Dalloz, 12^e édition, 2003, 1058 pages.
 GG Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne)
 Giur cost *Giurisprudenza costituzionale* (Italie)
 HLR *Harvard Law Review* (États-Unis)
 JLMB *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* (Belgique)
 JO *Journal officiel de la République française, série Lois et Décrets*
 JöR *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (Allemagne)
 JT *Journal des Tribunaux* (Belgique)
 JZ *Juristenzeitung* (Allemagne)
 KritV *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Allemagne)
 LGDJ Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
 Mém AEB Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique, *Mémoires [des trois Classes confondues]* (Belgique, collection arrêtée et poursuivie par Mém CLBA)
 Mém CLBA Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique, *Mémoires de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques et de la Classe des Beaux-Arts* (Belgique, collection arrêtée et poursuivie par Mém CL)
 Mém CL Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique, *Mémoires de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques* (Belgique)
 MLR *Modern Law Review* (Royaume-Uni)
 NJW *Neue Juristische Wochenschrift* (Allemagne)
 NYLR *New York Law Review* (États-Unis)
 OUP Oxford University Press
 Pas *Pasicriste* (Belgique)
 Pasin *Pasinomie* (Belgique)
 PL Public Law (Royaume-Uni)
 PUAM Presses universitaires d'Aix-Marseille
 PUF Presses universitaires de France
 RA *Revue administrative*
 RCJB *Revue critique de jurisprudence belge*
 RBDC *Revue belge de droit constitutionnel*
 RBDI *Revue belge de droit international*
 RDP *Revue du droit public et de la science politique*

- Rev Dr ULB *Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles* (Belgique)
 REDP *Revue européenne de droit public*
 RFDA *Revue française de droit administratif*
 RFDC *Revue française de droit constitutionnel*
 RFSP *Revue française de science politique*
 RGA *Revue générale d'administration* (revue arrêtée)
 RIDC *Revue internationale de droit comparé*
 RUDA *Recueil de jurisprudence de droit administratif* (Belgique, revue arrêtée et poursuivie par APT)
 RPP *Revue politique et parlementaire*
 RRJ *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*
 RUB *Revue de l'Université de Bruxelles* (Belgique, revue à ne pas confondre avec la Rev Dr ULB, prémentionnée)
 SJ *La Semaine juridique*, édition générale (1)
 SLR *Stanford Law Review* (États-Unis)
 RW *Rechtskundig Weekblad* (Belgique)
 TBP *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* (Belgique)
 TPR *Tijdschrift voor Privaatrecht* (Belgique)
 TC Tribunal des Conflits
 t. tome
 VVDSRL *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (All.)
 YLR *Yale Law Review* (États-Unis)
 YUP Yale University Press
 ZG *Zeitschrift für Gesetzgebung* (Allemagne)

La numérotation des notes subparagraphe n'est pas continue mais recommence à 1 au début de chaque titre. Lors d'un renvoi à une autre, nous précisons le titre dont relève la note à laquelle il est renvoyé, sauf si celle-ci figure dans le même titre que la note qui opère le renvoi.

(1) Cette revue est également connue sous l'abréviation JCP.

AVIS RELATIF AUX RÉFÉRENCES
À LA JURISPRUDENCE DU JUGE CONSTITUTIONNEL
FRANÇAIS, BELGE ET ALLEMAND

Les décisions du juge constitutionnel français, belge et allemand font en principe l'objet d'une publication officielle.

En France, les décisions du Conseil constitutionnel rendues dans le cadre d'une procédure de déclaration de conformité sont publiées au *Journal officiel* (1).

En Belgique, tout arrêt de la Cour d'arbitrage est publié au *Moniteur belge* (2), le *Journal officiel* belge.

En Allemagne, les décisions du *Bundesverfassungsgericht* sont publiées au *Bundesgesetzblatt*, le *Journal officiel* allemand, lorsque la Cour se prononce sur la conformité d'une loi fédérée ou fédérale avec la Loi fondamentale ou le droit fédéral, ou lorsque la décision concerne l'un des cas énumérés aux 12° et 14° du §13 de la loi sur le *Bundesverfassungsgericht* (3).

Dans le cadre du présent travail, nous ne fournirons cependant pas la référence des décisions du juge constitutionnel français, belge et allemand au *Journal officiel* respectif, puisqu'il existe dans chacun de ces pays un *Recueil* qui comprend l'intégralité des décisions du juge constitutionnel (4). Les décisions sont par ailleurs disponibles sur le site internet de la juridiction constitutionnelle respective (5).

Notre système de références sera en conséquence le suivant :

*
* *

(1) Voy. art. 20 et de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

(2) Voy. art. 114, al. 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003.

(3) Voy. §31, alinéa 2, 3° et 4° phrase, de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, coordonnée le 11 août 1993.

(4) Le *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, le *Recueil des décisions de la Cour d'arbitrage*, et la Collection *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*.

(5) Voy. les adresses suivantes : www.conseil-constitutionnel.fr, www.arbitrage.be et www.bverfg.de. Le site du Conseil constitutionnel et celui de la Cour d'arbitrage contiennent la jurisprudence depuis la création de la juridiction; celui du Bundesverfassungsgericht ne permet d'accéder qu'à la jurisprudence postérieure au 1^{er} janvier 1998.

Les décisions du *Conseil constitutionnel* sont citées par l'indication de la **serie**, le **numéro de rôle** à l'intérieur de cette série, et la **date de leur rendu** (6). — Exemples :

CC, décision 1 DC du 14 mai 1959.

CC, décision 11 L du 20 janvier 1961.

CC, décision 11 FNR du 23 mai 1979.

Lorsqu'il s'agit d'une référence à un considérant précis, son **numéro** est indiqué. — Exemple :

CC, décision 464 DC du 27 décembre 2002, considérant 58.

Ce n'est que depuis le 1^{er} janvier 1986 que le Conseil constitutionnel procède à la numérotation des considérants. Lorsque nous faisons référence à un considérant d'une décision antérieure cette date, nous indiquons la **page du Recueil** à laquelle il figure. — Exemple :

CC, décision 196 DC du 8 août 1985, *Rec.*, 68.

* * *

Les arrêts de la *Cour d'arbitrage* sont cités par leur **numéro d'affaire** (et non de rôle), suivi de la **date de leur prononcé**. — Exemple :

CA, arrêt 139/98 du 16 décembre 1998.

Cependant, un changement dans le système de numérotation est intervenu au début de l'année 1989. Antérieurement à cette date, les arrêts de la Cour étaient simplement désignés par un seul numéro, sans indication de l'année. — Exemple :

CA, arrêt 73 du 22 décembre 1988 (cet arrêt étant le dernier à avoir reçu un seul chiffre).

Depuis le 1^{er} janvier 1989, la numérotation repart chaque année à nouveau au chiffre 1, suivi d'une barre transversale et de l'indication de l'année.

Lorsqu'il s'agit d'une référence à un considérant précis (7), son **numéro** est indiqué. — Exemples :

(6) Cette expression peu habituelle pour le juriste non français s'impose parce que les décisions du Conseil constitutionnel ne font l'objet d'aucun prononcé.

(7) Selon la terminologie de la Cour elle-même, ses arrêts contiennent des «*considérants*» et non des «*attendus*», même si ce dernier terme est parfois employé par la doctrine. V. ex. CA, arrêt 12/92 du 20 février 1992, considérant 1.B.9, al. 1^{er}.

CA, arrêt 1 du 5 avril 1985, considérant B.3.

CA, arrêt 100/2000 du 4 octobre 2000, considérant B.3.2., al. 2.

* * *

Les jugements du *Bundesverfassungsgericht* sont cités par leur **date** et la **page** dans la *Collection des Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (8). — Exemple :

BVerfG, arrêt du 5 février 1991, *BVerfGE* 83, 238.

Lorsqu'il s'agit d'une référence à un passage précis, nous indiquons la **page de la Collection** à laquelle il figure. — Exemple :

BVerfG, décision du 11 mai 1970, *BVerfGE* 28, 227 (242).

Cependant, il arrive que des décisions toutes récentes n'aient pas encore été publiées dans la *Collection*. Dans ce cas, nous indiquons la **date du prononcé**, le **numéro de rôle** et, le cas échéant, le **numéro du considérant**. — Exemples :

BVerfG, décision du 25 août 1998, 1 BvR 2487/94.

BVerfG, décision du 2 mars 1999, 1 BvL 7/91, considérants 108-109.

(8) Le premier chiffre étant le numéro du volume, le second celui de la première page de la décision concernée. On notera que la Cour constitutionnelle allemande statue par arrêt (*Urteil*) lorsque des plaidoiries orales ont lieu devant elle et par décision (*Beschluß*) lorsque la procédure est exclusivement écrite.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

*
* *

PREMIÈRE PARTIE

Aperçu des notions de base
et présentation du concept d'interférence

SECONDE PARTIE

Les lignes directrices adressées
par le juge constitutionnel au législateur

TROISIÈME PARTIE

Les injonctions adressées
par le juge constitutionnel au législateur

*
* *

CONCLUSION GÉNÉRALE

REMERCIEMENTS

Au seuil de cette étude, toute ma gratitude va à mes deux directeurs de recherche, le professeur Otto PRERSMANN et le doyen Jean-Claude SCHOLSEM, sans l'inébranlable confiance desquels cette étude n'aurait jamais vu le jour. Par les grands et petits conseils qu'ils m'ont prodigués au cours de ces dernières années, ils ont substantiellement amélioré la qualité de ce modeste travail. Des très fructueuses discussions que nous avons eues, tant Place du Panthéon qu'au domaine du Sart Tilman, je garderai un ineffaçable et précieux souvenir.

Je voudrais aussi adresser de très vifs remerciements à mon épouse Valérie et notre fille Clara. Toutes les deux ont fait preuve d'une patience sans bornes et d'une extraordinaire indulgence à mon égard. J'ai également une grande dette à l'égard de mes parents, sans lesquels beaucoup de choses n'auraient pas été possibles.

Toute ma reconnaissance va par ailleurs à Géraldine ROSOUX, référendaire à la Cour d'arbitrage de Belgique, qui a relu l'intégralité de mes perfectibles réflexions, à Régis PONSARD, doctorant à l'Université de Paris I, qui a été pour moi un amical trésor de bons conseils, ainsi qu'au professeur Georg NOIRE de l'Université de Göttingen (maintenant Munich) qui s'est toujours tenu à ma disposition pour des questions relatives au droit allemand.

Je voudrais également mentionner la précieuse aide de Nicolas BANNEUX, Assistant à l'Université de Liège, Dirk HASLER, Docteur en droit (Université de Munich) et Assistant à l'Université de Ratisbonne, Jean-Thierry DEBBY, Référendaire à la Cour d'arbitrage de Belgique, et Valérie JACQUEMIN, Assistante à l'Université de Liège, en leur assurant que je sais ce que je dois à chacun. Enfin, je voudrais adresser mes remerciements à Madame Maryse GAMMAITONI, responsable du Bureau des thèses en droit de Paris I, et Monsieur Eric GÆRKENS, directeur de la Bibliothèque de droit de l'Université de Liège, pour leur grande gentillesse et leur exemplaire disponibilité.

Le 1^{er} juillet 2005

AVANT-PROPOS

1. - Est-ce le fait d'être né, d'avoir grandi à quelques mètres d'une frontière qui rend M. Ch. BEHRENDT si réceptif à l'autre, presque avide de l'autre ?

Après avoir achevé ses études secondaires Outre-Rhin, l'intéressé s'inscrit en candidature en droit à l'Université de Liège.

