

Normativité

Karl-Peter Sommermann

Citer ce document / Cite this document :

Sommermann Karl-Peter. Normativité. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 17-2001, 2002. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction - Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel. pp. 371-388;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2002.1648>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2002_num_17_2001_1648

Fichier pdf généré le 21/02/2020

NORMATIVITE

*par Karl-Peter SOMMERMANN*¹

I. LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMME OBJET D'INTERPRETATION

A. Le droit constitutionnel comme droit positif

Envisager la question de l'interprétation constitutionnelle présuppose que la Constitution s'impose effectivement au législateur ; qu'elle présente une normativité constitutive. Si la doctrine avait, depuis longtemps, consacré cette idée, elle ne s'est véritablement réalisée en Europe qu'après la seconde Guerre mondiale. Cette évolution s'est manifestée d'une part, au niveau des principes constitutionnels, par des dispositions relatives à l'applicabilité directe des droits fondamentaux (article 1 al. 3 de la LF allemande ; plus tard par exemple article 18 de la Constitution portugaise ; article 53 de la Constitution espagnole), d'autre part, au niveau institutionnel, par la création de Cours constitutionnelles comme tribunaux spécialisés dans le contrôle du respect du droit de rang suprême par les organes étatiques.

Compte tenu de la reconnaissance du droit constitutionnel comme droit positif, on a parlé d'une « banalisation juridique de la Constitution »². Le fait que le droit constitutionnel est un sous-ensemble du droit public, lequel est, à son tour, une subdivision du système juridique entier, suggère *prima facie* d'appliquer les règles méthodologiques traditionnelles, notamment les règles interprétatives classiques, également au droit constitutionnel. On sait, cependant, que les différentes branches du droit peuvent établir, selon leurs spécificités, certaines modifications des règles générales ou même des règles méthodiques spéciales. L'analogie de droit, par exemple, utilisée par la doctrine civiliste allemande pour remplir une lacune normative non-intentionnée par le législateur, est strictement rejetée comme instrument de connaissance de la loi en droit pénal. Il est donc nécessaire de s'occuper d'abord des particularités du droit constitutionnel.

B. Le caractère ouvert du droit constitutionnel

Laissant de côté pour le moment le rang supérieur de la Constitution par rapport au reste des normes du système juridique interne, le droit constitutionnel se caractérise, dans une partie essentielle, par un niveau élevé d'abstraction et d'indétermination, c'est-à-dire par des normes « ouvertes ». Un auteur français a parlé dans ce contexte d'une « obscurité structurelle » du droit constitutionnel³. Loin d'être fortuite, cette spécificité du droit constitutionnel résulte de la volonté du constituant de créer un droit qui ne soit pas trop attaché à des circonstances actuelles et donc éphémère ; mais qui soit plutôt ouvert à l'avenir. Le droit constitutionnel est finalement conçu

1 Le rapporteur général remercie le docteur Pasquale POLICASTRO pour son aide précieuse dans l'étude de la jurisprudence italienne.

2 Yann AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *in RFDC* 21-1995, p. 9, 13.

3 *Ibid.*, p. 15.

comme un ensemble normatif qui, par sa nature même, a vocation à s'adapter aux changements sociaux, économiques et technologiques. Il est, à cet égard, remarquable de constater qu'en France, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a pu faire et fait toujours partie intégrante du droit positif constitutionnel de la V^e République ; aussi bien, la Constitution des États-Unis de 1787 est restée, depuis lors, inchangée dans sa partie principale.

Bien qu'on trouve déjà dans les premières Constitutions certaines orientations vers l'avenir, le développement de normes constitutionnelles qui dirigent l'activité de l'État vers la réalisation de certains buts est un caractère du constitutionnalisme du XX^e siècle. Intimement liés à l'idée de l'État social qui intervient dans la société pour créer des conditions favorables à l'épanouissement de tous les citoyens, ces objectifs constitutionnels, souvent formulés sous forme de droits sociaux, viennent s'ajouter de plus en plus aux droits classiques de liberté, dirigés ceux-là contre une intervention de l'État. Il est d'ailleurs évident que l'augmentation et la différenciation d'objectifs constitutionnels, à partir d'un certain degré, affaiblissent la normativité de la Constitution puisque les objectifs et droits risquent de se neutraliser entre eux. En plus, dans la mesure où le réseau d'objectifs devient trop étroit, la Constitution dégénère en un catalogue de tâches politiques qui doit être actualisé continuellement⁴.

La structure téléologique des nouvelles normes constitutionnelles qui fixent des objectifs à atteindre, non les moyens pour y parvenir (*programmation finale*), les rend très différents des normes traditionnelles qui statuent sur les conditions de fait ou de droit qui doivent être remplies pour produire un effet juridique déterminé (*programmation conditionnelle*).

Ces observations générales sur les caractères du droit constitutionnel moderne suffisent à montrer qu'il devient malaisé de n'utiliser que les méthodes traditionnelles dans l'interprétation constitutionnelle. Aussi bien, le haut niveau d'abstraction des Constitutions suppose qu'elles englobent des réalités du système juridique entier, et à chacune de ces réalités peut correspondre une certaine signification de la norme. A cet égard, une première tendance entend que tout l'ordre juridique concrétise la Constitution, ce qui mène à une constitutionnalisation matérielle de l'ordre juridique et, lorsque la justice constitutionnelle est pourvue de compétences étendues qu'elle utilise d'une manière active, à une « juridictionnalisation » de l'État au détriment du procès démocratique parlementaire. L'autre tendance consiste à envisager la Constitution, non comme un programme total destiné à se concrétiser dans l'ensemble de l'ordre juridique, mais comme un cadre normatif⁵.

Le caractère ouvert du droit constitutionnel apparaît donc comme un défi pour l'interprète qui, avec les règles traditionnelles de l'interprétation juridique, n'obtient pas toujours des résultats satisfaisants. Par exemple, l'adjectif « social » présent à l'article 20 de la LF a une portée normative énorme. Il est considéré comme la base normative d'un des principaux objectifs de l'État. Englobant des aspects comme la sécurité sociale,

4 Karl-Peter SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen 1997, p. 375.

5 L'avis que les conceptions de la Constitution comme « ordre de base » d'une part et comme « ordre cadre » d'autre part sont compatibles, est soutenu par Robert ALEXY, « Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit », in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSrRL)* vol. 61 (2001), p. 7, 14 s.

l'équilibre social y création des conditions réelles pour une égalité des chances, cet objectif a élargi sa sphère d'influence par une jurisprudence qui l'interprète souvent en relation avec d'autres dispositions constitutionnelles. Son « noyau dur » serait, selon la Cour constitutionnelle fédérale, l'obligation pour l'État de créer les conditions minimales d'existence pour tous les citoyens ⁶.

