

LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE ET LA JURISPRUDENCE

Par

Heinrich SCHOLLER
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Munich (Allemagne)

PLAN

- I.- **La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence constitutionnelle dans les différents systèmes juridiques**
 - 1 - La juridiction constitutionnelle, selon le modèle américain
 - 2 - La juridiction constitutionnelle dans l'Europe Centrale
 - 3 - Introduction du modèle de l'Europe centrale dans l'Europe de l'Est (Pologne, Hongrie, Russie)
 - 4 - Hongrie : la plainte populaire (*quivis ex populo*)

- II.- **La juridiction constitutionnelle dans la théorie du droit**
 - 1 - Le tribunal, comme arbitre dans un système juridique hiérarchisé (Amérique, Allemagne)
 - 2 - Le tribunal, gardien des Droits de l'Homme
 - 3 - Le problème de la juridiction constitutionnelle en France et en Angleterre
 - 4 - La Cour de justice européenne et les Droits de l'Homme en Europe

- III.- **La juridiction constitutionnelle, en tant que créatrice de droit judiciaire, ou en tant que législateur**

- IV.- **La juridiction constitutionnelle, point de départ d'un ordre juridique ?**
 - 1 - Dichotomie : droit prétorien et droit codifié
 - 2 - Comment peut-on expliquer les jugements "Vis legis" du Tribunal Constitutionnelle ?

I - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE ET LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES

1 - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE, SELON LE MODÈLE AMÉRICAIN

Avec le jugement fondamental, rendu en 1803, par la Cour Suprême américaine, il est possible de se reporter à près de 200 ans en arrière en ce qui concerne la juridiction et la jurisprudence constitutionnelle.

A vrai dire, les origines de la juridiction constitutionnelle remontent à la fin du Moyen-Age et au début des Temps Modernes. Ainsi, au XVIIIe siècle déjà, dans le droit anglais, des jugements confirmaient la compétence des tribunaux anglais en matière de contrôle constitutionnel. Néanmoins, la souveraineté de l'État s'imposa par la suite et ce n'est qu'à partir du XIXe siècle que se développa ce qu'il est possible de nommer une juridiction constitutionnelle moderne.

En se plaçant à divers points de vue, on peut différencier des modèles très dissemblables de juridiction constitutionnelle. Nous limitant à l'essentiel, nous n'en examinerons que trois, dans leur relation avec le système juridique.

Le modèle américain de jurisprudence constitutionnelle déjà cité, a son origine dans la structure fédérale de l'ordre juridique américain. Dans tout système fédéral, il est nécessaire d'instituer une instance aussi neutre que possible, ayant à connaître des contestations pouvant survenir entre le pouvoir central et les États-membres. Dans l'empire allemand de Bismarck, c'était le Conseil Fédéral (Bundesrat), où se trouvaient représentés les différents États. Il ne possédait, certes pas l'organisation mais, néanmoins, la fonction constitutionnelle d'aplanir les divergences fédérales. Dans cette "racine" fédérale de la juridiction constitutionnelle, ce qui est déterminant c'est le fait que, dans un pays de droit coutumier également, existe la même nécessité d'un Tribunal indépendant pour régler les litiges, que dans un système de droit codifié. Ainsi, en Allemagne et dans la constitution de Weimar ; mais surtout, par la suite, avec la loi Fondamentale, la conciliation fédérale a été un élément essentiel, de même qu'une base déterminante pour l'introduction d'une juridiction constitutionnelle.

L'article 93, alinéa 1, n° 1, 2, 3 et 4 de la Loi Fondamentale énumère les cas de compétence du Tribunal Constitutionnel Fédéral. La question de savoir si ce Tribunal peut développer un droit prétorien, de même que le fait pour celui-ci de ne pouvoir s'insérer que difficilement dans le système juridique existant, ne se posent que lorsque la juridiction constitutionnelle s'étend à des questions de droits fondamentaux ; car elle pénètre alors dans tous les domaines du droit et ne reste pas limitée au règlement des litiges fédéraux entre le centre et la périphérie.