La science ou la médecine, on l'eut compris, à cette époque de grande transhumance académique. Mais le droit ? Plaisante justice, disait déjà PASCAL, qu'une rivière borne! Vérité au delà des Pyrénées, erreur au delà.

Comment concilier ces aspirations si diverses ? M. Ch. BEHRENDT manifeste, dès le début de ses études, un goût passionné pour le droit et, pire que tout, pour le droit public. Le voilà bientôt mon étudiant-moniteur, forgeant ainsi le début d'un lien qui ira en se renforçant au fil du temps.

S'ancrant dans la belgitude, dont il va superposer la nationalité à sa citoyenneté allemande, il inscrit à son programme, en troisième licence, quelques cours à la *Katholieke Universiteit Leuven* et termine en 2000 parmi les tout premiers de sa promotion.

2. - La pérégrination n'est pas finie; elle ne fait que commencer. Le jeune licencié va élargir ses centres d'intérêt en décrochant, en 2001, le titre de *Magister Juris* de l'Université d'Oxford. Il aura ainsi l'occasion de rencontrer le Professeur Otto PFERSMANN avec qui il a, immédiatement, des échanges passionnés. Il s'inscrit donc au doctorat à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne et passera dans cette ville, pour mieux se familiariser au droit français, une studieuse année 2002-2003.

Le Fonds National de la Recherche Scientifique avait, en outre, reconnu ses mérites par l'octroi d'un mandat d'aspirant pour la période 2001-2005.

La thèse était déjà en germe à ce moment. Elle tenait dans deux petits feuillets. Tout juste une intuition, mais qui, en se déployant, allait révéler toute sa fécondité. Comment transformer, dans le délai

imparti par le F.N.R.S. — plutôt fixé pour les sciences exactes — cet avant-projet ou, mieux dit, cette esquisse en une thèse? Le 6 juin 2005, M. Ch. BEHRENDT tient le pari en présentant et défendant avec brio sa thèse devant un jury international à l'Université de Paris I. Depuis lors, elle a reçu le prix du Conseil constitutionnel. Le F.N.R.S. lui offre un mandat de chargé de recherches. Quant à lui, l'explorateur a mis le cap sur le Nouveau Monde et est inscrit pour une année d'études post-doctorales à la *Yale Law School*.

3. — Tous ces éléments méritaient d'être rappelés. Ils mettent en lumière non seulement la variété et la diversité des intérêts de l'auteur, mais aussi l'obstination, la détermination et la force de concentration qu'il a investies dans sa thèse. De cela, le lecteur se rendra compte immédiatement. Le style est certes clair, simple et délié — une gageure pour qui n'écrit pas dans sa langue maternelle — mais on le sent constamment tendu par une volonté unique, celle de convaincre et de démontrer.

Dès le départ, M. Ch. BEHRENDT s'en est tenu à ces deux petits feuillets par lesquels il présentait son projet au F.N.R.S. Cette intuition première, l'auteur l'a développée petit à petit, la nourrissant de la confrontation de la jurisprudence constitutionnelle de trois pays différents. Elle s'est considérablement enrichie. Mais le doctorant a toujours été attentif à bien la délimiter, à marquer avec le plus de précision possible les frontières, à distinguer le sujet qui l'intéresse d'autres qui peuvent paraître proches, telles les réserves d'interprétation. Pas de divagation, donc, ni de digression. Cette volonté de constituer un ensemble qui — idéalement — se lit d'une traite et dont les diverses parties s'articulent parfaitement entre elles, est aussi très perceptible.

Si je veux être tout à fait franc et mieux rendre compte de la genèse de la thèse, il faut bien avouer que la route ainsi suivie n'a pas été dépourvue d'obstacles, loin de là.

Parfois, l'auteur rencontrait une difficulté réelle, se trouvait devant une impasse ou éprouvait une hésitation. Deux voies s'ouvraient à lui sans qu'aucune ne l'emporte ostensiblement. Il eut alors, je crois pouvoir le dire, des lecteurs attentifs, soit au bord de Seine, soit au bord de Meuse. Ce fut, en ce qui me concerne, de grands moments sur le plan intellectuel, de ces moments qui unissent si intensément le doctorant et ceux qui l'accompagnent. De ces

doutes, de ces joutes, de ces combats, je peux encore les déceler à plus d'un endroit de l'œuvre à présent achevée. L'attitude du doctorant était alors pareille à elle-même. Après avoir écouté, discuté et parfois même ferrailé, il disparaissait pour quelques jours avant de réapparaître, souriant, tenant en mains une nouvelle mouture de son œuvre.

4. — Les efforts de M. Ch. BEHRENDT, sur un sujet encore très largement inexploré me paraissent aujourd'hui pleinement couronnés de succès. Si les expressions de «lignes directrices» et d'«injonctions» n'étaient pas inconnues de la doctrine, jamais, à ma connaissance, une recherche systématique et de grande ampleur ne leur avait été consacrée.

Bien plus, ces efforts débouchent sur un ensemble qui me semble être caractérisé par une impression d'harmonie, d'équilibre global. Equilibre à trois égards.

Le *premier équilibre* est celui qui est établi entre les pays concernés, dans un ouvrage dédié à l'amitié entre la France, l'Allemagne et la Belgique.

La thèse est bien le fruit de la méthode comparative, au sens authentique du terme. Ce n'est pas vraiment faire du droit comparé que de partir d'un pays, s'imprégner de ses concepts et modes de raisonnement, puis ensuite, d'y faire rentrer, plus ou moins de force, d'autres ordres juridiques.

Telle n'est assurément pas la démarche de l'auteur. Il part dans tous les cas de sa grille structurante de lecture et des faits bruts, c'est-à-dire des données jurisprudentielles. Les trois systèmes juridiques sont ainsi appréhendés à la fois de l'extérieur et de l'intérieur. L'auteur n'en privilégie aucun. Il fait ainsi preuve d'équité, si la notion d'équité pouvait s'appliquer à une démarche intellectuelle, disons simplement preuve de neutralité.

Que cette démarche — qui part des faits et revient aux faits — ne soit pas toujours facile, on le comprend aisément. Par exemple, en ce qui concerne la France et la Belgique, M. Ch. BEHRENDT se fonde sur une lecture exhaustive de toutes les décisions du juge constitutionnel, travail dont on mesure l'ampleur. Pour l'Allemagne, la chose était manifestement impossible : seule une sélection soigneusement choisie est présentée au lecteur.

Autre exemple : comment intégrer dans la systématique de l'ouvrage l'effet très atypique des arrêts rendus sur question préjudicielle par la Cour d'arbitrage belge ? Après de longues discussions, l'auteur n'a pas biaisé devant la difficulté. C'est un des points les plus délicats, mais aussi, pour le lecteur belge, un des passages les plus intéressants de la thèse.

La richesse de l'approche comparative est un atout majeur de l'ouvrage. Par son accès direct et privilégié à l'abondante doctrine et jurisprudence allemandes, le doctorant en fait bénéficier le lecteur qui ne maîtrise pas ou pas assez cette langue, à la fois par ses citations du texte et par ses précieuses traductions. De même, grâce à cette thèse, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et les particularités du contentieux constitutionnel belge connaîtront une plus large diffusion hors de leur pays d'origine.

5. — Le *deuxième point d'équilibre* se situe entre les développements théoriques et les illustrations jurisprudentielles. L'armature intellectuelle de la thèse est fortement charpentée. Toutefois, l'auteur n'hésite pas à commencer son exposé par des illustrations concrètes qui, dès l'abord, accrochent l'attention du lecteur. La thèse est ainsi rythmée par cette alternance, ce constant balancement. Les exemples permettent au lecteur de prendre du recul, de mieux vérifier le bien-fondé des approches théoriques, éventuellement de les critiquer. La méthode suivie se révèle extrêmement efficace sur le plan pédagogique et didactique.

6. — Enfin, le *troisième équilibre* est celui établi entre le texte lui-même et les notes infrapaginales. Une thèse réussie doit pouvoir se lire à ce double niveau, qui s'enrichissent mutuellement. Il est des thèses où les notes ont tendance à dévorer le texte. Tel n'est pas le cas ici. Les renvois bibliographiques et autres annotations étaient et complètent le texte, là où c'est nécessaire, sans inutile étalage d'une érudition factice.

Il y aurait sans doute bien des choses à dire de ces notes ou du moins de certaines d'entre elles. Quelques unes semblent constituer un clin d'œil au lecteur, une brève récréation. D'autres sont ce que j'aimerais appeler des notes amortisseurs qui permettent d'adoucir les arrêtes trop vives d'un texte, petits coups de lime qui ne méritent cependant pas de figurer dans le texte lui-même. D'autres

enfin, sont comme les amorces de pistes perdues ou refoulées ou, pourquoi pas, l'annonce de nouvelles recherches.

7. — L'idéal de l'auteur, à n'en pas douter, est d'appliquer à la science juridique la même exigence de rigueur et de respect des faits que celle qui domine les sciences de la nature.

Cette volonté, en quelque sorte épurée, anime toute l'œuvre. Par-tant des faits bruts, le doctorant tente au maximum de les catégoriser, de les classer en fonction des critères déduits de son analyse théorique.

La réalité correspond-elle, point par point, à ce schéma ?

L'auteur l'avoue lui-même, presque à regret : le gris et toutes ses nuances dominent dans certains cas.

Oserions-nous avouer qu'à nos yeux, la marge de certitude et d'incertitude en droit est très malaisée à mesurer. Mais comment ne pas féliciter un jeune chercheur qui, à peine son trentième anniversaire fêté, proclame et défend avec fierté et vigueur un tel idéal, même si sans doute le poids de l'expérience l'amènera à y apporter, ici et là, quelques nuances.

Mais ceci est une autre histoire : la thèse de M. Ch. BEHRENDT est un jalon... pas la fin d'une aventure ici si magnifiquement entreprise.

Jean-Claude SCHOLSEM
UNIVERSITÉ DE LIÈGE

PRÉFACE

L'ouvrage qu'on va lire s'attaque à l'une des questions les plus intéressantes et les intrigantes de la justice constitutionnelle : le juge de la constitutionnalité des lois n'intervient-il que pour se prononcer sur la conformité ou l'absence de conformité des textes votés par les Parlements (1) ou impose-t-il par ailleurs au législateur des normes qui lui disent comment s'y prendre en vue de concrétiser correctement les exigences de la Constitution ? Cette question, en apparence si simple, recèle de redoutables problèmes théoriques et doctrinaux. Elle se complique encore si on la considère sous un angle comparatiste, mais c'est justement le droit comparé qui apporte à ce problème un éclairage que ne peut fournir l'analyse d'un seul système.

M. Christian Behrendt a entrepris de traiter cette question en confrontant les expériences allemandes, belges et françaises à partir d'un cadre théorique explicitement développé (2). Cette recherche appelle ici quelques remarques.

(1) L'on exclut ici la justice supranationale sans se prononcer pour autant sur la question de savoir si une telle justice est ou peut être « constitutionnelle » dans un sens intéressant. Tout système juridique dynamique, c'est à dire admettant une production de normes à partir de normes déjà données peut introduire un contrôle de conformité par rapport aux normes de degré supérieur et la constitution d'un système n'est rien d'autre que l'ensemble des normes de production de normes de ce système. Refuser ou admettre la qualification de « constitutionnelles » à une justice supranationale qui présenterait les caractéristiques d'un contrôle juridictionnel de conformité de normes ne serait dès lors que le reflet d'une position idéologique. Par ailleurs, rien n'empêche de distinguer le cadre national d'un cadre supranational, notamment en tant que les constitutions nationales ont *en général* la compétence de la compétence des compétences nationales, alors que les systèmes supranationaux dépendent *en général* d'un acte conventionnel international pour une redistribution des compétences. La restriction au seul cadre national suit ici simplement un intérêt de connaissance.