C. Le rôle de l'interprétation constitutionnelle

La soumission de l'activité des pouvoirs publics à un contrôle de constitutionnalité implique que le droit constitutionnel doit être interprété. En pratique, l'interprétation constitutionnelle peut entraîner des conséquences majeures lorsqu'elle mène à la déclaration de nullité d'un acte. Étant donné, non seulement la portée des décisions du juge constitutionnel, mais aussi le caractère ouvert du droit constitutionnel, les règles d'interprétation, la méthodologie, acquièrent une importance toute particulière et jouent un rôle décisif pour le développement du droit constitutionnel. Et même si l'on ne considère pas la décision du juge constitutionnel comme un acte cognitif, mais comme un acte de volonté, celui-ci n'exige pas moins le fondement sur un raisonnement structuré. H. Kelsen avait distingué entre la constatation cognitive du sens d'une norme ou bien des possibilités qu'ouvre l'interprétation de la norme, d'une part, et l'interprétation authentique par l'organe qui applique la norme, réalisant ainsi un acte créateur de droit, de l'autre ⁷. Dans le même sens on a opposé l'interprétation doctrinale à la concrétisation organique ⁸: « La motivation qui permet à l'organe de statuer dans un sens ou dans un autre relève de l'interprétation doctrinale, mais ce n'est pas elle qui en tant que telle, constitue la norme. Celle-ci constitue le résultat d'une concrétisation organique ». Du point de vue théorique, la distinction apparaît claire et aide à comprendre la différence entre l'interprétation comme acte cognitif et l'interprétation comme acte volitif ; dans la réalité, cependant, au moins dans la pratique juridictionnelle, cette distinction se dilue. La doctrine comme les juges n'utilisent, en principe, pas seulement la même méthodologie, mais visent également au fondement d'un seul résultat qu'ils estiment être la juste interprétation de la norme. La décision apparaît comme la conséquence logique de cette interprétation motivée.

Le juge constitutionnel exerce donc, dans la limite de ses compétences, des pouvoirs constituants au sens matériel, ce qui le met inévitablement dans une relation conflictuelle avec le législateur. La doctrine allemande se réfère au critère de « l'adéquation fonctionnelle » et s'interroge de la manière suivante : quelle est la fonction de la justice constitutionnelle, eu égard à la structure organique et aux principes constitutionnels sous-jacents ? Par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel affirme en 1962, puis en 1992 (arrêt *Maastricht III* ⁹), qu'il n'a pas compétence pour se prononcer sur une loi adoptée par référendum, il interprète ses compétences constitutionnelles à la

6 Arrêt du 29 mai 1990, *Rec. (BVerfGE)* vol. 82, p. 60, 80.

7 Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2^e ed., Wien 1960, p. 350 ss.

8 Louis FAVOREU (coord.), *Droit constitutionnel*, 4^e ed., Paris 2001, p. 86 s. (O. Pfersmann).

9 Arrêt du 23 septembre 1992 (92-313 DC), *RJC I*, p. 510.

lumière du concept général de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution. Si la Cour constitutionnelle allemande se montre, pour sa part, moins réticente à interpréter ses compétences d'une manière extensive, invoquant sa mission de protéger et rendre effectif l'ordre constitutionnel, cela s'explique aussi par le contexte historique. La Loi fondamentale était un contre-modèle vis-à-vis de l'époque barbare et arbitraire précédente. On peut, en revanche, douter si cela explique et justifie tous les phénomènes activistes de la jurisprudence constitutionnelle allemande qui inclut même la création de normes subsidiaires pour le cas où le législateur ne remplit pas son devoir de remédier à une situation inconstitutionnelle dans un délai fixé par la Cour. L'arrêt portant sur la compensation financière de 1999¹⁰, qui s'inscrit dans une série d'autres arrêts, surtout en matière fiscale et d'assurance sociale¹¹, est tout à fait significatif à cet égard. En définitive, il apparaît que le rôle de l'interprétation constitutionnelle a atteint une dimension inenvisageable pour ceux qui ont conçu le système.

Gustavo Just, doctorant à l'Université de Paris X-Nanterre. La Cour s'est-elle, depuis la fin des années cinquante, à nouveau prononcée sur le droit supra-positif ?

La référence au droit *supra-positif* par la Cour doit être envisagée dans un contexte historique. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, une grande méfiance s'exprimait à l'égard du positivisme. Ceci avait entraîné dans les années 40 et 50 une sorte de renaissance du droit naturel et, jusque très récemment, la Cour s'était faite l'écho de cet état d'esprit (v. la référence aux principes de la justice dans l'arrêt concernant l'injustice du régime de la RDA dans le cas des « tireurs du mur »¹²). Toutefois, la jurisprudence constitutionnelle n'est pas allée plus loin sur cette voie et l'on peut s'en féliciter car une telle attitude n'était pas sans danger ; elle risquait de donner lieu à trop de subjectivité de la part des juges et aurait permis de censurer, à l'extrême, le droit constitutionnel positif au regard de droit extra-positif.

Aristoteles Cortes, doctorant à l'Université d'Aix-Marseille III. Le caractère ouvert de la Constitution est envisagé, au Chili notamment, comme étant de nature à permettre le développement de tout projet politique démocratique. Qu'en est-il en Allemagne, étant donné que dans le même temps la Constitution impose un « État social » ?

La LF allemande a en quelque sorte constitutionnalisé un programme politique permanent, minimum sur lequel existait un consensus. Les objectifs de l'État ne permettent donc pas le développement de n'importe quel programme politique ; il existe désormais des éléments fixes, mais la Cour constitutionnelle a toujours souligné une certaine « prérogative d'estimation » du législateur dans la réalisation des objectifs constitutionnels. Cette prérogative, bien sûr, ne vaut pas pour les droits fondamentaux. Il y a donc espace libre pour le développement de tendances politiques variées, tout en maintenant certaines limites.

10 Arrêt du 11 novembre 1999, *Rec. (BVerfGE)* vol. 101, p. 158.

11 Cf. dans la jurisprudence récente par exemple un des arrêts du 3 avril 2001, *Rec. (BVerfGE)* vol. 103, p. 242.

12 Arrêt du 24 octobre 1996, *Rec. (BVerfGE)* vol. 95, p. 96.

Patrick Gaïa, professeur à l'Université d'Aix-Marseille III. Le législateur constitutionnel de l'article 146 de la LF peut-il s'affranchir des principes éternels posés à l'article 79 al. 3 ?

Selon Otto Pfersmann, cela est possible, à partir du moment où le peuple allemand a adopté librement la nouvelle Constitution. La Cour constitutionnelle ne saurait contrôler que la régularité de la procédure d'adoption ; en aucun cas le contenu de la révision.

Karl-Peter Sommermann, quant à lui, ne serait pas si catégorique, mais la question n'est pas tranchée, et la doctrine reste divisée.

Thomas Monbat, doctorant à l'Université catholique de Louvain. En interprétant les clauses d'éternité contenues dans la Constitution, et notamment le principe de l'État social, la Cour constitutionnelle ne s'arroge-t-elle pas le pouvoir de créer un corpus de valeurs qu'elle pourrait être amenée à imposer, aussi bien aux pouvoirs publics qu'au constituant lui-même ?

