

DIALOGUE ET COMPÉTITION  
DES COURS SUPRÊMES  
OU LA CONSTRUCTION  
D'UN SYSTÈME JURIDICTIONNEL

**L**A COUR DE CASSATION, LE CONSEIL D'ÉTAT ET LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL sont trois cours suprêmes, qui interviennent dans des domaines distincts<sup>1</sup>. À la Cour de cassation le contrôle des actes privés, au Conseil d'État celui des actes administratifs et au Conseil constitutionnel le soin de vérifier la constitutionnalité des lois et des traités internationaux. 41

Ce rapide énoncé des missions de chaque cour laisse peu de place au dialogue et à la compétition. Comment, en effet, des juridictions qui interviennent sur des terrains différents pourraient-elles entrer en relation ?

Cela peut se produire lorsque les juges se trouvent confrontés à des situations similaires, bien que relevant d'un droit différent. C'est le cas, par exemple, en matière de responsabilité médicale où la Cour de cassation (à propos des actes médicaux relevant du droit privé) et le Conseil d'État (à propos de ceux relevant du droit public) se concurrencent dans la recherche de la jurisprudence la plus libérale en matière de droit à réparation<sup>2</sup>.

Une autre situation est celle rencontrée lorsque les juges utilisent la même norme de référence pour leur contrôle. Nous savons qu'il est inhérent à l'action de juger, pour établir ce que l'on nomme le *rapport de conformité*<sup>3</sup>, de déterminer le sens du texte à contrôler, ainsi que celui

---

1. Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Montchrestien, 17<sup>e</sup> éd., 2001, p. 708.

2. Voir par ex. CE, ass., 24-11-1961, *Letisserand, D*, 1962, p. 34, concl. Heumann, arrêt par lequel le Conseil d'État s'aligne sur la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation en reconnaissant le droit à réparation de la douleur morale.

3. Louis Favoreu et Thierry Renoux, *Le Contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, p. 145.

de la norme servant de référence au contrôle<sup>4</sup>. Les juges sont alors conduits à s'observer mutuellement au sujet du sens à donner à la norme en cause. Cette situation est particulièrement avérée lorsque la Constitution est la norme de référence.

La Constitution est, en effet, le terrain privilégié de la rencontre des juges. Dès lors, l'histoire de ce ménage à trois est celle de la construction d'un système juridictionnel dans lequel cohabitent dialogue et compétition entre les acteurs. C'est sous cet angle, « systémique », que sont envisagées les relations entre les juges<sup>5</sup>, le système apparaissant comme un instrument de compréhension des relations entre les cours suprêmes, ce qu'illustre la question de l'autorité des solutions dégagées par le Conseil constitutionnel sur les cours administratives et judiciaires.

42

## LE SYSTÈME COMME INSTRUMENT DE COMPRÉHENSION DES RELATIONS ENTRE LES COURS SUPRÊMES

### *Présentation de la notion de système*

Le mot « système », emprunté au bas latin *systema*, qui reprend une acception du grec *sustéma*, signifie « assemblage », « ensemble »<sup>6</sup>.

Pour Ferdinand Saussure (1857-1913), précurseur en linguistique, le système est « une totalité organisée, faite d'éléments solidaires ne pouvant être définis que les uns par rapport aux autres en fonction de leur place dans cette totalité<sup>7</sup> ».

La notion de système ne se limite donc pas à la seule *réunion* d'éléments, mais suppose l'existence de véritables *relations spécifiques* entre

4. Michel Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 133 *sq.*

5. Qu'il soit permis de renvoyer à notre thèse, *Les Juges français de la constitutionnalité* (dir. P<sup>r</sup> Slobodan Milacic), Bordeaux IV, 2000 ; à paraître, Bruylant-Sakkoulas. Sur les vertus d'adopter une vision globale – que permet l'étude systémique –, Catherine Thibierge, « Enseigner le droit civil à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *RTD civ*, 1998, p. 306 *sq.* Par exemple, concernant l'apport de l'analyse économique à la réflexion juridique, Sylvie Lebreton, *L'Exclusivité contractuelle et les Comportements opportunistes*, Litec, « Bibliothèque du droit de l'entreprise », t. 57, 2002.