Enfin, dans les États décentralisés ou à structure fédérale (qui n'est qu'une forme plus accentuée de la décentralisation), le juge constitutionnel intervient également dans le contrôle des actes législatifs des entités décentralisées. L'on suivra le parti de ne considérer que les actes de contrôle de la législation nationale.

(2) Le projet a été généralement soutenu par le Fonds National de la Recherche Scientifique de Belgique. La thèse a été soutenue à Paris le 6 juin 2005 devant un jury composé de MM. Jean-Claude Colliard, membre du Conseil constitutionnel et professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Matthias Jestaedt, professeur à l'Université Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg, M. Joseph Pini, professeur à l'Université d'Avignon (maintenant Aix-Marseille III), M. Jean-Claude Schoisem, professeur à l'Université de Liège ainsi que l'auteur de ces lignes. Le travail a été jugé digne des Félicitations du jury et couronné par le Prix du Conseil constitutionnel 2005.

Le problème soulevé par M. Behrendt est à la fois l'un des plus anciens auxquels se voit exposé la justice constitutionnelle et en même temps l'un de ceux qui ne pouvaient être traités que depuis fort peu de temps de manière vraiment satisfaisante. L'on connaît les grands termes du débat. Pour un famille d'auteurs venant pourtant d'horizons forts divers, un juge de la constitutionnalité des lois serait nécessairement un organe politique dépourvu de la légitimité que confère l'élection populaire. Les raisons invoquées peuvent se fonder sur la nature de l'acte contrôlé comme sur celle du titulaire du contrôle. Le Parlement élu peut être regardé comme le seul lieu légitime où la «volonté générale» pourrait trouver son expression véritable comme semble encore le suggérer l'article six de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Souvent la loi, particulièrement dans la tradition française, est regardée comme une source intrinsèquement «souveraine et inconditionnée» (3) et par conséquent insusceptible de faire l'objet d'un contrôle, particulièrement juridictionnel. D'autres inquiétudes naissant de l'introduction d'un juge auquel on confie le sort de la loi se fondent sur l'idée que nul organe suprême ne peut être contraint par une norme. C'est la vision de l'école «décisionniste», telle que l'article d'abord Carl Schmitt : «Dans toute décision, même dans celle d'un tribunal subsumant des faits sous l'énoncé d'une règle (*taibeständmäßig subsumierend*) et tranchant un procès, il existe un élément de décision pure non déductible du contenu d'une norme. C'est ce que j'ai appelé 'décisionnisme'» (4). Cette thèse peut à son tour s'appuyer sur des arguments relatifs à la nature de la norme juridique qui, selon cette conception, n'existerait en tant que telle que lorsque et pour autant qu'elle produit des effets et seule est en mesure de produire des effets une décision ultime et non autrement contestable. Or, ce sont justement les décisions des cours constitutionnelles qui sont insusceptibles de recours, comme le dit par exemple explicite-

(3) Cette double conception a été reconstruite et mise en perspective comme excluant toute véritable hiérarchie des normes par Raymond Carré de Malberg in : *La loi, expressions de la volonté générale*. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875, Paris 1931. Reprint Paris 1984 et in : *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris 1933. Cf. sur les malentendus durables que cette vision a induite jusqu'aujourd'hui dans la doctrine française : Otto PRERSWANN, «Carré de Malberg et la hiérarchie des normes», in : *Revue Française de Droit Constitutionnel* no. 31 (1997), pp. 481-509.

(4) Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung «Le gardien de la Constitution»*, Berlin Duncker & Humblot, 1931, pp. 54 et s.

ment l'article 62 de la Constitution française. Par ailleurs, la signification des textes constitutionnels serait indéterminée et ne recevrait de détermination que par les décisions une fois rendues (5). Un autre type d'argument, enfin, s'appuie sur la distinction entre juger et légiférer comme modes intrinsèquement distincts du «pouvoir». Selon cette conception, juger, c'est appliquer la loi et légiférer, c'est la poser, par conséquent un juge ne pourrait pas intervenir dans le domaine de la législation, ni pour l'annuler, ni pour produire une législation alternative.

Le débat sur l'opportunité de l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité n'est certes pas clos, mais il relève de la philosophie politique et non de la théorie du droit (6). Celle-ci a pour objet l'explication des structures et des concepts, non le contenu d'un droit souhaitable. De ce point de vue, une juridiction ou un Parlement est aussi «politique» que n'importe quel autre organe, car *en droit* il n'y a pas de distinction entre organes politiques et non-politiques, toute distinction organique étant en dernier lieu une distinction de compétences, d'obligations, de mode de désignation et d'organisation. De ce point de vue, les différences entre Parlements et juridictions constitutionnelles se situent plutôt dans ce dernier domaine. Les mandataires des assemblées sont élus directement ou indirectement – ou comme pour le Bundesrat allemand, délégués par les gouvernements des *Länder* – et par conséquent politiquement responsables devant leurs électeurs au moment du scrutin, mais – encore à l'exception des membres du Bundesrat – libres de toute injonction pendant la durée de leur mandat. Les juges constitutionnels sont – *en général* – nommés ou élus par des mandataires élus et en général non rééligibles et bien évidemment ils ne sont soumis ni à des injonctions individuelles ni à un pouvoir disciplinaire externe.

C'est la caractérisation de leurs compétences respectives qui semble poser plus de problèmes. Les Parlements sont des organes législatifs généraux dont la compétence est, au plus, éventuellement

(5) C'est l'argument principal invoqué par la théorie réaliste de l'interprétation, cf. là-dessus Otto PRERSWANN, «Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation», in : *Revue Française de Droit Constitutionnel* no. 52, 2002, p. 789-836.

(6) Cf. surtout les positions développées par Jeremy WALDRON, *The Dignity of Legislation*: The 1996 Satey Lectures, Cambridge University Press 1999; *Law and Disagreement*, Oxford Clarendon Press 1999; «The Core of the Case against Judicial Review», à paraître in : *Yale Law Journal* 115 (2006).

limitée par les normes constitutionnelles et les attributions confiées aux entités décentralisées. Si l'édiction d'une loi n'est ni soumise à l'obligation de motivation ni à une saisine sur une question particulière, telle est au contraire le fonctionnement d'une Cour constitutionnelle qui doit être régulièrement saisie d'une affaire particulière au sujet de laquelle elle rendra une décision motivée. On comprend dès lors que la différence ne porte pas tant sur les actes dont les uns et les autres sont en charge, car dans les deux cas, il s'agit bien de normes générales et abstraites relevant de la catégorie de la loi formelle — si c'est là la catégorie normative qui est en question lorsqu'il s'agit de justice constitutionnelle au sens strict, c'est-à-dire, justement, la faculté de contrôler la loi formelle. La différence tient ainsi au mode de mise en œuvre des procédures, à la délimitation de la compétence, au mode de décision et de justification : le législateur parlementaire agit de sa propre initiative ou à partir de celle du gouvernement responsable devant lui, le juge constitutionnel procède à l'examen de dispositions litigieuses en raison d'une saisine émanant d'un organe externe, au moins en premier lieu (7).

Voilà ce qui explique l'apparition de la théorie dite du « législateur négatif ». Si le législateur parlementaire intervient de sa propre initiative dans l'ensemble de son champ de compétences, le « législateur juridictionnel » intervient aux seules fins de contrôler la conformité à la Constitution formelle les dispositions législatives édictées par le législateur parlementaire sur requête des organes externes qualifiés. Il s'agit bien, peut-on dire, dans les deux cas, de législation pour autant que l'acte produit modifie l'état de l'ensemble des normes formellement législatives. Il s'ensuit que si on ne vise que les catégories normatives affectées par une production normative, il n'est pas possible de distinguer « législateur » et « juge », aussi peu d'ailleurs qu'il serait possible de distinguer l'administration — ou l'exécutif, si

(7) Certaines cours constitutionnelles et notamment la Cour constitutionnelle autrichienne sont en effet obligées de se saisir elles-mêmes de l'examen d'une disposition législative si et seulement si, au cours d'une autre procédure, c'est à dire surtout d'un recours en inconstitutionnalité contre un acte administratif, des doutes apparaissent en regard à la conformité des normes législatives constituant le fondement de l'acte administratif. Même si c'est bien la Cour qui encadre elle-même la procédure, la différence avec une initiative parlementaire ou gouvernementale-parlementaire est triple : la Cour n'est pas simplement habilitée mais aussi obligée de se saisir sous ces conditions suffisantes et nécessaires, elle est strictement limitée à l'examen de la question préjudicielle et surtout cette saisine est secondaire par rapport à une affaire pour laquelle la Cour a été saisie par un organe externe.

on préfère cette appellation — et le « juge » et ainsi de suite pour tout autre forme normative. L'argument selon lequel un juge ne saurait contrôler le législateur parce qu'un juge serait par nature un « applicateur » de la loi, s'effondre ainsi comme purement idéologique. Il n'en demeure toutefois pas moins que l'intervention dans le domaine de la loi formelle résulte en chaque cas de modalités différentes, selon les paramètres de l'organisation, de la désignation, de la compétence et enfin des conséquences de l'édiction d'un acte fautif. Si on veut appeler le premier mode d'intervention « législation positive », on appellera le deuxième « négatif » (8). C'est le fameux argument développé par Kelsen en vue de résumer par une formule frappante la différence entre le législateur parlementaire et le législateur juridictionnel qui n'agit que pour annuler, le cas échéant, les dispositions inconstitutionnelles.

Le travail de M. Behrendt est l'un des rares à s'attaquer directement à cette question sur le terrain même où Kelsen la développe. Il semble bien que la fameuse conception de Kelsen ne dit guère que le juge constitutionnel n'intervienne que pour annuler, mais surtout que sa fonction législative est strictement déterminée et soumise à l'exigence de motivation en vue de montrer que la décision n'est rien que l'application des normes constitutionnelles positives.