2 - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE DANS L'EUROPE CENTRALE

En Europe Centrale, trois systèmes, bien que différents entre eux, se sont développés. Signalons, tout d'abord, le modèle suisse. Il présente des analogies extérieures avec la juridiction constitutionnelle américaine ; néanmoins, il s'est inséré dans un système juridique de droit codifié. Par contre, en partant de l'organisation de la compétence juridictionnelle, l'Autriche et la République Fédérale d'Allemagne ont trouvé une autre solution, par la création d'un Tribunal particulier, comme organe d'administration de la justice ou encore, comme organe suprême de

l'État, à double caractère. Dans l'exemple autrichien, comme dans l'exemple allemand de la juridiction constitutionnelle, les décisions relatives aux droits fondamentaux jouent un rôle très important. Lorsque des questions s'y rapportant apparaissent également dans le cadre du contrôle de l'application des normes, cependant, de manière prépondérante, elles font l'objet d'un recours constitutionnel pouvant être introduit, d'après l'article 93, alinéa 1, n° 4 de la Loi Fondamentale contre les mesures prises par les pouvoirs publics, donc contre des actes de législation, de jurisprudence et d'administration.

La protection des droits fondamentaux constitue une très ancienne "racine" de la juridiction constitutionnelle. Cette notion remonte également au droit anglais des XVIe et XVIIe siècles et trouve son origine, d'une part, dans des démêlés entre le Parlement et la Couronne et, d'autre part, dans la compétence juridictionnelle. Bien que les deux principes, protection des États fédéraux et protection des droits fondamentaux des individus, aient assez rapidement fusionné, les deux notions, néanmoins, se laissent très clairement différencier entre elles.

3 - INTRODUCTION DU MODÈLE DE L'EUROPE CENTRALE DANS L'EUROPE DE L'EST (POLOGNE, HONGRIE, RUSSIE)

On peut reconnaître un troisième modèle dans le développement de la juridiction constitutionnelle où ni la protection de structures fédérales, ni celle du droit des personnes n'ont joué un rôle important. En France, du reste, de même qu'en Grande Bretagne, l'idée de la souveraineté du Parlement a longtemps empêché de soumettre les actes législatifs, en tant qu'expression de la volonté populaire, à un contrôle constitutionnel, lorsqu'en raison de leur contenu, ils revenaient à une vérification des droits fondamentaux. Ceci ne s'est modifié que dans les derniers temps seulement. Néanmoins, en France, il a toujours existé des amorces de juridiction constitutionnelle devant contrôler et surveiller la hiérarchie des organismes, à l'intérieur de la constitution. On pourrait presque y voir une analogie de la justification de compétence pour la conciliation des divergences fédérales.

4 - HONGRIE : LA PLAINTÉ POPULAIRE (QUIVIS EX POPULO)

L'introduction de Tribunaux administratifs et constitutionnels a suivi rapidement l'effondrement des législations marxistes dans l'Europe de l'Est. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Hongrie et celle du Tribunal constitutionnel russe ont surtout suscité aussi un vif intérêt en dehors de ces pays. Il y a lieu de reconnaître à cet égard que pour la Cour constitutionnelle de Hongrie, l'origine de la juridiction se trouve davantage dans la conciliation fédérale et dans celle aussi des compétences organiques, alors que cette Cour est orientée vers la fonction de protection des droits fondamentaux. Du fait que la Hongrie elle-même constitue un état unitaire, sans éléments fédéraux, une orientation, ainsi qu'une justification de la juridiction constitutionnelle suivant l'idée de la protection fédérale ou de celle des organismes au sein des institutions constitutionnelles, n'aurait, du reste, pas été rationnelle. Ainsi, dans l'Europe de l'Est, on peut, de nouveau, absolument reconnaître les deux "racines" différentes d'où est sortie la juridiction constitutionnelle et de même, on reconnaît les différentes fonctions qu'elle possède dans un système étatique centralisé, ou fédéral.

L'exemple hongrois est également intéressant pour une autre raison, car la protection des droits fondamentaux s'y trouve réglée par l'idée générale de la protection du droit. La Cour constitutionnelle hongroise, en s'appuyant sur la nouvelle constitution, peut adapter le droit d'avant l'effondrement du régime

marxiste, au moyen des plaintes populaires. Des plaintes de ce nom n'ont existé et n'existent en Europe Centrale qu'en Bavière, où l'article 98-5 de la constitution contient une disposition de ce genre, depuis 1946. Elle autorise tout un chacun en Bavière, comme en Hongrie, indépendamment du fait d'être soi-même atteint directement et présentement dans ses droits fondamentaux par un acte législatif, à censurer la violation par des actes législatifs du Parlement. Aussi bien la juridiction constitutionnelle hongroise que la politique juridique hongroise, voient dans l'institution de la plainte populaire, un instrument pour transformer le droit issu du soi-disant centralisme démocratique antérieur, dans l'organisation judiciaire démocratique de l'état. Il existe déjà des indices en Hongrie, comme quoi la juridiction constitutionnelle se trouve surchargée par la prédominance des actions concernant la protection des droits fondamentaux ; principalement depuis un changement politique.

II - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE DANS LA THÉORIE DU DROIT

Les deux schémas différents ci-dessus exposés, comme fondement de la juridiction constitutionnelle, ont également une correspondance dans la légitimation théorique du droit. Pour juger de la juridiction constitutionnelle, de son adaptation à l'organisation judiciaire et de son développement ultérieur, il est très important de savoir quelle légitimation elle peut recevoir de la théorie du droit.

1 - LE TRIBUNAL, COMME ARBITRE DANS UN SYSTÈME JURIDIQUE HIÉRARCHISÉ (AMÉRIQUE, ALLEMAGNE)

La juridiction constitutionnelle est à considérer comme arbitrale en tant qu'organe de contrôle dans un système juridique fédéral, ou comme organisme de jugement à l'égard de la hiérarchie des institutions constitutionnelles. Elle a l'obligation de statuer sur la répartition exacte et la balance des compétences et des droits des deux parties en conflit, en se tenant à une distance aussi neutre et lointaine que possible. Si la structure fédérale est déjà en soi un pendant, ou une analogie, à la répartition horizontale des pouvoirs, elle est également saisie et appliquée effectivement comme division verticale des pouvoirs. Il n'est pas étonnant alors que la théorie d'un tribunal exige que cette répartition des pouvoirs doit garantir que les choses doivent se trouver en dehors de ces pouvoirs. Le Tribunal constitutionnel fédéral reçoit ainsi la fonction d'un organisme étatique suprême et il n'est pas institué comme étant une partie du pouvoir judiciaire. La fonction du juge conciliateur et du juge arbitral est fondée sur la notion que les parties en conflit, ne relevant pas éventuellement des conditions requises par une constitution existante, se sont mises d'accord sur une conciliation arbitrale et pacifique. Il s'ensuit que le modèle arbitral repose sur l'idée que c'est moins par une sentence autoritaire, que par un consensus que doivent se régler les conflits pouvant surgir. La juridiction arbitrale est justifiée, moins par le pacte social que par une disponibilité au dialogue, donc par un consensus préparé et justifié.

2 - LE TRIBUNAL, GARDIEN DES DROITS DE L'HOMME

Il en va autrement pour la justification de la juridiction constitutionnelle, comme gardienne des droits fondamentaux et des droits de l'homme. Ici, la juridiction est considérée comme devant assurer, dans une organisation judiciaire, la surveillance et la protection des droits et des valeurs supérieures. Mais une

juridiction ne peut exercer ces fonctions qu'à la condition qu'il lui soit fait appel par accord des deux parties, en qualité d'arbitre neutre et distant. Dans sa fonction de surveillance, la juridiction constitutionnelle doit être considérée comme assez proche d'une instance statuant d'office. Cela ne signifie pas que le Tribunal agisse au titre de sa fonction ; mais, lorsqu'on s'adresse à lui, qu'il peut juger dans toute l'étendue possible, sans être lié par les conclusions des parties. Cette théorie de la fonction de surveillance trouve particulièrement son expression dans les organisations judiciaires de Bavière et de Hongrie, déclarant que le Tribunal est compétent en matière de plainte populaire, car en pareil cas, il n'existe pas d'atteinte subjective au droit ayant conduit à s'adresser au Tribunal ; tout un chacun étant fondé à le faire, qu'il s'estime être lésé ou qu'il ne le soit pas : la chose étant indifférente.