Les principes « éternels », c'est-à-dire les principes établis dans les articles 1 et 20 de la LF, sont, selon l'article 79 al. 3 LF, les critères matériels de contrôle pour les lois de modification constitutionnelle. Sous cet angle, oui, la Cour constitutionnelle peut augmenter son pouvoir de contrôle par une interprétation dynamique des principes mentionnés. Dans la pratique, ces principes jouent un rôle important surtout dans l'interprétation constitutionnelle et ont notamment la fonction de renforcer les droits fondamentaux dans leurs aspects objectifs. A travers le principe de l'État social, par exemple, la Cour parvient à dériver des droits libéraux, des aspects positifs de prestation.

II.- BASES NORMATIVES DES REGLES D'INTERPRETATION CONSTITUTIONNELLE

Si les règles de l'interprétation juridique déterminent la portée, le champ d'application des dispositions constitutionnelles, il peut être opportun de s'interroger sur le point de savoir si ces règles trouvent une base normative dans le système juridique ou bien si elles ressortissent à un contexte non juridique. Les règles spéciales d'interprétation étant souvent formalisées dans des textes concrets, le problème se pose plus particulièrement s'agissant des principes généraux de l'interprétation juridique.

A. Les règles générales d'interprétation

1) *Manque d'une reconnaissance expresse.* Dans les textes constitutionnels, les principes généraux d'interprétation ne sont pas établis de manière explicite. A l'inverse, ces règles sont statuées dans plusieurs codes civils, depuis fort longtemps (articles 6 et 7 du Code général civil autrichien de 1811 ; article 1 du Code civil suisse ; article 12 al. 1 du Code civil italien ; article 3 al. 1 du Code civil espagnol). Le Code civil autrichien comme le Code civil italien, par exemple, établissent le système d'interprétation comme il existe dans la plupart des pays en prescrivant les méthodes d'interprétation littérale,

systematique et téléologique. L'article 3 du Code civil espagnol évoque clairement l'interprétation objective, réaliste, laquelle implique de se détacher de l'intention du législateur historique¹³. En droit constitutionnel, c'est la Constitution belge qui s'oppose explicitement à l'approche objective et réserve l'interprétation authentique au législateur¹⁴. Le Code Napoléon et le Code allemand, enfin, ne contiennent que de règles spécifiques pour l'interprétation des contrats.

Une question se pose alors : en l'absence de règles d'interprétation constitutionnelle, le juge constitutionnel est-il lié par ces règles figurant dans le Code civil ? En Espagne, un auteur a essayé d'imposer cette idée en recourant à la notion de Constitution matérielle, au caractère général et instrumental des règles posées par le Code, et à l'absence de disposition contraire dans la Constitution¹⁵. Cette démonstration est audacieuse et cette discipline d'interprétation n'a jamais été clairement consacrée par la jurisprudence¹⁶. En Autriche et en Italie, le juge constitutionnel a explicitement nié être lié par les règles d'interprétation du droit civil. Un tel rejet paraît juste pour deux raisons : tout d'abord, qu'une règle soit générale et qu'elle ne soit pas contraire à la Constitution ne lui donne pas un rang supérieur. De plus, affirmer qu'une règle d'interprétation inscrite dans une loi ordinaire est contraire à la Constitution présuppose une interprétation de la Constitution de telle sorte que l'invocation des règles interprétatives serait circulaire. Et voici le problème épistémologique plus général : déduire du droit constitutionnel des règles interprétatives présuppose un acte interprétatif, ce qui implique une circularité¹⁷.

2) « *Positivation* » indirecte ? L'argument de circularité met manifestement en cause chaque forme de « positivation » ; plus encore, il met en cause l'ordre juridique dans son ensemble. Il est donc indispensable de commencer par les règles claires, par celles dont la signification est la plus évidente : « *in claris non fit interpretatio* ». Ceci permet de rompre le cercle vicieux.

Appliquant ce critère, il reste difficile de déduire des règles d'interprétation des dispositions générales des textes constitutionnels existants. On peut néanmoins invoquer un certain nombre de principes pour justifier les règles interprétatives par le droit positif. Un principe central est le principe d'égalité. Selon ce principe, les règles juridiques doivent être appliquées

13 Plus radicalement, déjà François GENY avait préconisé une approche réaliste dans son œuvre *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), où il a souligné que « le texte de la loi se détache de la pensée du législateur, pour vivre d'une vie propre et indépendante » pour être interprétée « au jour le jour », ce que justifierait « l'interprète, non seulement de négliger l'intention du législateur, mais de torturer le texte et de le violenter, au besoin, pour en tirer tout autre chose que ce que le législateur y a voulu mettre, pour y trouver même, quand il le faut, ce que les exigences de la vie lui paraîtraient requérir. » (cité par Peter RAISCH, *Juristische Methoden*, Heidelberg 1995, p. 112 note 161).

14 Cf. article 84 de la Constitution belge.

15 Gumersindo TRUJILLO, Juicio de legitimidad e interpretación constitucional : cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español, in *Revista de Estudios Políticos, Nueva Epoca*, 1979, num. 7, p. 145, 157 ;

16 Cf. Enrique ALONSO GARCIA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid 1984, p. 79 s.

17 Pour une réflexion approfondie cf. Hans-Joachim CREMER, *Anwendungsorientierte Verfassungsauslegung*, Baden-Baden 2000, p. 368 ss.

uniformément, de manière non-arbitraire. Cela présuppose des règles interprétatives intersubjectivement transmissibles. Cependant, cette considération est purement structurelle et non matérielle ; elle ne permet pas de dégager des règles concrètes. Il a été souligné, enfin, que le juge constitutionnel et le législateur sont soumis au droit constitutionnel ; que dès lors, le texte doit être un point de départ, mais cela ne donne guère plus de résultats. S'il est impossible de tirer directement de la Constitution les principes interprétatifs, ne s'agit-il pas, finalement, d'une question de déontologie professionnelle ?

3) *Déontologie professionnelle ?* La question ne saurait être envisagée de cette manière que par une approche « externiste ». M. Troper soulignait, en 1978 puis en 1993, la très grande difficulté à formaliser dans des règles juridiques le processus intellectuel suivi par le juge du fait que celui-ci ne relève pas tant de la théorie du droit mais, bien plus, de la science du comportement. Y. Aguila, partant du raisonnement de M. Troper, explique que les méthodes d'interprétation constituent en quelque sorte des règles de l'art forgées par la doctrine au fil des siècles et conclut qu'elles peuvent être rattachées à une forme d'éthique du juge. Selon lui, il existe en la matière, une sorte de déontologie professionnelle¹⁸.