La thèse du *législateur négatif*, même revue de la sorte, s'expose pourtant à plusieurs difficultés. Elle vise tout d'abord un idéal-type qui peut ou peut ne pas exister selon les dispositions du droit positif considéré. Et de ce point de vue, elle ne constitue qu'une variante possible, celle qui est la plus restrictive et par conséquent la plus conforme à l'idée que le juge ne devrait qu'éliminer sur le mode de

(8) Kelsen, quant à lui, s'attaque au vicié argument selon lequel le juge ne pourrait être juge de la constitutionnalité de la loi parce qu'il est *juge* — donc « applicateur » de la loi — et parce qu'en même temps il exercerait une fonction *législative* — et donc produirait la loi. « Que cette différence — dit-il dans la version allemande de son article sur la justice constitutionnelle (« Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit », in : *Verhandlungen der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1929, pp. 30-88) — n'est nullement une différence essentielle et que le législateur parlementaire peut très bien édicter des normes individuelles peut être laissé de côté. Si l'on attribue à une juridiction l'habilitation d'annuler une loi, alors on l'habilite à édicter une norme générale, car l'annulation d'une loi a le même caractère général que l'édiction de la loi. L'annulation n'est que l'édiction avec un signe négatif. L'annulation de la loi est donc en même temps fonction législative et juridiction d'annulation de la loi : il s'agit bien d'un organe du pouvoir législatif. Il y a toutefois pour Kelsen une distinction essentielle, alors que le législateur parlementaire est rarement lié par des restrictions contraignantes, «... le législateur négatif est quant à lui essentiellement déterminé par la Constitution. Et c'est justement en cela que sa fonction ressemble le plus à celle des juridictions ; elle est en premier lieu application du droit et en ce sens authentique justice (*Gerichtsbarkeit*) ».

la cassation ce que le législateur parlementaire aurait produit en contradiction avec les exigences de la constitution. Mais au-delà de cette limite inférieure, on peut envisager d'autres alternatives élargissant le spectre des compétences juridictionnelles, aussi longtemps qu'elles ne se confondent pas purement et simplement avec celles du législateur parlementaire. De ce point de vue, il serait préférable de parler de *législateur juridictionnel correctif*, le *législateur juridictionnel négatif* n'en étant alors qu'un cas particulier. Rien n'empêche en effet le constituant et le législateur concrétisant ses exigences, d'attribuer des compétences plus larges à l'organe de contrôle. Au lieu d'être strictement négatif, son habilitation pourrait s'étendre jusqu'à la substitution d'une norme conforme à la norme non-conforme, tout comme une cour d'appel ou une cour suprême non limitée à la simple cassation peut modifier l'arrêt rendu par l'instance inférieure et lui substituer une autre solution, conforme — en tout cas selon cette juridiction supérieure — au droit en vigueur. On peut ici imaginer toute espèce de gradation aussi longtemps que le juge demeure tant obligé de justifier sa décision que limité par une saisine externe et visant un acte déjà produit par le législateur parlementaire. Le législateur juridictionnel correctif pourrait ainsi être conçu comme un organe qui, s'il est saisi, pourrait, selon une échelle de degrés, amender la législation fautive. Cela irait du simple rappel des normes constitutionnelles en passant par la détermination d'un cadre de plus en plus étroit pour les solutions constitutionnelles correctes (que pourrait adopter le législateur parlementaire chargé de corriger lui-même la norme fautive annulée) jusqu'à l'imposition d'une solution substitutive unique (9). Dans la mesure où la compétence du juge augmente, celle du Parlement diminue. Dans le cas limite, toute disposition non-conforme habiliterait le législateur juridictionnel à une concrétisation substitutive définitive que le législateur parlementaire ne pourrait plus modifier (10).

(9) Un *gouvernement juridictionnel* au sens strict serait alors mis en place si l'on élimine également les autres restrictions et habilite le juge à adopter une législation à partir de sa propre initiative. Théoriquement, c'est évidemment parfaitement envisageable, et poserait simplement le problème de la distribution des compétences entre ces deux (ou plusieurs) législateurs, par exemple selon la structure de la compétence concurrente, ce qui interdirait au Parlement d'intervenir dans des domaines où le législateur juridictionnel serait déjà devenu actif. La différence entre les deux législateurs se réduirait, sans disparaître, au mode de désignation, de procédure et à cette différence en termes de compétences.

(10) Il s'ensuit que dans ce modèle extrême, et toutes choses égales par ailleurs, seul le juge lui-même pourrait réformer sa législation.

Mais par ailleurs ce cadre théorique est nécessaire à la compréhension des différents systèmes de justice constitutionnelle, tels que les prévoit le droit positif des différents pays ayant introduit un contrôle de constitutionnalité. Les systèmes connaissant un contrôle *a posteriori*, et c'est le cas de la grande majorité, sont en effet confrontés au problème de l'impréparation du législateur à une annulation pure et simple et les constitutions préférèrent, avec plus ou moins de clarté et de détails, permettre à la Cour de ne pas laisser un domaine sans règles dès lors que les solutions de remplacement exigent des travaux parfois fort complexes. Ainsi, la thèse de Kelsen aurait été fautive dès 1920, puisque le système autrichien prévoyait dès l'introduction de ce premier système en Europe, et notamment en matière de délai de sortie de vigueur, des interventions qui n'étaient guère assimilables à une pure annulation (11). Ayant la possibilité de moduler la sortie de vigueur dans le temps, puis celle de décider de la rentrée en vigueur des dispositions abrogées par la loi jugée inconstitutionnelle, puis enfin celle de maintenir les effets de la loi pourtant inconstitutionnelle jusqu'à l'expiration du délai imparti, la Cour constitutionnelle autrichienne était déjà un législateur juridictionnel correctif et non un simple législateur juridictionnel négatif (12). Son pouvoir discrétionnaire n'est guère négligeable, mais elle ne peut pas imposer des normes dont elle aurait elle-même élaboré le contenu. Une nouvelle étape sera

(11) Dès la rédaction originale du 1er octobre 1920, l'article 140, alinéa 3 de la Loi constitutionnelle fédérale était ainsi rédigé :

« La décision par laquelle la Cour annule une loi comme inconstitutionnelle oblige le Chancelier fédéral ou le Gouverneur du Land intéressé de publier immédiatement l'annulation. Celle-ci entre en vigueur au jour de la publication, à moins que la Cour ne fixe un délai pour la sortie de vigueur de la loi annulée. Ce délai ne peut excéder six mois ».

Ce dispositif a connu plusieurs modifications. Les règles respectives se trouvent aujourd'hui aux alinéas cinq et suivants. Voici le texte :

« 5) (...) Le délai ne peut dépasser dix-huit mois; 6) Si la décision de la Cour annule une loi, les dispositions qui avaient été abrogées par la loi reconnue comme inconstitutionnelle rentrent en vigueur, à moins que la Cour n'en dispose autrement. La publication de l'annulation doit également dire si et quelles dispositions rentrent à nouveau en vigueur; 7) Si une loi a été annulée ou si la Cour a statué qu'une loi avait été inconstitutionnelle, toutes les juridictions et toutes les autorités administratives sont liées par le dispositif de la décision de la Cour. Pour les cas réalisés avant l'annulation, à la seule exception de celui qui avait occasionné l'annulation, la loi demeure cependant applicable, à moins que la Cour n'en dispose autrement dans sa décision d'annulation. Si la Cour a fixé un délai dans sa décision d'annulation selon l'alinéa cinq, la loi demeure applicable à tous les cas réalisés jusqu'à l'expiration du délai, à la seule exception du cas ayant occasionné l'annulation ».

Cf. à propos de ce dispositif, la remarquable étude de Rudolf THURNEL, « Was ist ein außer Kräft gestrichenes Gesetz? », in : *Juristische Blätter* 1984, pp. 26-36 et 92-100.

(12) Il convient d'ajouter que la Cour constitutionnelle autrichienne avait également dès 1920 le pouvoir de se prononcer sur la distribution des compétences législatives entre la Fédération et les *Länder* par une décision ayant valeur de norme formellement constitutionnelle (art. 138, al. 2).

franchise lorsque certains systèmes ou les cours elles-mêmes s'attribueront le pouvoir d'adopter des solutions de substitution et de les rendre obligatoires.

En principe, de telles variantes demeurent conditionnées par l'existence de dispositions constitutionnelles prévoyant une telle extension de la compétence juridictionnelle. On ne la trouvera pas. Ce sont les cours qui procéderont *contra constitutionem* à un élargissement progressif de leurs pouvoirs. Par ailleurs, la délimitation n'est pas toujours aisée. S'agit-il effectivement de nouvelles compétences, de décisions *ultra vires*, ou simplement d'une interprétation qui se contente d'énoncer les normes que le droit constitutionnel contient déjà ? En toute hypothèse, il conviendra de se demander avec précision quel est le statut de décisions juridictionnelles outrepassant les compétences explicites et imposant des normes au législateur au-delà du respect de la constitution par cassation de dispositions non-conformes. Cette question reste à traiter et elle dépend dans chaque cas du système des catégories normatives et des compétences juridictionnelles dans le droit positif considéré. Le fait que de telles injonctions ne soient pas explicitement interdites n'est évidemment pas, toutes choses égales par ailleurs, une habilitation générale à l'adresse des organes de produire toutes les normes dont la Constitution ne leurs auraient pas interdit l'édition. L'habilitation à la production normative ne se comporte pas comme une simple permission d'agir puisqu'elle entraîne à son tour des obligations, des interdictions et des permissions.

Au regard de ces difficultés, il s'agissait de trouver un terrain d'analyse externe aux querelles abstraites entre des conceptions pour lesquelles tout ce que fait le juge constitutionnel est politique et infondé et celles pour qui tout ce qu'il décide n'est que l'actualisation pure et simple de la Constitution en tant que telle. Trouver ce domaine de l'analyse proprement juridique sans esquisser les problèmes théoriques, c'est ce que M. Behrendt entreprend ici par une démarche préalable et conditionnant largement les recherches futures sur l'évolution de la justice constitutionnelle vers une législation juridictionnelle corrective. Et il convient de mesurer ici tout le parcours accompli.

M. Behrendt a d'abord rendu parfaitement lisible et, partant, positivement discutabile son travail en situant précisément son entreprise dans le contexte de la recherche comparatiste et des

interrogations théoriques et méthodologiques. Il a entrepris avec une rare rigueur de définir exactement les termes introduits. Sa conceptualisation des interférences constitue incontestablement une contribution au droit constitutionnel comparé qu'il sera difficile d'ignorer.

M. Behrendt a recensé l'ensemble des décisions rendues par les juges constitutionnels belge et français. Et si la quantité des documents rendait évidemment impossible l'examen de l'intégralité des jugements de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, il en a extrait les cas significatifs pour son étude en quadrillant très adroitement son terrain.

Ce recensement critique a permis à l'auteur de développer une typologie des décisions dépassant la stricte annulation de dispositions inconstitutionnelles et qu'il qualifie d'« interférences » : « ligne directrice » si le juge entend conditionner une intervention législative qui n'a pas encore eu lieu au respect de certaines exigences, « injonction » s'il s'agit d'une norme applicable à la législation en cours d'examen devant la Cour. Celle-ci peut à son tour revêtir une grande diversité de variantes selon l'intensité de l'intervention.

Monsieur Behrendt a ainsi pu très clairement montrer que la question de l'injonction n'est pas à confondre avec le problème de l'« interprétation conforme » qui constitue également un écart par rapport au modèle du législateur juridictionnel strictement négatif en tant qu'elle permet au juge de procéder implicitement à une annulation partielle de la disposition litigieuse sans élimination de son texte ou même, comme c'est souvent le cas en Italie, de substituer une autre règle à celle produite par le législateur parlementaire, là aussi sans modifier le texte de la disposition contestée proprement dite (13).

Et il est remarquable que le juge allemand développe sans base explicite, si ce n'est sur le fondement de l'habilitation très générale des paragraphes 31, 32 et 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (14), des techniques explicitement prévues par la Constitution autrichienne, notamment en matière d'imposition de délais qui

(13) Cf. pour la doctrine comparatiste française, Thierry DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, (Préface de L. Favreau), Paris Economica, P.U.A.M., 1997.

(14) *BGBI* I 1951, 243, actualisée par *BGBI* du 11 août 1993 (I 1473) ; dernièrement modifiée par l'art. 5, par. 2 de la loi fédérale du 15 décembre 2004 (I 3396).

se divisent en «délai d'abrogation» par lequel la Cour permet encore – en fait, aux autorités administratives et non au législateur lui-même – d'appliquer la loi, et en «délai de sollicitation» indiquant au législateur jusqu'à quand il doit produire une norme conforme à la Constitution.