3 - LE PROBLÈME DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE ET EN ANGLETERRE

Du fait qu'il n'existe pas de structures fédérales en France, ni en Angleterre, on comprend que la juridiction constitutionnelle ne pouvait pas s'imposer par une discussion théorique. Ici faisait tout d'abord défaut une incitation à créer la fonction de juge arbitre et, par là la nécessité d'y faire appel de manière consensuelle. Pour ce qui regarde la fonction de veiller à la protection des droits fondamentaux, ces deux pays partent d'une même considération théorique, en ce qu'ils nient un tel rôle, du fait que, dans la souveraineté du Parlement, ils voient une dimension qui ne peut être réduite. En outre, ils présentent une particularité à l'égard du catalogue des droits fondamentaux traditionnels. Alors que l'Angleterre ne possède absolument aucune charte écrite des droits fondamentaux - abstraction faite des déclarations historiques - et ne présente non plus aucune constitution écrite, la France renvoie constamment, en ce qui concerne la pratique et la théorie constitutionnelle, à la déclaration générale des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. De ce fait, les droits fondamentaux ont échappé à une instrumentalisation juridico-technique, pour devenir un fondement général de la société. Dans ces conditions, une fonction particulière de surveillance ne cadrerait pas avec cette représentation.

4 - LA COUR DE JUSTICE EUROPÉENNE ET LES DROITS DE L'HOMME EN EUROPE

Sans doute est-il préférable de considérer ce nouveau modèle comme la réalisation partielle des modèles nationaux existants. Sur le plan européen existent, d'une part la Cour de Justice européenne des droits de l'homme, à Strasbourg et le Tribunal européen de Luxembourg qui est le Tribunal compétent pour la Communauté européenne : Ces deux Tribunaux ne fonctionnent pas pour la même, mais pour deux associations différentes d'états. Alors que pour la Cour de Justice européenne des droits de l'homme à Strasbourg, la protection des droits fondamentaux et la fonction de leur surveillance se trouvent au premier plan, le Tribunal européen de Luxembourg est plutôt un arbitre. De toute manière, il a très fortement un rôle d'arbitrage, encore que la Cour de Justice européenne puisse être saisie par des individus et non pas seulement par des états. Que la Cour de Justice européenne ait au moins la fonction de gardienne constitutionnelle ou de surveillante constitutionnelle par la protection des droits fondamentaux, ressort déjà du débat sur la question de savoir si les droits fondamentaux et quels droits fondamentaux s'appliquent à la Communauté européenne. L'idée, qu'il s'est formé entre-temps un système coutumier de droits fondamentaux et de droits de l'homme sur le plan juridique européen, commence à s'imposer.

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de noter que la Cour de Justice européenne pour les droits de l'homme, dans une certaine mesure, remplit davantage un rôle d'arbitrage, plutôt qu'une fonction active de jugement, en matière de protection des droits de l'homme. En effet, les plaintes d'individus, dénommées réclamations individuelles, ne peuvent être portées devant la Cour de Justice européenne, qu'après avoir été acceptées par la commission européenne. Par là, le conflit opposant un citoyen européen à son état, se transforme en une discussion entre la commission européenne, comme partie de la Cour de Justice pour les droits de l'homme, et l'État National. Il se crée ainsi un litige quasi-fédéral, déclenchant ou dégageant le rôle arbitral de la Cour de Justice.

III - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE, EN TANT QUE CRÉATRICE DE DROIT JUDICIAIRE, OU EN TANT QUE LÉGISLATEUR

Les justifications théoriques ci-dessus présentées de la juridiction constitutionnelle ne disent encore rien de la question de savoir si elle doit se limiter à la création d'un droit prétorien, ou si elle assume la fonction d'un législateur. S'il ne s'agissait, pour la juridiction constitutionnelle, que de créer un droit prétorien, il n'y aurait pas de problème. Cela vaut pour tous les systèmes avec droit coutumier ; car, dans ces systèmes, le droit prétorien est, au fond, le droit originel, récapitulé en un système de cas constituant des "précédents". Mais s'agit-il vraiment, uniquement d'un droit prétorien, avec la juridiction constitutionnelle ? Un tel droit est reconnu dans des organisations judiciaires qui, du fait d'actes législatifs parlementaires codifiés ont été, en principe, aux Tribunaux, la possibilité d'établir le droit par des jugements ; éventuellement de le créer avec effet légal. De même, des pays ayant une codification légale de bout en bout par des lois du parlement, ont admis entre-temps, la "possibilité" de créer le droit par des jugements, lorsqu'il y avait lieu de combler des lacunes existantes ou d'établir des analogies. S'agissant de la compétence des Tribunaux constitutionnels, en ce qui concerne l'aplanissement de conflits fédéraux, ou de la détermination des ordres de compétence au sein de la hiérarchie constitutionnelle, il pourrait être absolument parlé de lacunes existantes à combler. En règle générale, du fait de leur caractère juridico-politique et de la nécessité d'aboutir à des formules de compromis, les constitutions sont très imprécises et leurs mailles, très lâches; elles doivent éviter de fixer des réglementations de détail. Par le jeu des forces politiques, la pratique étatique et constitutionnelle devrait parvenir aux concrétisations nécessaires. Dans un système constitutionnel ainsi établi, il doit être envisagé, dès le départ, que le droit prétorien puisse être créé par la conciliation fédérale des conflits venant à se produire.