Bien que la déontologie, qui englobe les règles de l'art, soit un élément important pour garantir la qualité d'une activité professionnelle, il reste la question si cette forme d'obligation garantit la liaison indispensable du juge par la Constitution et les lois. A l'extrême, le contenu du droit pourrait être modifié par une redéfinition des règles déontologiques. Dans la mesure où ces règles n'appartiennent pas au système juridique, le droit serait « déjuridicisé ». Ce chemin n'est donc pas non plus satisfaisant car le juge devient le spectateur d'un système qui perd sa cohérence positive.

4) *Principes généraux du droit ?* Admettre que les règles d'interprétation se trouvent dans les principes généraux du droit apparaît le plus rigoureux juridiquement. Les règles qu'on applique aujourd'hui trouvent leur origine dans le droit romain et dans le droit ecclésiastique ce qui explique la concordance méthodologique dans les différents ordres juridiques et même dans le droit international public (cf. art 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). En Allemagne, au XIX^e siècle Carl von Savigny (1779-1861) avait « canonisé » quatre grands principes¹⁹ : un élément grammatical, tenant à ce que les mots médiatisent la pensée du législateur ; un élément logique, en vertu duquel les divers aspects de la pensée doivent former un ensemble cohérent ; un élément historique, consistant à rechercher comment le législateur avait envisagé telle ou telle situation concrète ; enfin, un élément systématique (extension de l'élément logique) signifiant que la loi doit être cohérente avec le système juridique dans son ensemble.

Il ressort de l'étude de la jurisprudence que les méthodes d'interprétation classiques, utilisées par le pouvoir judiciaire et mises en œuvre également par la Cour constitutionnelle fédérale²⁰ n'emportent que de

18 AGUILA, *op. cit.*, p. 15

19 Carl VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 1, Berlin 1840, p. 212 ss.

20 Cf. déjà l'arrêt du 21 mai 1952, *Rec. (BVerfGE)* vol. 1, p. 299, 312.

très faibles modifications des règles dégagées par Savigny. Celle-ci reconnaît et applique, en effet, quatre grands principes d'interprétation. L'interprétation grammaticale, tout d'abord, est un procédé littéral ; il s'agit de partir du sens habituel du mot, de son sens commun. L'interprétation téléologique est utilisée de manière objective, c'est-à-dire sans se focaliser sur l'intention du législateur historique (cf. Gustav Radbruch : « La loi est plus raisonnable que le législateur. »). La Cour utilise encore l'interprétation systématique, et enfin, il lui arrive de recourir à la méthode historique, lorsqu'elle entend confirmer un résultat douteux trouvé à l'aide des autres méthodes interprétatives. Il ne s'agit pas seulement de se référer aux travaux préparatoires mais souvent de prendre en compte un contexte historique plus large.

La Cour n'utilise pas toujours ces méthodes de manière ordonnée et cohérente. Elle les combine de la manière la plus pertinente pour arriver au résultat le plus convaincant. Par ailleurs, en même temps qu'elle les emploie, la Cour a affirmé que ces règles ne sont pas exclusives. Dans cette lignée, elle est venue compléter les méthodes classiques ; elle a évoqué, notamment, « l'unité de la Constitution », laquelle se recoupe avec l'interprétation systématique. Elle recourt également au principe de « concordance pratique » impliquant, lorsque deux principes doivent être conciliés, de retenir l'interprétation permettant d'en optimiser l'effectivité, d'atteindre le plus grand degré de réalisation de ces deux valeurs, ce qui donne inévitablement lieu à un activisme interprétatif. Elle utilise aussi bien le principe de « l'adéquation fonctionnelle », consistant à déterminer et limiter la fonction d'un organe en la mettant en relation avec les fonctions des autres organes.

En vue de la méthodologie de la Cour, on a parlé de « syncrétisme méthodologique »²¹, ou, plus positivement, d'approche « topique »²². Somme toute, il semble que les juges cherchent à évoquer tous les arguments de nature à justifier leur décision, de telle sorte que l'interprétation devient une structuration de l'argumentation ; elle tend à instaurer une certaine transparence dans un État constitutionnel ouvert et les règles d'interprétation apparaissent ainsi comme intimement liées à l'obligation de motiver les décisions. L'usage des règles peut être critiquable du point de vue méthodologique ; cependant, le caractère ouvert de la Constitution commande peut-être un caractère plus ouvert de la méthodologie.

B. Les règles spéciales ou complémentaires d'interprétation

Elles sont contenues dans les textes constitutionnels.

1) *Règles concernant la portée du droit constitutionnel.* Il s'agit de règles telles que celle posée au IX^e Amendement à la Constitution des États-Unis, lequel affirme clairement qu'en matière de droits fondamentaux, la

21 Gerd ROELLECKE, « Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », in C. Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. 2, Tübingen 1976, p. 22, 48.

22 L'approche topique est notamment soutenue par Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^e éd., Heidelberg 1995 (la première édition date de 1966), § 2 III (p. 24 ss.), qui, pour sa part, a fortement influencé la position méthodologique de la Cour. Konrad Hesse était juge à la Cour constitutionnelle fédérale de 1975 à 1987.

Constitution est un standard minimum n'excluant aucunement la consécration d'autres droits. Cette formule se retrouve dans de nombreuses Constitutions (ex : article 16 al. 1 de la Constitution portugaise). En Allemagne, l'article 146 de la LF statuant que la LF devient caduque le jour de l'entrée en vigueur d'une Constitution adoptée par le peuple allemand en pleine liberté de décision, se rapporte également à la portée du droit constitutionnel, ici à la portée *ratione temporis*.

2) *Règles concernant la normativité des dispositions constitutionnelles.* Le phénomène que les Constitutions définissent la normativité de ses dispositions matérielles peut être observé à partir de la seconde moitié du XX^e siècle. C'est une réaction au fait qu'auparavant, les Constitutions souvent n'étaient considérées que comme des déclarations programmatiques pour le législateur, sans réelle force contraignante, et les juges ne les appliquaient pas directement. Cependant, en 1949, l'article 1 al. 3 de la LF allemande statua explicitement que les droits fondamentaux énoncés dans la LF lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable. De la même façon, les Constitutions *post* dictatoriales de l'Europe du sud des années 70 contiennent des normes définissant clairement la normativité des dispositions constitutionnelles. Le système le plus évolué est établi dans la Constitution espagnole de 1978 (article 53) qui distingue trois catégories de normativité respectivement protection juridictionnelle ²³.

3) *Règles statuant des critères matériels de l'interprétation constitutionnelle.* On relève ici deux techniques principales. La première est celle de la déclaration interprétative, contenue, par exemple, dans la Constitution grecque où l'article peut être suivi d'une déclaration sur la façon dont il doit être interprété. C'est une technique interprétative bien connue du droit des traités internationaux et qui correspond à la méthode authentique selon laquelle celui qui fait la norme en est le premier interprète. Une autre méthode propose de faire référence à des textes internationaux, ce qui autorise une ouverture des Constitutions vers le droit international public, notamment en matière de droits de l'homme/droits fondamentaux (article 16 al. 2 de la Constitution portugaise ; article 10 al. 2 de la Constitution espagnole ; article 20 Constitution roumaine). En Allemagne, on ne retrouve pas ce type de clause explicite mais la Cour constitutionnelle fédérale a reconnu la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme comme critères interprétatifs de la LF ²⁴.