Il est particulièrement intéressant de noter les différences entre les techniques adoptées par un juge comme la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui dispose de très larges pouvoirs d'intervention lui permettant de moduler la décision d'annulation – en vérité de nullité – par rapport à un juge qui ne peut qu'intervenir *pro futuro* – comme le Conseil constitutionnel français – et pour lequel la différence avec les réserves d'interprétation sera particulièrement difficile à tracer.

Ce que montre également M. Behrendt, c'est le souci de gestion d'un intérêt commun, même au prix de décisions hasardeuses au regard des exigences strictes du droit constitutionnel, auquel se livre le juge et en vue duquel il utilise et renforce son instrumentaire normatif, se forgeant ainsi une compétence générale de préservation du système que se reconnaissait volontiers l'exécutif dans une période plus ancienne. Ainsi lorsque la Cour constitutionnelle fédérale est confrontée au dilemme entre l'obligation de déclarer inconstitutionnelle la législation électorale et la conséquence que la disparition de cette législation entraînerait l'impossibilité d'élire un nouveau Parlement (15). La problématique des interférences montre ainsi, au-delà de l'évolution du législateur juridictionnel correctif vers une position que l'auteur qualifie non sans raison de «législateur-cadre», la mutation du contrôle de constitutionnalité vers une forme de gestion, ou, comme diront certains, de «gouvernance» constitutionnelle qui redessine la distribution des compétences au bénéfice du juge constitutionnel non seulement au détriment du législateur parlementaire, mais aussi et surtout du pouvoir exécutif. Cette évolution montre bien que l'on se trouve effectivement au-delà, et de manière inattendue, de la fameuse querelle entre Schmitt et Kelsen : la question n'est plus de savoir s'il est préférable que le juge ou le Président soit l'arbitre suprême. L'arbitre de la constitutionnalité des lois est assurément, dans les pays analysés, le juge, mais le développement de la technique de

(15) *VerfGE* 16, 130 (22 mai 1963).

l'injonction ne lui a pas seulement permis d'encadrer plus étroitement le législateur parlementaire, il lui a également permis de saisir de compétences que l'ancienne théorie constitutionnelle voyait concentrées dans les organes suprêmes de l'exécutif.

Le travail doctoral de M. Behrendt ouvre ainsi par son exemplaire rigueur, son horizon véritablement comparatiste et son honnêteté intellectuelle, un riche espace de discussion et de recherches futures.

Otto PRERSMANN

UNIVERSITÉ DE PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. — Il est révolu le temps où «le contrôle de constitutionnalité des lois était en droit public ce que le western et la comédie musicale étaient au cinéma, une spécialité américaine» (1). La compétence du juge constitutionnel de déclarer des normes législatives non conformes à la Constitution a fait l'objet d'un abondant traitement par la littérature européenne de droit constitutionnel. Ce constat peut être émis non seulement pour les pays qui feront l'objet de nos recherches, mais de manière *générale*, indépendamment d'un ordre juridique déterminé.

C'est ainsi que la doctrine a relevé que la déclaration de non-conformité d'une norme n'entraîne pas nécessairement son invalidation; elle s'est intéressée à la différence entre non-conformité *totale* et *partielle* et a examiné la question de savoir si la norme invalidée est ou non *séparable* du reste du texte législatif. Elle s'est également penchée sur le problème *des effets dans le temps* d'une invalidation, qui peut opérer *ex nunc* ou *ex tunc*. Dans la même veine, elle a analysé les rapports entre invalidation des lois et *principe de confiance législative*, en tentant de les concilier (2); elle a aussi abordé le problème de la *protection juridictionnelle provisoire*, c'est-à-dire des situations où l'application d'une norme législative est *suspendue* en attendant la décision finale qui statue sur sa constitutionnalité.

2. — Mais si tous ces problèmes ont déjà été largement traités, l'intégralité des travaux qui leur sont consacrés portent, d'une manière ou d'une autre, sur l'incidence des décisions du juge constitutionnel sur des normes législatives *déjà existantes* : quand on évoque la distinction

(1) J. FRYHO, «Rapport de synthèse», in : *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du colloque tenu à Aix-en-Provence du 19 au 21 février 1981, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1982, 518. — Pour une comparaison entre les modèles européen et américain de justice constitutionnelle, voy. notamment L. FAVOREU, «Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle», *AJIC*, 4 (1988), 51-66, G. NOZRE, «European and US constitutionalism : comparing essential elements», in *European and US Constitutionalism*, Cambridge, CUP, 2005, 3-20, et M. ROSENFELD, «Constitutional adjudication in Europe and the United States : paradoxes and contrasts», in *même ouvrage*, 197-238.

(2) Ceci peut notamment se faire en permettant au juge constitutionnel de déterminer une date à partir de laquelle sa décision déploie ses effets, afin de ne pas remettre en cause des situations juridiques existantes. Une telle possibilité a notamment été prévue en Belgique par l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989 (*Monsieur belge*, 7 janvier).

entre non-conformité partielle ou totale, on analyse des normes législatives existantes; quand on s'interroge si une disposition législative est séparable d'une autre, on compare deux normes existantes; quand on discute des effets dans le temps d'une annulation, on recherche en définitive la date à laquelle une norme existante cesse d'avoir des effets en droit; enfin, quand on fait référence au mécanisme de la protection constitutionnelle *ad interim*, on évoque la possibilité de suspendre l'application d'une norme législative déjà existante.

Or, l'effet des décisions du juge constitutionnel ne se limite pas nécessairement aux seules normes législatives qui ont déjà été édictées mais peut aussi opérer *ad futurum*, c'est-à-dire peut avoir une incidence sur l'adoption ou sur le contenu de normes législatives que le Pouvoir législatif n'a pas encore produites.

3. — Il peut à première vue paraître insolite de consacrer un travail scientifique à une telle problématique : est-il bien sérieux d'examiner l'effet de décisions du juge constitutionnel sur des normes qui n'existent pas encore? Car l'objectif est bien de présenter une étude de droit constitutionnel positif et non un recueil d'oracles de la Pythie de Delphes.

Afin d'immédiatement dissiper ces doutes, nous voudrions donner des illustrations concrètes du phénomène qui fera l'objet de nos recherches. Pour ce faire, nous avons choisi quatre décisions de justice constitutionnelle — deux françaises, une belge et une allemande. Dans chacune d'entre elles, on peut observer que la décision du juge constitutionnel n'a pas seulement une incidence sur la norme qui lui est soumise mais qu'elle exerce également un effet sur l'activité future du législateur, c'est-à-dire sur le contenu de normes législatives que celui-ci n'a pas encore édictées. L'on constatera par ailleurs que l'intensité de l'effet augmente graduellement de la première à la quatrième décision.

3.1. — Débutons par une illustration française. Une décision du Conseil constitutionnel en date du 29 décembre 1983 comporte les considérants suivants :

« Considérant que l'article 89 [de la loi soumise au Conseil] permet à certains agents de l'administration des impôts spécialement habilités à cet effet de procéder, assistés d'un officier de police judiciaire, à des investigations comportant des perquisitions et des saisies pour la recherche des infractions en matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires, à la condition d'y être autorisés par ordonnance du président du Tribunal de grande instance ou du juge d'instruction qu'il a désigné pour le suppléer; que ces opérations doivent

être effectuées en présence de l'occupant des lieux ou du représentant qu'il aura été invité à désigner par l'officier de police judiciaire ou, à défaut, de deux témoins requis par ce dernier en dehors des personnes relevant de son autorité ou de celle de l'administration fiscale; que ces témoins doivent signer le procès-verbal de saisie; que la visite d'un lieu servant exclusivement à l'habitation doit faire l'objet d'une autorisation spéciale du juge;

Considérant que, selon les (...) auteurs de la saisine, l'article 89 est rédigé de façon imprécise et générale en ce qui concerne la nature des infractions poursuivies et les pouvoirs qu'il confère aux agents de l'administration des impôts; qu'en outre, il laisse les perquisitions qu'il prévoit à la discrétion de fonctionnaires qui peuvent y procéder alors même qu'il n'existe aucun indice d'infraction; que, par suite, ils estiment ces dispositions contraires à la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la garde à l'autorité judiciaire; (...)

Considérant (...) que, si les nécessités de l'action fiscale peuvent exiger que des agents du fisc soient autorisés à opérer des investigations dans des lieux privés, de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects et notamment celui de l'inviolabilité du domicile; que l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent;

Considérant que, quelles que soient les garanties dont les dispositions de l'article 89 entourent les opérations qu'elles visent, ces dispositions ne précisent pas l'acceptation du terme infraction qui peut être entendu en plusieurs sens et ne limitent donc pas clairement le domaine ouvert aux investigations en question; qu'elles n'assignent pas de façon explicite au juge ayant le pouvoir d'autoriser les investigations des agents de l'administration la mission de vérifier de façon concrète, le bien-fondé de la demande qui lui est soumise; qu'elles passent sous silence les possibilités d'intervention et de contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations autorisées; qu'enfin, elles n'interdisent pas une interprétation selon laquelle seules les visites effectuées dans des locaux servant exclusivement à l'habitation devraient être spécialement autorisées par le juge de telle sorte que, a contrario, les visites opérées dans d'autres locaux pourraient donner lieu à des autorisations générales;

Considérant qu'ainsi, pour faire pleinement droit de façon expresse tant aux exigences de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile qu'à celles de la lutte contre la fraude fiscale, les dispositions de l'article 89 auraient dû être assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive et ne sauraient dès lors en l'état, être déclarées conformes à la Constitution.» (3)

(3) CC, décision 164 DC du 29 décembre 1983 (GD, n° 34, *Perquisitions fiscales*), Rec., 72-73. C'est nous qui soulignons. On se permettra de signaler une erreur de citation tout à fait regrettable dans une contribution du professeur D.G. LAVROFF : au lieu d'écrire « les dispositions de l'article 89 auraient dû être assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive », cet auteur fait dire au Conseil constitutionnel « la loi devra prévoir un ensemble de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive » (D.G. LAVROFF, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », *Mélanges en l'honneur du professeur Gaston Périer*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1983, 352). Cet exemple est précieux pour notre étude parce que celle-ci vise notamment à

3.2. – Une autre décision du Conseil, rendue vingt ans plus tard, relève notamment :

« Considérant que, compte tenu de leurs compétences, de leur place dans l'organisation décentralisée de la République et de leurs règles de composition et de fonctionnement, l'Assemblée de Corse et les conseils régionaux ne se trouvent pas dans une situation différente au regard de l'objectif inscrit au cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, qu'aucune particularité locale, ni aucune raison d'intérêt général, ne justifie la différence de traitement en cause, qu'ainsi, celle-ci est contraire au principe d'égalité;

Considérant, toutefois, que le Conseil constitutionnel ne pourrait mettre fin à cette rupture d'égalité qu'en censurant les nouvelles dispositions de l'article L. 346 du code électoral, qu'une telle censure méconnaîtrait la volonté du constituant de voir la loi favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives;

Considérant, que, dans ces conditions, l'article 9 de la loi déferée ne peut être déclaré contraire à la Constitution, qu'il appartendra à la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse de mettre fin à cette inégalité. » (4)

3.3. – Dans un arrêt du 19 janvier 2005, le juge constitutionnel belge énonce :

« [L]e législateur (...) a méconnu le principe d'égalité en établissant deux catégories de procédures dont l'une ne comporte pas de garanties de consultation et d'impartialité suffisantes.

Le moyen est fondé (...).