Dans ces cas, il ne s'agira que de clarifier des questions de détail dans une constitution à larges mailles. Par contre, il en va différemment, lorsque, dans le cadre de la fonction de gardien pour la protection des droits fondamentaux, le Tribunal constitutionnel ou la juridiction constitutionnelle pénètre dans de vastes parties de l'organisation juridique ou, par une déclaration de nullité, oblige les législateurs à effectuer d'importantes codifications nouvelles. Plus problématique encore apparaît la question, lorsque la juridiction constitutionnelle ne se borne pas à déclarer nulles des prescriptions légales ou des actes légaux complets, mais dans le cadre de décisions en appel, va jusqu'à obliger le législateur à effectuer dans un délai déterminé, une nouvelle réglementation de la matière, sous certains points de vue. On ne se trouve pas alors en présence d'une légifération négative de la part de la juridiction constitutionnelle, mais d'une intervention directe dans la formation positive de l'ordre juridique.

La question se pose donc de savoir si cette compétence élargie des Tribunaux constitutionnels est compatible avec un schéma administratif horizontal et un mode de division laissant pour le moins au parlement désigné par le peuple, la fonction centrale de légiférer. Il n'est nullement question ici de faire appel au schéma traditionnel de la division des pouvoirs remontant à Montesquieu. Il est admis partout que cette division horizontale constitue au fond un enchevêtrement de fonctions. Du fait, déjà, qu'on part d'un pouvoir d'état unitaire et parce que, en plus, les domaines étatiques d'action, convertis de pouvoirs en fonctions, s'engrènent et s'enchevêtrent les uns dans les autres. Parler d'un enchevêtrement complexe et d'un contre-balancement des fonctions, correspond donc beaucoup mieux pour décrire la situation constitutionnelle présente. Mais, même dans cette situation modifiée et en quelque sorte admise, un reste de responsabilité propre du Parlement demeure qui ne peut être transférée à d'autres organes par des entrecroisements de fonctions. Ce reste exige que la constitution garantisse que les questions centrales de réglementations générales abstraites des conditions de vie soient fixées par un organisme directement désigné par le Parlement. Mais l'organisme directement désigné par le peuple, par votation, ne peut être que le Parlement lui-même. Un organisme subordonné, désigné par le Parlement, même à une forte majorité, ne pourra jamais prétendre être un organisme issu de la volonté populaire par votation égalitaire, directe, générale et secrète.

Néanmoins, la question se pose de savoir de quelle façon la théorie du droit considère cette fonction accrue de la juridiction constitutionnelle, particulièrement en se référant à la situation du Tribunal constitutionnel fédéral, en Allemagne. Caractéristique à cet égard est le jugement, rendu le 8 avril 1993, par ce tribunal. Le parti libéral allemand (FDP) qui participe à la coalition gouvernementale de l'Allemagne fédérale, avait présenté au Tribunal constitutionnel fédéral, en date du 2 avril, une requête lui demandant de se prononcer sur la question de savoir si des soldats allemands, pilotes d'avions AWACS, pouvaient participer à des vols au-dessus de la Yougoslavie, dans le cas où on en viendrait à des mesures de contrainte, donc à des engagements militaires. La décision de rejet du Tribunal qui, néanmoins s'est déclaré en principe compétent a été commentée de la façon suivante dans la presse, par le S.Z. du 10/12 avril :

Le premier engagement militaire de soldats allemands après la fin de la deuxième guerre mondiale, résulte d'une approbation provisoire du Tribunal constitutionnel fédéral. Par cinq voix contre trois, le second sénat a rejeté des demandes de fractions de la diète fédérale appartenant au parti libéral et au parti social démocrate (SPD), concernant une décision provisoire, visant le retrait des 162 soldats de l'armée fédérale des 18 avions AWACS de l'OTAN.