Patrick Gaïa, professeur à l'Université d'Aix-Marseille III. N'y a-t-il pas un risque d'enchaînement du juge constitutionnel à l'interprétation donnée des textes internationaux par les juges supra-nationaux ?

Dans les cas énoncés, la CEDH n'est pas constitutionnalisée (comme en Autriche) ; à l'échelle constitutionnelle, elle ne reste qu'un critère

23 Pour une présentation plus détaillée cf. Karl-Peter SOMMERMANN, Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens, *in* *AJIC* vol. XV (1999), p. 350, 354 s., 356 s.

24 Arrêts du 2 mars 1987, 29 mai 1990 et 14 novembre 1990, *Rec. (BVerfGE)* vol. 74, p. 358, vol.82, p. 106 et vol. 83, p. 119.

d'interprétation. Par cette règle d'interprétation les règles traditionnelles internes ne sont pas écartées. Le juge ne doit l'utiliser que dans la mesure du possible et du cohérent. Si, par exemple, les exigences du droit international ne sont sous aucun aspect compatibles avec les limites interprétatives indispensables marquées par l'interprétation grammaticale, les règles traditionnelles d'interprétation constitutionnelle priment. Dans les pays mentionnés la Convention fait, du reste, partie de l'ordre juridique interne à l'échelle des lois ordinaires.

III.- LA PRESENCE DE LA METHODOLOGIE DANS LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLES

A. Activisme et réticence méthodologiques

La lecture de la jurisprudence des Cours constitutionnelles européennes rend compte d'un niveau de réflexion varié quant à la méthodologie de l'interprétation, au moins en ce qui se fait explicite. Alors que les questions méthodologiques semblent régulièrement préoccuper les juges allemands, pareilles réflexions ne sont que très exceptionnelles, voire inexistantes, dans les décisions du Conseil constitutionnel français. Il est alors possible de parler d'une sorte de réticence méthodologique en France et, à l'inverse, en Allemagne, d'un certain activisme méthodologique à relier, peut-être, à un activisme jurisprudentiel de manière plus générale. L'Espagne se trouve dans une situation intermédiaire : le Tribunal constitutionnel utilise surtout des méthodes spéciales (l'article 10 al. 2 de la Constitution de 1978 qui prescrit une interprétation conforme aux traités internationaux ratifiés de l'Espagne en matière de droits de l'homme, a beaucoup influencé la jurisprudence). Le Tribunal constitutionnel espagnol a aussi été le premier à citer dans un arrêt la Charte européenne des droits fondamentaux comme critère d'interprétation. L'ouverture à l'égard des textes européens y est donc de plus en plus grande.

La jurisprudence constitutionnelle allemande qui remplit plus de cent volumes dans le recueil officiel a quelque chose de baroque en ce qui concerne l'étendue ainsi que la motivation détaillée. Historiquement, l'approche pour rendre effectif le droit constitutionnel par un certain activisme résulte d'une méfiance à l'égard des pouvoirs publics alors qu'en France, il existe peut-être une espèce de présomption de constitutionnalité des lois, similaire à la présomption de légalité des actes administratifs. En contentieux administratif, la règle d'effet suspensif ou non des recours (en Allemagne oui, en France non) restitue bien cette idée.

B. Approches interprétatives accroissant la normativité constitutionnelle

1) *Extension de la base textuelle.* A ce propos, le juge constitutionnel français se montre remarquablement plus actif. L'illustration la plus criante se trouve dans la décision du 16 juillet 1971²⁵, sur la liberté d'association, ayant substantiellement élargi le corpus des règles de référence pour le contrôle de constitutionnalité. En Allemagne, la Cour a de la même façon, sans toutefois que cela emporte autant de conséquences, donné valeur

constitutionnelle au préambule de la Constitution. Les Cours constitutionnelles essaient ainsi de développer, par le biais et au-delà des préambules, le corpus de normes de référence pour exercer leur contrôle.

2) *Référence au droit non-écrit.* Récemment, un auteur a analysé avec sagacité la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande et a montré que la Cour constitutionnelle motive fréquemment ses décisions par des principes non-écrits, qui ne peuvent pas toujours être considérés comme des normes tacitement incluses dans la volonté du pouvoir constitutionnel mais qui constituent plutôt du droit constitutionnel coutumier²⁶. En revanche, la grande majorité de la doctrine part d'une autre analyse. Pour la plupart des auteurs, en effet, il ne s'agit pour les juges que de dériver dogmatiquement des principes généraux de la Constitution même. Par exemple, les concepts d'État de droit ou d'État social constituent les points d'ancrage textuels de nombreux sous-principes, apparemment non-écrits, dégagés par la Cour.

En revanche, la Cour fédérale suisse utilise une telle technique explicitement. Ainsi dégage-t-elle, dans son arrêt du 29 septembre 1995, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, le droit à des conditions minimales d'existence sans se fonder sur aucune base textuelle ; simplement en affirmant que c'est une condition à la réalisation des autres droits, indispensable à l'ordre démocratique et au maintien de l'État de droit²⁷. Elle souligne, pour finir, que ce droit est soutenu par un consensus en Suisse.

3) *Interprétation extensive des droits fondamentaux.* Les illustrations du recours à ce procédé sont nombreuses, notamment en France où la jurisprudence est à cet égard particulièrement dynamique. Dominique Rousseau a expliqué, en ce sens, que l'interprétation de l'article 16 de la Déclaration de 1789 par le Conseil constitutionnel avait été considérablement évolutive, et du même coup extensive. Si l'accent était plutôt mis, au départ, sur la séparation des pouvoirs, désormais, la jurisprudence insiste plutôt sur les droits individuels, sur la « garantie des droits des gouvernés »²⁸. Poursuivant cette analyse, M. Fromont a clairement montré que la même disposition est aujourd'hui utilisée pour fonder un droit individuel à un recours effectif devant une juridiction²⁹ ce qui justifie et exige l'introduction d'éléments de protection subjective dans le contrôle juridictionnel de la légalité de l'activité administrative³⁰. Cette tendance a été encouragée sûrement aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En Allemagne, un exemple significatif se trouve dans l'interprétation donnée par la Cour depuis l'année 1957³¹ de l'article 2 al. 1 de la LF posant

26 Heinrich Amadeus WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht*, Tübingen 2000.

27 *Rec. (BGE)* vol. 121 I, p. 367.

28 Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 3^e éd., Paris 1993, p. 389.