Pour éviter l'insécurité juridique qui naîtrait du caractère rétroactif de l'annulation, notamment à l'égard des personnes qui ont introduit une demande de permis en se fiant à la réglementation critiquée, et afin de permettre au législateur (...) d'adopter une nouvelle réglementation, il convient, en application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, de maintenir les effets des dispositions annulées jusqu'au 31 décembre 2005. » (5)

3.4. – On peut enfin lire dans une décision du juge constitutionnel allemand, rendue le 18 novembre 2003 (6) :

« Le recours constitutionnel est fondé, dans la mesure où il est (...) dirigé contre le paragraphe 14, alinéa 1^{er}, première phrase, de la loi portant des mesures de protection pour les femmes enceintes' [*Mutterschutzgesetz*]. (...)

démontrer que des énoncés tels « le législateur aurait dû » sont parfois susceptibles de signifier « le législateur devra ». On peut penser que ce soit justement cette signification sous-jacente du considérant du Conseil constitutionnel qui ait amené l'auteur à commettre l'erreur de citation sus-mentionnée.

(4) CC, décision 468 DC du 3 avril 2003, considérants 26-28. C'est nous qui soulignons.

(5) CA, arrêt 11/2005 du 19 janvier 2005, considérants E.5.5., alinéa 2, E.6. et E.8. C'est nous qui soulignons.

(6) Et notamment mentionnée par M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2003 », *RDP*, 2004, 1631-1659, loc 1650-1651.

Le paragraphe 14, alinéa 1^{er}, première phrase, de la loi portant des mesures de protection pour les femmes enceintes' est (...) incompatible avec l'article 12, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale. Ce constat n'entraîne cependant pas la nullité de la disposition, comme l'exige en principe le paragraphe 95, alinéa 3, alinéa 1^{er}, de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale. En effet, lorsque plusieurs voix s'offrent au législateur pour mettre fin à une inconstitutionnalité, la Cour se borne à simplement constater l'incompatibilité de la norme avec la Loi fondamentale. (...) Le législateur est obligé d'édicter une réglementation conforme à la Constitution pour le 31 décembre 2005 au plus tard. En attendant cette intervention, l'ancienne disposition demeure applicable. » (7)

4. – Dans ces quatre cas de figure, on peut relever une sorte d'« effet directeur *ad futurum* », c'est-à-dire une *incidence de la jurisprudence constitutionnelle sur l'activité normative future du législateur*. Les quatre décisions du Conseil constitutionnel, de la Cour d'arbitrage et de la Cour constitutionnelle fédérale, alors qu'elles ont été rendues à propos de normes déjà existantes, ont donc un impact sur le contenu de dispositions qui *n'ont pas encore été produites*.

5. – Il nous importe beaucoup de souligner le caractère exclusivement juridique de notre étude. L'incidence juridique des décisions du juge constitutionnel sur l'activité du législateur doit être soigneusement distinguée de leur incidence simplement factuelle, ou politique. Il ne suffit dès lors pas d'isoler des manifestations de l'effet directeur *ad futurum* des décisions de justice constitutionnelle, il faut encore démontrer qu'il est généré par l'application d'une tech-

(7) BVerfG, décision du 18 novembre 2003, *BVerfGE* 109, 64 (84 et 95). C'est nous qui soulignons. – La traduction d'un texte juridique, *a fortiori* celle d'un simple passage sorti de son contexte est un exercice délicat. Pour ce qui est de la Cour constitutionnelle allemande, cette difficulté est encore accrue par la richesse de la terminologie juridique allemande et l'art de la formule, fine et dense, dont fait montre cette juridiction. C'est ainsi que l'on est amené à effectuer des arbitrages entre une traduction littérale, méthode très proche du texte mais parfois incapable de véhiculer l'intégralité du sens de la décision, et une traduction en quelque sorte « téléologique », méthode davantage détachée des mots, mais plus fidèle aux idées. Afin de garantir l'authenticité de nos recherches, la traduction française sera dans la suite systématiquement accompagnée de la version originale en langue allemande, qui figurera en bas de page. En l'occurrence, celle-ci porte :

[Die Verfassungsabwende ist, soweit sie sich (...) gegen § 14 Abs. 1, Satz 1 MuSchG richtet, begründet. (...)]

§ 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist (...) unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG. Dies führt jedoch nicht gemäß § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG zur Nichtigkeit der Regelung. Hat der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten, den Verstoß zu beseitigen, trägt das Bundesverfassungsgericht dem in der Weise Rechnung, dass es die verfassungswidrige Norm nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt. (...) Der Gesetzgeber hat bis zum 31. Dezember 2005 eine verfassungskonforme Regelung zu treffen. Bis zu einer Neuregelung bleibt es beim bisherigen Recht. »

nique *juridique*. Tel est le cas lorsque la production d'une nouvelle norme par le législateur (ou l'abstention de produire une telle norme) est juridiquement conditionnée (8) ou demandée (9) par une décision du juge constitutionnel.

6. — On ne se trouve pas forcément en présence d'un phénomène juridique chaque fois que le législateur adapte la réglementation existante pour mettre celle-ci en conformité avec la jurisprudence du juge constitutionnel. Des cas de figure dans lesquels la jurisprudence du juge constitutionnel a une incidence purement factuelle sur l'activité normative du législateur viennent aisément à l'esprit. Tel est notamment le cas

— lorsque les électeurs, après l'invalidation d'une loi, mettent le législateur sous pression pour qu'il retire des normes similaires sur lesquelles le juge constitutionnel n'a pas été appelé à se prononcer (et desquelles il ne pourrait peut-être même plus connaître (10));

— lorsqu'une loi promise au cours d'une campagne électorale est votée mais ensuite invalidée pour un simple motif de procédure; en raison de sa promesse, le législateur se sentira peut-être «obligé», au sens factuel, de recommencer la procédure législative et de faire revoter une telle loi (11);

— ou, pour prendre un exemple tiré du dualisme politique belge, lorsque dans un compromis entre partis néerlandophones et francophones deux lois sont votées ensemble, le même jour, l'une conditionnant politiquement l'autre. Si le juge constitutionnel en censure une, tout en attestant de la constitutionnalité de l'autre,

(8) Voy. *supra*, la première décision du juge constitutionnel français : la Haute instance informe le législateur que *s'il* veut obtenir une déclaration de conformité des dispositions législatives en question, il doit les assortir «de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive».

(9) Voy. *supra*, les décisions du juge constitutionnel belge et allemand. La Cour d'arbitrage fait état du devoir pour le législateur «d'adopter une nouvelle réglementation», et la Cour constitutionnelle allemande relève que «le législateur est obligé d'édicter une réglementation conforme à la Constitution pour le 31 décembre 2005 au plus tard». C'est nous qui soulignons. (10) On peut penser à la situation en France où les normes législatives déjà promulguées ne peuvent être mises en cause devant le Conseil constitutionnel. En Belgique, on songera aux normes législatives qui portent assentiment à certains traités internationaux; passé un certain délai, elles ne sont plus susceptibles d'être invalidées. Enfin, en Allemagne, on relèvera que la voie du *recours constitutionnel* (*Verfassungsbeschwerde*) n'est ouverte que pendant un certain laps de temps. Nous reviendrons sur toutes ces questions procédurales *infra*, au titre 2 de la première partie.

(11) Même si une obligation juridique en ce sens fait défaut (tout comme parfois le respect de promesses électorales...).

l'incidence de la décision sur la loi déclarée constitutionnelle, fût-elle purement factuelle, sera singulièrement efficace (12).

De telles hypothèses demeurent exclues de notre étude; nous nous intéresserons en effet aux seules manifestations *juridiques* de l'influence *ad futurum* de la jurisprudence du juge constitutionnel (13).

7. — Nous désignerons par le terme «*interférence*» cette *incidence juridique de décisions juridictionnelles sur le contenu de normes qui n'ont pas encore été produites*. Il s'agit là d'une notion purement technique dont la portée s'écarte de ses significations courantes (14). Sa création est cependant indispensable parce que nous ne pouvons nous baser sur aucune notion préexistante qui serait en mesure de fidèlement refléter le phénomène en question; celui-ci inclut non seulement l'hypothèse où les décisions du juge constitutionnel incitent ou obligent le législateur à produire des normes nouvelles dotées de tel ou tel contenu, mais aussi le cas où elles l'incitent ou obligent à édicter des règles qui n'ont *justement pas* telle ou telle portée. Seul le terme «*interférence*» semble suffisamment général et abstrait pour englober toutes ces possibilités : on peut aisément parler d'*interférences positives et négatives* (15).

8. — *La notion d'interférence*, dans l'acception que nous venons de lui donner, *constitue le concept-clef de notre travail*. La détermination de sa portée exacte — opération primordiale — nécessitera un certain nombre de développements que nous aborde-

(12) Cette hypothèse n'a rien de surréaliste et a failli se produire à propos des deux lois spéciales du 13 juillet 2001, l'une «portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés» (demandée par la classe politique néerlandophone) et l'autre «portant refinancement des communautés et extension des compétences fiscales des régions» (avant tout favorable aux intérêts francophones). Le souci de parallélisme d'ailleurs été poussé jusqu'à faire coïncider, de manière croisée, leur vote final au Parlement : quand l'une était à l'ordre du jour à la Chambre des Représentants, l'autre l'était au Sénat, et *vice versa*; elles ont ensuite été publiées le même jour au *Monsieur belge* (3 août). L'une comme l'autre a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'arbitrage, qui a cependant conclu à la constitutionnalité des deux lois (à une petite exception près) : voy. C.A. arrêts 35/2003 du 25 mars et 36/2003 du 27 mars 2003.

(13) Soulignons à cet égard que la possibilité que les décisions du juge constitutionnel puissent avoir une incidence juridique sur l'activité normative future du législateur n'est pas infirmée par le fait que le juge constitutionnel est nécessairement saisi à propos de dispositions législatives déjà existantes (il serait bien évidemment absurde d'imaginer qu'un acte de saisine puisse être dirigé contre une norme qui n'existe pas encore). De la circonstance que *la saisine* est nécessairement dirigée contre une norme existante, il ne s'ensuit pas que *la décision du juge constitutionnel* ne puisse avoir d'incidence juridique sur les seules normes existantes; il s'agit là de deux questions logiquement indépendantes.

(14) La même remarque vaut pour le verbe «*interférer*».

(15) Sur cette distinction, voy. *infra*, n° 101-103.

rons plus loin (16). En attendant, nous nous tiendrons à la *definitio ad interim* que nous venons de présenter; elle sera ultérieurement remplacée par une version plus élaborée.

Nos travaux portent dès lors sur *l'interférence* — au sens technique du terme — *du juge constitutionnel* (17) avec *l'activité normative du législateur* (18). Ainsi que nous le verrons plus loin (19), le concept d'*interférence* se distingue clairement d'une autre notion théorique de droit constitutionnel, bien connue en France: celle des *réserves d'interprétation*.

*
*
*

9. — Malgré sa grande actualité et son intérêt toujours croissant, le problème des effets juridiques *ad futurum* des décisions de justice constitutionnelle sur l'activité normative du législateur ne semble pas encore avoir fait l'objet d'un travail de recherche approfondi en langue française (20).

Cela ne veut pas dire qu'il serait passé complètement inaperçu dans la littérature francophone. Il est décrit dès 1979 dans une thèse de

(16) Voy. *infra*, titre 4 de la première partie.

(17) L'expression «juge constitutionnel» ne vise naturellement pas un magistrat constitutionnel, personne physique, mais a été choisie par commodité de langage pour désigner la juridiction de la juridiction constitutionnelle (en l'occurrence celle des Cours constitutionnelles française, belge et allemande).