6. *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française* (dir. Alain Rey), t. 3, 1998.

7. Cité par François Terré, « Crises et source du droit », *Droit de la crise : crise du droit ?*, Journées Savatier, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995, PUF, p. 49-50.

ces éléments, faites d'*interrelations*, d'*interactions* ou d'*interconnexions*<sup>8</sup>, ce qui aboutit à une cohésion de l'ensemble<sup>9</sup>.

L'approche systémique, ou science des systèmes, a fait son apparition, en matière scientifique, lors de la jonction d'un courant de biologie théorique, animé par Ludwig Von Bertalanffy<sup>10</sup>, et des travaux de cybernéticiens comme Norbert Wiener<sup>11</sup>. Elle s'est ensuite constituée en discipline scientifique autonome<sup>12</sup>.

La théorie a alors progressivement fait son entrée dans les *sciences sociales*.

C'est aujourd'hui le fameux « système social » ou « culturel » de l'américain Talcott Parsons qui apparaît comme le plus englobant<sup>13</sup>. La paternité de la méthode systémique moderne est toutefois attribuée au canadien David Easton<sup>14</sup>, qui s'est intéressé au « système politique ». À l'intérieur de celui-ci, le droit et les institutions juridiques apparaissent comme des « sous-systèmes » relativement autonomes mais impliqués dans la logique plus globale.

### *Le système pour caractériser les relations entre les juges*

La notion de système est-elle pertinente pour caractériser, sous la V<sup>e</sup> République, les relations entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation, en tant que juges de la constitutionnalité ?

Si l'on s'en tient aux textes, principalement celui de la Constitution, les rapports entre les juges sont extrêmement limités. Il n'existe d'ailleurs aucune hiérarchie entre eux, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation étant trois cours *souveraines*, indépendantes d'un point de vue organique.

Les rédacteurs de la Constitution n'ont ainsi nullement eu l'intention de favoriser l'émergence d'un système juridictionnel de contrôle de

8. Slobodan Milacic, *Introduction à l'analyse du discours politique*, cours polyc., 1<sup>re</sup> année DEUG droit, Bordeaux, Librairie Montaigne, 1999-2000, p. 5.

9. Michel van de Kerchove et François Ost, *Le Système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, spéc. p. 25.

10. Voir par ex. *Théorie générale des systèmes. Physique, biologie, psychologie, sociologie, philosophie*, 1968, Dunod, trad. fr., 1973.

11. Voir par ex. *Cybernétique et Société*, 1950, trad. fr., Union générale d'éditions, 1962.

12. A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993.

13. Voir par ex. *Éléments pour une sociologie de l'action*, trad. fr., Bourricaud, 1955.

14. Voir par ex. *Analyse du système politique*, trad. fr., 1974. On se reportera à l'ouvrage de Roger-Gérard Schwartzberg, *Sociologie politique*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 1998, p. 86 sq.

constitutionnalité; au contraire, l'on peut même penser que prédominait une volonté d'« anti-système », les pouvoirs publics ayant généralement intérêt à la dispersion des contrôleurs<sup>15</sup>. Cela signifie qu'il n'existe, *a priori*, aucune organisation systémique entre les juges.

Il en résulte que si le dialogue n'est pas formalisé, il se développe de façon *spontanée*, en dehors de la volonté de ceux qui ont institué les juges et de toute architecture planifiée. Les juges sont en effet amenés, de leur propre initiative, à se rapprocher les uns des autres, au point de devenir interdépendants.

44 Cela s'explique, tout d'abord, comme une induction de l'ordre juridique. Celui-ci implique, en effet, « l'agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible<sup>16</sup> ». Si l'on observe les normes juridiques dont les juges contrôlent la validité ou dont ils se servent comme normes de référence, celles-ci ne sont pas dispersées, mais hiérarchisées<sup>17</sup>. Dès lors, parce que les normes juridiques ne sont pas juxtaposées, mais coordonnées, chacune étant liée aux autres, le tout formant un ordre – ou système – normatif<sup>18</sup>, se trouve ainsi favorisée l'émergence d'un système juridictionnel. Le « réseau » de normes appelle un « réseau » de juges, les deux participant de la structuration d'une logique contentieuse commune.