29 Cf. déjà l'arrêt du Conseil constitutionnel du 9 avril 1996 (96-373), *RJC* I-660, I-666 (considérant 83).

30 Michel FROMONT, « La convergence des systèmes de justice administrative en Europe », in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2000, p. 125, 141 ss. ; cf. déjà du même auteur « La justice administrative en Europe : Convergences » in M. Long, G. Durry, J. Rivero, G. Vedel (éd.), *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Paris 1992, p. 197-208

31 Arrêt du 16 janvier 1957, *Rec. (BVerfGE)* vol. 6, p. 32 (aff. « Elfes »).

que chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité. Alors que la doctrine suggérait que cette expression ne visait à protéger qu'un noyau de la personnalité et ainsi, seulement des libertés qui participent directement à cet épanouissement, sans englober la liberté d'agir en général, la Cour a estimé qu'elle devait être considérée comme englobant toutes les formes d'exercice de liberté, par exemple aussi la liberté de faire du cheval dans la forêt³². Il s'agit donc d'une *lex generalis*, ayant vocation à s'appliquer dès lors qu'un acte n'est pas couvert par le champ de protection d'un droit fondamental spécial. Cette interprétation large de l'article 2 al. 1 conduit, paradoxalement, en même temps à une certaine dévalorisation de ce droit général de liberté, puisque les limitations de la liberté établies dans l'article 2 al. 1 LF paraissent s'appliquer indifféremment à des manifestations de la liberté intimement liée à la personnalité comme à des actes plutôt marginaux. Pour éviter cette conséquence, la Cour a renforcé la protection du noyau de l'épanouissement de la personnalité en déduisant de l'article 2 al. 1 en combinaison avec l'article 1 al. 1 (garantie de la dignité humaine) un « droit général de la personnalité ». Dans la jurisprudence postérieure, ce droit, de son côté, a servi comme base de déduction d'autres positions juridiques, telles qu'un droit de l'individu à disposer soi-même sur l'utilisation des données existantes sur la propre personne (« droit à l'autodétermination informationnelle »)³³.

4) *Agrégation conceptuelle et déduction normative.* Le droit général de la personnalité qu'on vient de mentionner, est un exemple pour la déduction d'un droit ou principe constitutionnel à travers l'interprétation conjuguée de plusieurs termes ou principes de la Constitution. Cette technique a été utilisée pour dégager la garantie du principe d'État de droit de l'article 20 LF. On a, de la même façon, déduit de ce grand principe de nombreux sous-principes, par exemple la sécurité juridique, la confiance légitime, le principe de proportionnalité, etc.³⁴ De même, la consécration en Allemagne de l'obligation d'interpréter les lois en conformité avec le droit international public est issue de l'association, notamment, des articles 1 al. 2, 23 à 26, 59 et 100 al. 2 considérés comme l'expression d'une orientation, plus encore d'une ouverture, vers le droit international (« *Völkerrechtsfreundlichkeit* »).

5) *La conception de la Constitution comme système objectif de valeurs.* Cette approche s'est déployée très tôt dans la jurisprudence. L'arrêt fondamental en la matière date du 15 janvier 1958 (aff. *Lüth*)³⁵. M. Lüth était responsable du service de presse de Hambourg. Il avait appelé au boycott d'un film d'un réalisateur qui, en 1940, avait produit une œuvre antisémite. M. Lüth avait été condamné, en première instance, et sommé de cesser ses appels au boycott, sur le fondement de l'article 826 du Code civil interdisant les actions préjudiciables à autrui en violation des bonnes mœurs. La Cour constitutionnelle a décidé que cette décision du tribunal violait le droit fondamental de M. Lüth à la libre expression d'opinion (article 5 LF). Elle a souligné que les droits fondamentaux sont, en premier lieu, des droits de

32 Arrêt du 6 juin 1989, *Rec. (BVerfGE)* vol. 80, p. 137.

33 Arrêt du 15 décembre 1983, *Rec. (BVerfGE)* vol. 65, p. 1.

34 Katharina SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen 1997, p. 254 ss., a identifié plus de 100 éléments que la doctrine ou la jurisprudence ont classé dans le principe de l'État de droit.

35 *Rec. (BVerfGE)* vol. 7, p. 198.

défense contre l'État, mais qu'ils incarnent en même temps un ordre objectif de valeurs s'imposant comme choix constitutionnel à toutes les branches du droit ³⁶. Autrement dit, l'ordre juridique dans sa totalité doit être interprété à la lumière des valeurs constitutionnelles. Cette règle acquiert une portée spécialement importante lorsque le juge doit interpréter des normes contenant des concepts juridiques indéterminés. Appliquant une « théorie du balancier », la Cour a constaté que les limitations du droit à la libre expression d'opinion, prévues dans l'article 5 al. LF (« Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales ... »), doivent être interprétées, elles aussi, à la lumière de la décision axiologique constitutionnel du droit fondamental respective, de manière que le droit fondamental en tant que valeur constitutionnelle exerce un effet limitatif aux limites établies dans le texte constitutionnel. En l'espèce, la Cour a conclu pour cela que l'article 826 du Code civil en tant que prescription d'une loi générale au sens de l'article 5 al. 2 LF, aurait dû être interprété de façon plus restrictive.

La dimension axiologique ou objective des droits fondamentaux fut développée plus loin dans la jurisprudence postérieure. Ainsi la Cour a dérivé des droits fondamentaux des garanties procédurales, aussi bien quant au contentieux administratif qu'à la procédure non-contentieuse, pour rendre effectifs les droits fondamentaux et pour assurer leur prise en compte dès le commencement de chaque activité et procès délibératif du pouvoir public. En outre, la Cour a déduit de la dimension objective des droits fondamentaux, que les pouvoirs publics doivent les protéger activement. Le droit à l'intégrité physique, par exemple, oblige le législateur à prendre des mesures effectives pour que les risques pour la santé qui émanent d'activités industrielles soient minimisés. Ceci conduit à contrôler aussi bien les actions de l'État que ses inactions. Par conséquent, la Cour enfin a reconnu, à côté du critère traditionnel de proportionnalité, référée à une intervention « sur-mesure » d'un organe du pouvoir public, un nouveau critère de proportionnalité par lequel elle peut contrôler une protection « sous-mesure », c'est-à-dire un accomplissement insuffisant des devoirs de protection ³⁷.

La reconnaissance d'une double nature des droits fondamentaux, en tant que droits subjectifs d'une part et éléments d'un ordre de valeurs objectives d'autre part, se trouve aussi dans la jurisprudence constitutionnelle d'autres pays européens. Notamment le Tribunal constitutionnel espagnol a suivi ce chemin dès le début ³⁸.

C. L'interprétation du juge constitutionnel dans le contexte doctrinal

Comparée avec la conduite jurisprudentielle des autres Cours constitutionnelles, la Cour allemande est très attentive à la doctrine. Les arrêts reflètent souvent des conceptions d'origine doctrinale. La Cour, dans les questions fondamentales, discute et cite toujours les positions doctrinales les plus importantes. En ce qui concerne le développement de la méthodologie en matière d'interprétation constitutionnelle, l'influence de la méthode topique,

³⁶ Sur cette conception cf. déjà *supra* I B.