(18) Dans un instant (*infra*, titres 1^{er} et 4 de la première partie), nous examinerons plus en détail les notions contenues dans cet énoncé.

(19) *Infra*, n^{os} 113-115.

L'activité normative a été abordée l'incidence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'activité normative future du Pouvoir exécutif et, du moins en filigrane, de l'Autorité judiciaire. Sur ces points, voy. F. RUEDA, *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel. Les exemples français, allemand et espagnol*, thèse (Toulouse, 1998), Paris, LGDJ, 2000, 404 pages, et Th. REXOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel jurisprudentiel*, thèse (Aix-Marseille III, 1992), Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1994, spécialement le titre 1^{er} de la seconde partie, intitulé «La procédure suivie devant l'autorité judiciaire», 333-432. — Si Frédéric RUEDA analyse dans sa thèse l'incidence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le contenu de normes législatives futures (15-35) — ce qui relève parfaitement de notre sujet de recherche — elle n'y voit cependant fort inopportunité qu'un «contrôle indirect du pouvoir exécutif» au motif que la plupart des normes législatives sont d'inspiration gouvernementale. Une telle vue est inappropriée: d'une part, les normes dédicées par le Pouvoir législatif ne perdent pas leur caractère de loi par cela seul qu'elles ont pour origine une idée de l'exécutif; d'autre part, un tel raisonnement conduit à réserver un sort identique aux normes constitutionnelles qui sont susceptibles d'également se fonder sur une inspiration gouvernementale. Or, suivre l'argumentation de l'auteur revient alors à admettre — ce qui paraît hardi — que lorsque le constituant révisé la Constitution afin d'outrepasser une décision du Conseil constitutionnel (ce qui est arrivé trois fois sous la V^e République), le Conseil constitutionnel exerce une influence indirecte sur le Pouvoir exécutif. Une telle perception nous semble tout simplement intenable.

doctorat consacrée à la jurisprudence *allemande* (21) et le doyen Louis FAVOREU le mentionne en 1986 pour la première fois, semble-t-il, à propos du droit constitutionnel *français* (22). La même année, une autre contribution française en fait également état (23) et deux ans plus tard, le professeur Franck MODERNE publie un article remarqué sur les réserves d'interprétation du juge constitutionnel français dans lequel il aborde le problème des effets *ad futurum* des décisions du Conseil constitutionnel (24). Trois ans plus tard, en 1989, le phénomène est implicitement évoqué dans une thèse de doctorat consacrée à l'exécution des décisions du Conseil constitutionnel (25). À nouveau sept ans plus tard, un disciple de FAVOREU le désigne de manière explicite dans une autre thèse, en soulignant son existence et son traitement doctrinal en droit constitutionnel *italien* (26). En 1998, un jeune auteur consacre expressément plusieurs pages d'une thèse de doctorat à l'étude de ce problème en droit constitutionnel *français* (27). La possibilité que les décisions du Conseil constitutionnel puissent développer un effet *ad futurum* est par ailleurs admise par les traités généraux de droit constitutionnel depuis les années quatre-vingt-dix, même s'il faut relever que ceux-ci ne lui réservent guère davantage qu'un traitement sommaire en une ou deux pages (28). En

(21) J.-C. BÉGIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, thèse (Dijon, 1979), Paris, Economica, 1982, spécialement 233, 237, et 266-289 et 293.

(22) L. FAVOREU, «La décision de constitutionnalité», *R/D/C*, 1986, 611-633, spécialement 624-626.

(23) J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, «Les partenaires du Conseil constitutionnel ou De la fonction interpellatrice des juges», *contribution précitée*, 673-676.

(24) F. MODERNE, «La déclaration de conformité sous réserve», in: *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Actes de la Journée d'études du 13 mars 1987, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 93-118, spécialement 111.

(25) G. DRACO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de la constitutionnalité des lois*, thèse (Paris II, 1989), Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1991, 104-109, 132-141, et spécialement 136, où l'auteur décele dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision 181 DC des 10 et 11 octobre 1984) «un véritable appel fait au législateur pour corriger l'inconstitutionnalité».

(26) Th. DI Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*, thèse (Aix-Marseille III, 1996), Aix-en-Provence et Paris, PUAM et Economica, 1997, 19 (et note 49) ainsi que 276 (et note 593).

(27) A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse (Montpellier I, 1998), Paris, LGDJ, 1999, spécialement le point C dénommé «Les cas des injonctions à l'égard du législateur» (80-84) de la section intitulée «La nature directive des réserves d'interprétation» (74-92).

(28) Voy. P. AVRIL et J. GICQUEL qui affirment que la jurisprudence du Conseil constitutionnel opère parfois selon le modèle d'une «censure constructive» (*Le conseil constitutionnel*, 4^e édition, Paris, Montchrestien, 1998, 121), G. DRACO qui relève que le Conseil constitutionnel connaît la technique des réserves d'interprétation «directives» et que celles-ci peuvent notamment être adressées au législateur (*Constitution constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, 417-419) et D.G. LAVROFF qui estime que la jurisprudence du Conseil constitutionnel contient des réserves

revanche, une étude parue en 2004 le désigne plus explicitement, en relevant qu'

«[o]n est (...) conduit de plus en plus souvent à se demander si le Conseil [constitutionnel] n'interfère pas en fait avec le processus législatif lui-même. (...) L'une des évolutions significatives l'amène (...) semble-t-il à de plus en plus à dispenser un certain nombre de prescriptions ou de conseils au législateur» (29).

À propos du droit français, il convient par ailleurs de faire état d'une contribution rédigée par l'une des figures les plus éminentes du droit constitutionnel suisse, le professeur Jean-François AUBERT. Celui-ci s'attache à dégager des *parallèles* entre les jurisprudences constitutionnelles *italienne*, *allemande* et *française* et à montrer que le phénomène des «directives au législateur» – terme utilisé par l'auteur – est non seulement présent en Italie et en Allemagne mais également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (30).

En *Belgique*, le problème des effets *ad futurum* de la jurisprudence constitutionnelle sur l'activité du législateur est évoqué dans une étude de 1995 dans laquelle le doyen Henri SIMONART et David RENDERS le mettent fort opportunément en évidence à propos de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (31). Cette réflexion est prolongée dans une contribution tout à fait récente, rédigée par trois auteurs néerlandophones (32).

Enfin, dans la doctrine constitutionnelle *allemande*, le point a déjà fait l'objet d'un important débat au titre duquel il convient avant tout de nommer quatre contributions fondamentales rédigées dans les

d'interprétation «directives ou injonctives» qui peuvent notamment avoir pour destinataire le législateur (*Le droit constitutionnel de la V^e République*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 1999, 239-240). On notera cependant l'approche plus prudente de D. ROUSSEAU qui se garde d'explicitement mentionner les réserves d'interprétation directrices adressées au législateur (*Droit du contentieux constitutionnel*, 6^e édition, Paris, Montchrestien, 2001, 156-158).

(29) A. DELCAMP, «Le Conseil constitutionnel et le Parlement», *RTDC*, 2004, 37-83, ici 70 et 71. (30) J.-F. AUBERT, «L'Excelsior du Palais Royal, ou l'imprévisible ascension du Conseil constitutionnel français», in : *Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Bâle et Francfort-sur-le Main, Helbing & Lichtenhahn, 1989, 655-672, spécialement le chapitre intitulé «Toujours plus haut : les directives au législateur», 662-667. Il s'agit là d'un article d'une exceptionnelle qualité, tant du point de vue du fond que du style.

(31) H. SIMONART et D. RENDERS, «La Cour d'arbitrage et les Chambres législatives», et spécialement le chapitre intitulé «La fonction législative et la jurisprudence de la Cour d'arbitrage», in : *Regard croisé sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruyant, 1995, 37-75, spécialement 46-74.

(32) A. GORIS, K. MOYLLIE et M. VAN DER HULST, «Twintig jaar Arbitragehof v. wetgever, van wanbrouwen naar dialoog», *TBP*, 2005, 256-283, et spécialement le chapitre «Het Arbitragehof als helpende hand» (256-258).

années soixante-dix et quatre-vingt (33), deux thèses d'habilitation du début des années 1980 (34) et trois récentes thèses de docteur (35). L'on relèvera par ailleurs l'important discours du professeur Klaus STERN, tenu en 1997 devant l'Académie du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie (36). Si, à ce stade, il est trop tôt pour analyser ces travaux en détail, on peut néanmoins observer qu'ils présentent tous le phénomène de l'interférence du juge constitutionnel comme un *corollaire naturel* – pour ne pas dire nécessaire – d'un contrôle de constitutionnalité élaboré et efficace (37).

10. – Dans le présent travail, nous proposons d'examiner les effets *ad futurum* des décisions du juge constitutionnel dans trois pays, à savoir en France, en Belgique et en Allemagne. L'exclusion de l'Italie est regrettable, au vu de la richesse doctrinale sur ce point en droit constitutionnel italien (38), elle est cependant tant quantitativement que linguistiquement indiquée (39).

* * *

(33) W. RUPP-VON BRUNNECK, «Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?», in : *Festschrift für Gerhard Müller*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1970, 355-378. Chr. PESTALOZZA, «Noch verfassungsmäßige» und «bloß verfassungswidrige» Rechtslagen, Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände», in : *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts [Mélanges en l'honneur de la Cour constitutionnelle fédérale à l'occasion de ses 25 années d'existence]*, tome I, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1976, 519-567. A. GEROSTAS, «Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *DVBJ*, 1982, 486-491, et P. BABURA, «Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen», in : *Staatsorganisation und Staatsfunktionen in Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1982, 481-492.

(34) J. IFFEN, *Rechtsfolgen der Verfassungsmäßigkeit von Norm und Einzelakt*, thèse d'habilitation (Göttingen, 1980). Bade-Bade, Nomos, 1980, 332 pages, spécialement 111-143 et 231-257, et Chr. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, thèse d'habilitation (Hagen, 1983). Berlin, Duncker & Humblot, 1985, 278 pages, spécialement 143-164, 188-213 et 253-260.

(35) M. KLEUER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, thèse (Münster, 1992). Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 196 pages, Chr. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, thèse (Ratisbonne, 1995). Bade-Bade, Nomos, 1996, 273 pages, et Y. CHOI, *Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln*, thèse (Hambourg, 2002), non publiée, 197 pages dactylographées, disponible sur internet à l'adresse www.snb.uni-hamburg.de/disse/637/dissertation.pdf.

(36) K. STERN, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber», in : *Vorträge der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften*, n° G 350, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1997, 7-38, spécialement 19-20 et 35-35.

(37) Nous verrons au terme de notre étude si cette position est fondée : voy. *infra*, conclusion générale, n°s 323-334.

(38) Pour un premier accès à la problématique en droit italien, voy. en ordre chronologique, F. MODUGNO, «Corte costituzionale e potere legislativo», in : *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Actes du colloque tenu à la Faculté de Droit de Florence les 17-19 septembre 1981, Bologne, Il Mulino, 1982, 19-101, G. ZAGREBELSKY, «La Corte costituzionale

11. — Après avoir effectué ce premier tour d'horizon, il faut faire état d'une objection importante, qu'il convient ensuite de réfuter. L'argument qu'on pourrait nous opposer est en effet le suivant :

Il est certes vrai que dans les trois exemples de décisions de justice constitutionnelle que nous venons de reproduire, un effet *ad futurum* de la jurisprudence sur l'adoption et le contenu de normes peut être observé. Or, une analyse de ce phénomène qui se limite exclusivement à la jurisprudence constitutionnelle, ne révèle-t-elle pas une grave méprise sur l'étendue du phénomène ? Ne faut-il pas admettre qu'un effet *ad futurum* peut être généré par toute décision juridictionnelle généralement quelconque et concerner l'activité normative de toute autorité généralement quelconque ? La jurisprudence du juge constitutionnel ne serait donc que la 'pointe de l'iceberg', une infime partie du matériel potentiellement relevant pour nos recherches. En définitive, l'interférence — loin d'être propre à la relation entre justice constitutionnelle et Pouvoir législatif — constituerait donc un phénomène d'une extraordinaire généralité.