Dans une justification orale de sa décision, le Tribunal a affirmé sa compétence dans la procédure d'une ordonnance provisoire, en se fondant sur le § 32, alinéa 1 du code BVerf GG, et se référant à une décision antérieure (BVerf GE 83, 162/171 et pages suivantes et 86, 390/395). Les deux recours ont été considérés comme recevables et non apparemment infondés. En ce qui concerne la décision de participer à des engagements d'avions AWACS, il se serait agi d'une mesure suivant le § 64, alinéa 1 de la BVerf GG. En d'autres termes, un conflit dans la coalition gouvernementale fédérale a été finalement renvoyé au Tribunal constitutionnel, afin d'éviter une perte de face politique. De toute manière, il a été possible au parti de coalition FDP, d'après le jugement du Tribunal, d'effectuer un revirement politique, sans dommage. Néanmoins, dans un conflit de coalition déguisé, le Tribunal constitutionnel fédéral ne peut être saisi ni comme protecteur, ni comme surveillant. Par des jugements, la juridiction constitutionnelle dérape dans l'activité gouvernementale. Ce n'est pas sa vocation, sinon on verrait dans la saisine du Tribunal une échappatoire pratique et

complaisante, lorsqu'on redoute un compromis ou qu'on s'est aventuré trop loin dans une question et qu'on ne veut ni accepter de perdre la face publiquement par un recours en cassation, ni mettre en danger la coalition. Mais, des questions de politique se trouvent ainsi transférées au Tribunal de manière inadmissible. La même chose arrive là où la juridiction constitutionnelle assume en réalité le rôle du législateur. Il ne s'agit pas simplement de droit prétorien, intervenant à côté du droit établi, mais de l'intrusion des Tribunaux constitutionnels dans la fonction législative. Ce n'est pas tout à fait à tort qu'il a été dit du Tribunal constitutionnel en Allemagne, qu'il constituait une troisième chambre législative.

Ce développement n'est seulement compréhensible que lorsqu'on le considère sur l'arrière-plan d'une quelconque incertitude et d'une antipathie à l'égard de la démocratie, principalement, sous la forme d'une étatisation des partis et d'une domination de ceux-ci. Le public se rassure alors, lorsque des experts, arbitres neutres, ou juges se sont prononcés impartialement sur l'affaire, et que, pour un temps au moins, les politiciens acharnés ont dû se retirer de l'arène ; mais on perd de vue dans l'affaire, que la composition des Tribunaux constitutionnels dépend déjà a priori de la majorité des 2/3 à la diète fédérale et au conseil fédéral exigée pour la désignation des juges constitutionnels.

En outre, on perd de vue que déjà l'entente entre les partis du gouvernement et de coalition, à laquelle le parti junior, donc le FDP, a dû faire appel pour saisir le Tribunal constitutionnel fédéral, représente un consensus pour donner une base au rôle d'arbitre de ce Tribunal, là où il ne possède aucune compétence. La nécessité d'une protection du droit fait défaut à la procédure suivie, car les partis divisés auraient pu régler la question par la voie d'un accord de coalition, ou en sortant de celle-ci.

IV - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE, POINT DE DÉPART D'UN ORDRE JURIDIQUE ?

1 - DICHOTOMIE : DROIT PRÉTORIEN ET DROIT CODIFIÉ

On peut considérer le développement qui se manifeste comme le résultat d'une crise de la démocratie ayant conduit au remplacement des parlements par des experts. L'expertocratie de notre époque a trouvé sa justification à chaque étape de l'histoire des idées politiques. Finalement, l'expertographie remonte à personne d'autre que Platon qui fut le premier, dans le postulat du règne des philosophes, à tenir une telle forme de règne comme étant la meilleure. Mais le fait que les développements les plus récents puissent se réclamer de la théorie du règne des philosophes, ne simplifie pas le problème.