³⁷ Cf. notamment l'arrêt du 28 mai 1993, *Rec.(BVerfGE)* vol. 88, p. 203 (interruption de grossesse).

³⁸ Cf. l'arrêt du 15 juin 1981 (RA-16, 92/1980), *Boletín de la Jurisprudencia Constitucional (BJC)* 1981, p. 259.

développée par des auteurs comme Theodor Viehweg, Horst Ehmke et Konrad Hesse, a été déjà mentionnée³⁹. En outre, la Cour n'a pas encore reconnu explicitement le droit comparé comme une « cinquième méthode d'interprétation », comme une partie de la doctrine, notamment Peter Häberle⁴⁰, l'exige. Néanmoins, la Cour a utilisé à plusieurs reprises la méthode comparative pour confirmer des résultats trouvés. De même, le Tribunal constitutionnel espagnol et le Tribunal constitutionnel portugais se sont référés à la jurisprudence constitutionnelles d'autres pays européens et des Etats-Unis⁴¹.

En ce qui concerne les conceptions théoriques du droit constitutionnel, on peut observer l'influence d'auteurs de la théorie du droit ainsi que de la philosophie social et politique. Quant à la théorie des droits fondamentaux, Robert Alexy, par exemple, se basant sur Ronald Dworkin, opère une distinction entre principes et règles. Il considère les droits fondamentaux dans leur dimension de droits subjectifs comme règles, c'est-à-dire comme des « ordres définitifs », dans leur dimension objective comme des « principes d'optimisation »⁴². A partir de cette distinction, il a formulé une « loi de pondération » par laquelle les conflits entre deux principes devraient être résolus⁴³ : « Le plus haut le degré de non-accomplissement ou d'atteinte d'un des principes, le plus important doit être l'accomplissement de l'autre. ». C'est la réformulation de la pondération des biens appliquée par la Cour constitutionnelle dans le cadre du contrôle de la proportionnalité.

Récemment, la Cour constitutionnelle fédérale s'est référée à John Rawls⁴⁴, lorsqu'il s'agissait de développer, sur la base des dispositions constitutionnelles abstraites, des critères rationnels pour le système de la compensation financière (distribution des revenus d'impôts entre les Länder et la fédération et des Länder entre eux). Elle a souligné, d'une part, qu'il n'est pas possible d'étendre un « *veil of ignorance* » sur les délibérations des députés (du législateur) ; mais elle a suggéré d'autre part, que cette expérimentation d'un raisonnement rationnel puisse aider à trouver des critères acceptables à long terme qui ne soient pas seulement le résultat d'une négociation déterminé par des intérêts à court terme et par la relation des forces politiques à un moment donné⁴⁵.

IV.- CONVERGENCE DE L'INTERPRETATION CONSTITUTIONNELLE EN EUROPE

On peut regretter, ou craindre au moins, aux vues des développements précédents, une hypertrophie des droits fondamentaux. La situation se complique avec l'intégration de plus en plus marquée de la LF dans l'ordre juridique communautaire et international. De nouvelles strates de droits, de

39 *Supra*, II A 4.

40 Peter HÄBERLE, « Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als « fünfter » Auslegungsmethode », in *Juristenzeitung* 1989, p. 913-919.

41 Cf. Karl-Peter SOMMERMANN, « Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa », in *Die Öffentliche Verwaltung* 1999, p. 1017, 1025.

42 Sur la distinction entre dimension subjective et dimension objective cf. *supra* V B 3.

43 Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, p. 146.

44 John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Harvard), 1971.

45 Arrêt du 11 novembre 1999, *Rec. (BVerfGE)* vol. 101, p. 158.

nouvelles normes de références acquièrent ainsi une importance telle que la matière des droits fondamentaux se trouve de plus en plus complexe. Comment organiser, alors, cette coexistence des droits qui prend tout à la fois des allures de chance et de défi ?

La création de droits fondamentaux donne lieu à de multiples échanges. Le haut degré d'inspiration mutuelle se manifeste dans les nouveaux textes constitutionnels ainsi que dans les modifications des Constitutions traditionnelles. Les Constitutions post-socialistes, qui représentent la troisième grande vague du constitutionalisme européen d'après-guerre, sont un bon objet d'étude à cet égard. La Roumanie, par exemple, a suivi clairement l'exemple de l'Espagne en faisant figurer dans sa Constitution une norme commandant d'interpréter les droits fondamentaux à la lumière du droit international.

A. Le rôle du droit international public, notamment de la Convention européenne des droits de l'homme

Les États ayant introduit une clause d'interprétation spécifique à cet égard ne sont en réalité pas les seuls à utiliser les textes internationaux comme critère d'interprétation de la Constitution ou des lois ordinaires. En plus de l'Allemagne qu'on a déjà mentionnée dans ce contexte⁴⁶, on peut énoncer par exemple les Pays Bas ou la Suisse. À côté de la CEDH, ce sont notamment la Charte sociale européenne et les pactes mondiaux (le pacte international relatif aux droits civils et politiques et le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). Mais le même raisonnement vaut en principe pour les conventions spécialisées bien qu'il ne soit pas toujours facile de trouver un large consensus sur les standards communs. L'Allemagne par exemple n'a pas encore ratifié la Convention européenne sur la bio-médecine au motif que le niveau de protection de ce traité est inférieur à celui qu'offre la réglementation interne. Cet argument ne paraît pas très pertinent du point de vue juridique puisque le rôle de ce texte, comme de tous les traités en matière de protection des droits de l'homme, est de définir un standard minimum dans toute l'Europe, sans que cela ne s'oppose à l'élaboration d'une protection plus poussée dans les États.

Au-delà du standard matériel minimum qu'elle pose, la CEDH a influé sur la structuration du contrôle de la compatibilité d'une loi ou d'un autre acte des pouvoirs publics avec un droit fondamental. Selon la structure des articles de la Convention qui garantissent un droit individuel (notamment les articles 8 à 11), l'examen (en anglais : le « test ») passe par trois étapes : d'abord il faut définir la sphère de protection, ensuite déterminer si l'acte qui porte atteinte à la sphère de protection peut, en principe, être justifié par les limites énoncées dans l'article pertinent (par exemple des restrictions « prévues par la loi » pour défendre des biens publics déterminés), et finalement examiner si la restriction respecte aussi les « limites des limites ». Il est indispensable pour ce dernier aspect surtout la clause de proportionnalité que la restriction soit « nécessaire dans une société démocratique ». La Convention n'a donc pas seulement un impact sur la jurisprudence matérielle, mais aussi d'un point de vue formel, sur la structure des argumentations des Cours constitutionnelles.