À l'appui de cette thèse, une multitude d'exemples pourraient être invoqués, tous avec le même but : démontrer qu'aucun critère pertinent ne permet de limiter notre sujet d'étude à la seule relation entre le juge constitutionnel et le législateur. Qu'il s'agisse de l'incidence d'un arrêt d'une Cour administrative d'appel sur un acte administratif préfectoral, de la répercussion des décisions des juridictions prud'homales sur un contrat de travail, de l'impact de la

e il legislatore», même ouvrage, 103-157, M.C. GRISOLIA, «Alcune osservazioni sulle 'sentenze comandamento' ovvero sul 'potere monitorio' della Corte costituzionale», *Giur cost.*, 1982, I, 826-842, L. PICOVARO, *La Corte e il Parlamento, Senz'altro-Indirizzo e attività legislativa*, Padoue, Cedam, 1987, 363 pages, R. PINARDI, «La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento», *Giur cost.*, 1991, 788-845, A. RUGGERI et G. SILVASTRI, *Corte costituzionale e Parlamento, profili problematici e ricostruttivi*, Milan, Giuffrè, 2000, 333 pages. — De manière plus générale, on consultera sur la Cour constitutionnelle italienne les contributions suivantes en langue française : V. CHISAPULLI, «Le système de contrôle la constitutionnalité des lois en Italie», *RDJ*, 1968, 83-132, G. ROHRHSENEN DI CAMERATA, «Le contrôle juridictionnel des lois en Italie», in : *Attualità di controllo costituzionale dei leggi, Trattato dei Sistemi Journalés d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 97-143, et B. GENAYOIS (trad.), «Cour constitutionnelle italienne», Rapport présenté à la 7^e conférence des Cours constitutionnelles européennes, *ALIC*, 3 (1987), 165-196. L'on n'omettra pas non plus de se référer à l'excellente bibliographie de droit constitutionnel italien établie par Th. DI MANNO, dans sa thèse de doctorat précitée.

(30) Nous ne parlons malheureusement pas l'italien. À notre décharge, on peut signaler que l'analyse des droits français, belge et allemand requiert déjà une connaissance du français, du néerlandais et de l'allemand, à laquelle s'ajoute la nécessité — toujours plus perceptible à l'heure actuelle — d'une maîtrise de l'anglais. Ayant tenté d'au mieux satisfaire à ces exigences, nous avons malheureusement dû 'faire l'impasse' sur l'italien : ce fut non sans regret, mais il y a des limites à tout...

jurisprudence de la Cour de cassation sur la rédaction d'un acte notarié, ou encore de l'incidence d'un arrêt d'une Cour d'appel sur une négociation contractuelle entre particuliers (40), on peut multiplier à l'infini les situations dans lesquelles un effet *ad futurum* de décisions juridictionnelles sur l'activité d'un pouvoir normatif peut être constaté.

12. — L'objection tirée de l'omniprésence des effets *ad futurum* n'est cependant pas pertinente. L'interférence exercée par les juridictions constitutionnelles sur l'activité normative du législateur ne peut être assimilée aux hypothèses dans lesquelles un effet directeur d'une décision juridictionnelle peut être observé. Elle est doublement spécifique, d'une part en raison des normes sur lesquelles elle porte et d'autre part en raison des décisions juridictionnelles dans lesquelles elle se manifeste.

12.1. — L'interférence des décisions de justice constitutionnelle sur l'activité normative du législateur est spécifique en raison des normes sur lesquelles elle porte. De tous les autres organes habilités à produire des normes, le Pouvoir législatif se distingue de manière notable : composé de mandataires élus — les seuls responsables devant la Nation (41) —, investi du monopole de la représentation nationale, il édicte des normes générales et abstraites (42) qui seules peuvent prétendre à exprimer la volonté générale (43) (et qui sont par ailleurs soustraites à la compétence des juridictions administra-

(40) Notons que les particuliers détiennent un pouvoir normatif dans la mesure où ils sont habilités à produire des normes conventionnelles.

(41) Article 3, alinéa 1^{er}, de la Constitution française, article 42 de la Constitution belge et article 38, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale allemande. Pour être tout à fait exact, il convient certes d'admettre qu'en France, le Président de la République est, en raison de son élection au suffrage direct, également responsable devant la Nation, mais rares sont les actes normatifs qu'il peut accomplir seul, sans contreseing ministériel.

(42) C'est sans doute sur ce point que l'héritage de Jean-Jacques Rousseau est le plus précieux : «Quand je dis que l'objet des lois est général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner aucunement à personne ; la loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis (...) ; en un mot toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative.» (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique* [édition de 1762], Livre II, Chapitre VI, paragraphe 6 [reproduction Paris, Flammarion, 1992]) ; contra H. DURRYNOUX, «Sur la généralité de la loi», in : *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, 135-161.

(43) Cette qualité vaut de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui fait partie de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui fait partie du droit constitutionnel positif ; nous admettons qu'il n'aille pas nécessairement de même dans les ordres juridiques allemand et belge où cette règle n'a pas de valeur juridique.

tives et judiciaires). En outre, les normes législatives bénéficient d'un statut privilégié dans la hiérarchie des normes, directement au-dessous de la Constitution : elles ne peuvent donc être assimilées, par exemple, aux dispositions d'un contrat de droit privé.

12.2. - L'interférence des décisions de justice constitutionnelle sur l'activité normative du législateur est également spécifique en raison des *décisions juridictionnelles* dans lesquelles elle trouve son expression. L'existence de *traits propres* à la fonction juridictionnelle constitutionnelle, traits qui peuvent être considérés comme ses critères distinctifs, a été longuement discutée en doctrine. Il n'entre pas dans nos intentions de réitérer ici ce très riche débat (44); il suffit de relever que la spécificité de la justice constitutionnelle a été reconnue même par les auteurs les plus vigoureusement opposés à l'installation

(44) Voy. notamment les études suivantes, classées par ordre chronologique : H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, 197-257. CH. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse (Paris, 1928), Paris, LGDJ, 1928, 363 pages, A. FAVRE, « Limites au pouvoir du législateur, in : *Mélanges Marcel Bricard*, Leuvenne, Imprimeries réunies, 1968, 209-220, M. Prouzet, *Le contrôle de la constitutionnalité*, thèse (Paris I, 1970), non publiée, 474 pages dactylographiées, K. ZWIERGERT, « Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit », in : *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festschrift aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts* [*Mélanges en l'honneur de la Cour constitutionnelle fédérale à l'occasion de ses 25 années d'existence*], tome I, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1976, 63-75, K. KORINEK, « Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen », *VVDStRL*, 39 (1981), 7-52, K. SCHLAICH, « Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen », *VVDStRL*, 39 (1981), 7-52, K. SCHLAICH, « Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen », *RDP*, 1983, 419-485, L. FAVOREU et J.-A. JOLOWICZ (éds.), *Le contrôle juridictionnel des lois, Légitimité, efficacité et développements récents*, Actes du Colloque de l'AIJS tenu à Upsalla, les 26-28 juin 1984, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1986, 315 pages, A. WEBER, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d'Europe occidentale, Perspective comparative », *AIJC*, 1 (1985) 39-74, Chr. STARCK, « Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit », in : *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, tome I, Bade-Bade, Nomos, 1986, 11-39, A. WEBER, « Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa », in : *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, ouvrage précité*, tome I, 41-120, A. VON BRUNNECK, « Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales », *AIJC*, 4 (1988) 15-49, L. FAVOREU, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AIJC*, 4 (1988) 51-66, E. PANTOU, *La notion de juridiction constitutionnelle dans la doctrine française, Essai d'analyse critique*, thèse (Paris X Nanterre, 1988), non publiée, 298 pages dactylographiées, M. CARPELLERET (traduit par R. DAVID), « Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé », in : *Le pouvoir des juges*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1990, 179-213 (contribution originale publiée en langue anglaise en 1970) L. FAVOREU, « La notion de Cour constitutionnelle », in : *De la Constitution, Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, 1986, 15-27, L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, 3^e édition, Paris, PUF, Collection « Que sais-je ? » (n° 2293), 1996, 197 pages, J. PIVI, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse (Aix-Marseille III, 1997), non publiée, 463 pages dactylographiées, et L. SACER, « The Domain of Constitutional Justice », in : *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge, CUP, 1998, 235-270.

de juridictions constitutionnelles (45). Dès lors, pas plus que la loi des parties peut être assimilée à la loi tout court (46), une Cour d'appel ne saurait l'être à une juridiction constitutionnelle.

12.3. - *Singularité du pouvoir législatif et spécificité de la justice constitutionnelle* : ces deux éléments permettent d'expliquer pourquoi l'interférence des décisions de justice constitutionnelle sur l'activité normative du législateur constitue un phénomène *distinct* qui ne peut être assimilé à des manifestations apparemment similaires dans d'autres branches du droit. Le fait d'écarter de nos recherches toutes les autres manifestations de l'effet directeur *ad futurum* dégagé par une décision juridictionnelle ne constitue donc pas une restriction arbitraire de l'objet de notre analyse, mais est scientifiquement fondé.

*
*
*

13. - Après avoir brièvement introduit la problématique qui fera l'objet de nos recherches, nous voudrions exposer un certain nombre de notions de base et, chose la plus importante, présenter le véritable concept-clef de notre travail : *l'interférence*. Ces développements feront l'objet d'une *première partie* qu'il convient maintenant d'aborder.

(45) Ce qui ne constitue pas une contradiction logique : on peut sans aucun illogisme reconnaître à la fonction juridictionnelle constitutionnelle certains traits spécifiques tout en se prononçant contre son installation dans un ordre juridique déterminé. Ainsi, un juriste anglais ou néerlandais - pays jusqu'à présent non dotés d'une telle juridiction - pourrait s'opposer à la création d'une Cour constitutionnelle, et néanmoins reconnaître l'originalité de sa fonction. Une telle position peut notamment être trouvée chez un juriste italien, qui écrit au début des années 1950 qu'il est opposé à l'installation de Cours constitutionnelles parce qu'elles sont « après quelque temps investies d'autres tâches, plus propres à la fonction juridictionnelle ordinaire » et qu'elles finissent « par s'identifier avec les organes du pouvoir judiciaire ». Or, en faisant état de « tâches plus propres à la fonction juridictionnelle ordinaire », l'auteur admet implicitement l'existence de tâches propres à la justice constitutionnelle et reconnaît donc la spécificité de cette dernière, si même il combat sa mise en place (voy. A. DE VALLÈS, « Contre les cours constitutionnelles, *Revue internationale des sciences administratives*, 1952, 809 ; c'est nous qui soulignons).

(46) Le mot « loi » est polysémique. Dans l'expression « la loi des parties » (qui trouve son origine dans l'article 1134 du Code civil) le terme « loi » désigne une *régle (contractuelle), de droit ; dans la seconde utilisation, il désigne une norme juridique à rang législatif*.