Néanmoins, il est possible de considérer le développement d'un côté positif et d'y voir l'éclosion d'un nouvel ordre juridique. Ce nouvel ordre ne serait plus déterminé par le règne des parlements et des Tribunaux, mais de nouveaux facteurs seraient introduits dans le processus de détermination du droit, faisant apparaître dans les mécanismes de fixation du droit un pluralisme qui triompherait de la dichotomie existante entre le droit prétorien, d'une part et, d'autre part, le droit parlementaire, fixé par le parlement. du fait que la juridiction constitutionnelle représenterait une troisième façon d'établir le droit. Toutefois, il y aurait lieu de clarifier immédiatement la question de savoir si le droit résultant de la jurisprudence constitutionnelle n'aurait que la force d'une simple loi, ou si des jugements rendus par un Tribunal constitutionnel acquerraient une valeur constitutionnelle. La réglementation du § 31 de la BVerf GG ne dit rien de clair à ce sujet. Elle stipule seulement que tous les organes de l'état sont liés par ces décisions, au même titre

que par une loi ordinaire. La question concernant la qualité de l'obligation reste ouverte.

S'agit-il, lorsqu'il y a lieu d'interpréter la constitution, d'une liaison au titre du droit constitutionnel, ou la décision du Tribunal constitutionnel n'a-t-elle que l'effet d'une simple Loi ? Dans le premier cas, un recours au titre de la constitutionnalité du jugement ne serait possible qu'avec des majorités extraordinaires. Il produirait une pétrification ; par contre, en ne voyant dans le jugement rendu qu'une simple obligation de la loi, le législateur pourrait alors, à tout moment, suspendre ou modifier les décisions des tribunaux constitutionnels.

2 - COMMENT PEUT-ON EXPLIQUER LES JUGEMENTS "VIS LEGIS" DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ?

En dehors de ces jugements de clarification concrets, exigés par la pratique, il est important pour la théorie du droit de savoir, si les droits fondamentaux sont à considérer davantage comme des garanties de droit que comme des valeurs ; dans quel rapport se trouvent les droits à la liberté et ceux concernant l'égalité ; et si, finalement, l'expertocratie ne représente pas une modification du pacte social.

Du fait que la jurisprudence constitutionnelle est toujours liée à un jugement de ce qui est supérieur et de ce qui est inférieur ; à un ajustement de ce qui est inférieur, à ce qui est supérieur ; à l'alignement sur la constitution, de la norme inférieure de la constitution sur la norme supérieure : le problème consiste en ce que l'appréciation constitutionnelle, qui n'est pas purement formelle, développe une classification de valeurs. Cette classification est celle créée par le Tribunal, et pas nécessairement celle de notre société ne coïncidant pas avec la propre classification des juristes. Entre les actes séparés du pouvoir législatif s'intercale, par conséquent, une classification intermédiaire n'ayant pas ou très peu de légitimation démocratique.

Comme exemple, mais aussi, à titre documentaire pour un problème plus large, on peut citer la théorie de la prépondérance de la liberté par rapport à l'égalité. Depuis la deuxième guerre mondiale, la théorie s'est imposée dans la jurisprudence des tribunaux constitutionnels, que les droits de la liberté sont plus forts et plus importants que ceux de l'égalité. On a appelé cela la prépondérance de la liberté sur l'égalité. La constitution ne donne ici aucun point d'appui. Le fait que, de façon purement numérique, les droits d'égalité sont moins nombreux que ceux de liberté, ne devrait pas être déterminant. Du reste, le déficit en postulats d'égalité a montré ces derniers temps une nette évolution vers l'égalité des chances.

Cet exemple fait voir que la classification juridique intermédiaire possède une grande originalité et qu'elle n'est pas légitimée par la constitution. Il est vrai que cette juridiction constitutionnelle extensive trouve une quasi-légitimation dans ce qu'on pourrait nommer un consensus politique. Partant du fait que des parlements, des partis et des groupements quelconques ne se montrent pas capables de compromis, on accepte donc, par consensus, que des arbitres ou des juges décident dans des contestations qui ne peuvent être réglées. Un consensus intervient donc à la place du contrat social. Mais un contrat social, un consensus ou des arrangements consensus tels que des conventions ou des échanges verbaux sont fondamentalement différents. Le contrat social possède un caractère politico-obligatoire, alors que le consensus ou la convention est modifiable à tout moment. Dans la fonction croissante de la juridiction constitutionnelle, on peut donc apercevoir une réduction, ou une dissolution du contrat social par des conventions, ou par un consensus.

Dans le règlement dialogué d'un conflit devant un tribunal constitutionnel, dans lequel toutes les parties présentent leurs arguments et se soumettent à la décision du juge-arbitre, apparaît nettement la nature du consensus. Il est réservé aux