B. La force harmonisatrice du droit communautaire

Le droit communautaire, dans son champ d'application, est encore plus efficace que le droit international puisqu'il est censé primer sur le droit interne. C'est aussi à travers lui que la CEDH a acquis encore plus d'influence. L'article 6 du traité sur l'Union européenne fait référence non seulement aux principes de l'État de droit, mais également à la CEDH et aux traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ceci signifie que ces principes font partie, selon la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, du droit communautaire primaire et que les autorités nationales, lorsqu'elles appliquent le droit dérivé, doivent l'interpréter au regard du droit primaire auquel appartiennent les standards de la CEDH.

Avec la Charte européenne des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, le droit communautaire possède une propre codification des droits fondamentaux qui, cependant, n'a pas encore le caractère de droit primaire obligatoire. Elle contient certes un catalogue de droits assez complet et quelquefois même innovateur, mais s'agissant de la structure des droits fondamentaux, le système des limites des droits est trop élémentaire. Les auteurs de la Charte ont essayé d'établir les mêmes critères de limitation à tous les droits fondamentaux sans prendre en compte suffisamment leur différent objet et nature. En plus, la Charte ne distingue pas la normativité des différentes catégories de droits qu'elle énonce. Du point de vue systématique et dogmatique, les Constitutions nationales sont beaucoup plus évoluées. La Charte donc ne représente point « l'acquis constitutionnel européen ».

La Cour de justice a déjà précisé, dans sa jurisprudence, le concept d'État de droit de l'article 6 en consacrant et précisant les sous-principes les plus importants, développés dans la doctrine de l'État de droit respectivement du *rule of law* dans plusieurs États membres. Elle a ainsi reconnu les principes de sécurité juridique, de confiance légitime, de proportionnalité ou bien encore le droit à un recours effectif. La jurisprudence de la Cour de justice a mené, dans quelques cas à des bouleversements substantiels dans les ordres juridiques nationaux. Ainsi, la nouvelle législation française sur le référé répond aussi à l'exigence affirmée par la Cour de Luxembourg d'une protection juridictionnelle effective en voie d'urgence. Auparavant, en conséquence de l'arrêt dans l'affaire *Factortame*, l'Angleterre a dû modifier profondément les principes du contrôle juridictionnel. Il ne faut donc pas sous-estimer l'influence harmonisatrice du droit communautaire en matière de protection des droits individuels.

V. CONCLUSIONS

Il est inhérent aux systèmes constitutionnels démocratiques que l'activité de l'État doit suivre des règles rationnelles, non-arbitraires, garantissant en même temps des droits individuels. Cela exige une interprétation structurée autour des arguments les plus pertinents, transparente et intersubjectivement transmissible. C'est ici la fonction primordiale de l'interprétation ; il est essentiel que la structuration se produise de manière transparente.

Les règles traditionnelles constituent de solides fondements à cet égard ; elles sont présentes, explicitement ou non, dans tous les systèmes juridiques européens, tant et si bien que l'on peut parler de « trésor

méthodologique commun ». Du reste, eu égard au caractère ouvert de la Constitution, cet ensemble de règles, doit être complété par d'autres approches, tirées de textes juridiques communs ou du droit comparé, de nature à renforcer la rationalité et la plausibilité interprétative.

Le discours de l'interprétation constitutionnelle comme la science juridique en général est devenu transfrontalier ; il s'est « déterritorialisé ». On s'approche de ce que le doyen Hauriou appelait un « droit commun constitutionnel »⁴⁷. C'est une évolution fascinante qui permet de réunir les expériences et les connaissances de différentes traditions juridiques dans une discussion commune et ainsi de contribuer au développement d'une science juridique européenne en droit constitutionnel.

Le doyen Favoreu. M. Capelletti, fondateur de la justice constitutionnelle comparée, avait souligné l'existence d'un droit constitutionnel transnational. C'est très vrai ; il existe effectivement un fonds commun auquel il est intéressant de contribuer. Mais les juges supranationaux n'ont certainement pas vocation, sinon à harmoniser, surtout à s'ériger en espèces de « super Cours constitutionnelles ». Il ne faut pas voir là l'expression d'une opposition de principe à l'intégration européenne, et il est d'ailleurs même sans doute utile d'avoir une telle harmonisation au plan des procédures, des garanties, des techniques de protection des droits (droits procéduraux). En revanche, il n'est pas évident que cette harmonisation doive s'étendre aux « choix de société » (avortement, liberté de religion, etc). En ces matières, l'intervention des juges du Luxembourg et de Strasbourg n'est pas souhaitable. Il appartient à chaque Cour constitutionnelle, compte tenu du contexte national, d'opérer ces choix (cf. l'arrêt Opendoor a été rendu alors que le peuple irlandais avait décidé que la vie commence dès la conception). Cela est d'autant plus vrai que l'Europe s'élargit (Comment, en matière de liberté de religion, harmoniser les droits de la Grèce et de la Norvège ?) et que les juges européens souffrent, quelles que soient leurs qualités, d'une carence de légitimité. L'harmonisation rencontre donc des limites ; il devrait y avoir une subsidiarité du droit européen des droits fondamentaux ainsi que c'est prévu, et non une primauté. Il est absolument nécessaire de distinguer selon les pays : la France, l'Allemagne ou l'Italie ont-elles autant besoin de la CEDH que la Bosnie-Herzégovine ?

On constate dans la jurisprudence européenne un véritable dynamisme. On est passé, par une sorte de saut qualitatif, de la communauté juridique à une communauté de valeurs. Or, ce dynamisme peut devenir un risque pour l'intégration européenne lorsqu'il ne tient pas compte des spécificités sociales, historiques et politiques des États.

Otto Pfersmann. La transparence de l'interprétation doit être la vertu fondamentale d'une science du droit. Pourtant, vous avez montré que les démocraties européennes font plutôt preuve de la plus grande obscurité en la matière, en utilisant, de manière sophistiquée, des arguments présentés comme des interprétations et qui, en vérité, permettent de ne pas appliquer les dispositions du droit constitutionnel positif. La transparence est donc incontestablement une exigence louable, mais rien ne permet d'attester quelle est effective dans les jurisprudences constitutionnelles européennes ; bien au contraire. D'ailleurs, le problème des limites à l'harmonisation se pose en partie parce que les Cours constitutionnelles nationales n'argumentent pas de manière transparente et les juges européens utilisent à leur profit les techniques non-transparentes

d'interprétation développées par les Cours nationales. En somme, quel que soit le degré d'harmonisation que l'on réclame d'un point de vue politique, pour le juriste, en tant qu'observateur neutre et scientifique du degré actuel d'harmonisation, il s'agit de montrer ce que devrait être le standard d'interprétation devant s'imposer au juge. C'est à la science du droit de montrer l'exemple ; or, elle montre le mauvais exemple.

Cela est une appréciation critique du système décrit qui clôt très justement l'intervention. Il est absolument nécessaire, en effet, de se dégager d'une jurisprudence et d'une doctrine trop baroques et de reconduire l'interprétation à des critères clairs et bien déterminés. Il est la tâche de la science juridique de promouvoir la rationalisation de l'interprétation constitutionnelle.