Ce phénomène s'explique ensuite par l'intérêt qui est celui de chaque juge de coopérer avec les autres. La tendance naturelle de tout organisme est, en effet, de « donner un champ aussi étendu que possible à sa mission et aux moyens utiles à la remplir<sup>19</sup> », de la même manière qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle Montesquieu relevait que « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites<sup>20</sup> ». Il s'agit là de la « première loi de la Science constitutionnelle<sup>21</sup> », qui veut que toute institution soit mue

15. Jacques Meunier, *Le Pouvoir du Conseil constitutionnel – essai d'analyse stratégique*, Bruylant, LGDJ, 1994, spéc. p. 310 *sq.*

16. Jacques Chevallier, « L'ordre juridique », *Le Droit en procès*, PUF, Curapp, 1983, p. 7.

17. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934, trad. fr. de la 2<sup>e</sup> éd. par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 299.

18. Lequel pourra être confronté à d'autres systèmes normatifs. Il y aura alors conflit de systèmes. Voir par ex. Éric Agostini, *L'Application des règles de conflit étrangères et les Conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Bordeaux I, 1975.

19. Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 1, 1996, p. 63.

20. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, livre XI, chap. IV, GF-Flammarion, 1979, p. 293.

21. Olivier Duhamel, « Les logiques cachées de la Constitution de la V<sup>e</sup> République », *RFSP*, 1984, p. 623 *sq.*

par l'envie de croître<sup>22</sup>, ce qui est particulièrement vrai pour les juridictions, car, dans les États de droit modernes, l'incontestable « montée en puissance » et en légitimité des juges, les conduit à se constituer en un véritable « pouvoir juridictionnel ». Cette volonté de croître pourrait toutefois conduire le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation à devenir plus concurrents que partenaires, et ainsi à s'ignorer largement, si chacun considérait qu'il en va de son intérêt.

Mais, si les juges prennent l'habitude de trop s'ignorer, ils encourrent le risque de s'affaiblir mutuellement. La construction du système *naît donc de cette nécessité* pour chaque juge, afin de pouvoir étendre son influence, de coopérer – jusqu'à un certain point – avec les autres.

Il en découle que si l'on peut, *a priori*, ne voir aucun ordre dans l'action des juges ou, plus exactement, un ordre différent de celui attendu, et donc perçu comme inexistant, comme absence d'ordre ou désordre<sup>23</sup>, l'analyse systémique permet de déceler une organisation où se croisent dialogue et compétition entre les acteurs.

45

Il convient, à présent, d'illustrer notre propos, à travers la question de l'autorité des solutions dégagées par le Conseil constitutionnel sur les cours administratives et judiciaires.

## ILLUSTRATION DE L'IDÉE DE SYSTÈME JURIDICTIONNEL

Les juges ordinaires, juges de l'application de la loi, sont de plus en plus souvent, avec le développement du nombre de décisions de conformité rendues sous réserve d'interprétation, les juges de l'application de la loi *contrôlée par le Conseil constitutionnel*.

Pendant, le phénomène n'est pas univoque : si, de leur côté, les juges ordinaires exécutent les décisions du Conseil constitutionnel, conformément aux prescriptions de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, et prennent largement en compte sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel, pour sa part, et sans qu'aucune obligation juridique ne pèse sur lui, prend aussi largement en considération leurs solutions. À cette occasion, des interactions naissent entre les juges. Dialogue et compétition amènent ainsi les juges à dépasser le cadre du texte consti-

22. D'une manière générale, Bertrand de Jouvenel, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Les Éditions du Cheval ailé, Constant Bourquin éditeur, Genève, 1945, spéc. p. 151 sq.

23. Henri Bergson, *L'Évolution créatrice*, PUF, « Quadrige », 7<sup>e</sup> éd., 1996, p. 224.

tutionnel. C'est le cas lorsque le Conseil constitutionnel est conduit à se rapprocher de la jurisprudence des juges ordinaires pour assurer la réception de ses solutions par ces derniers.

Cette situation s'explique par le rôle limité de l'article 62 de la Constitution, autant pour l'exécution des décisions que pour la prise en compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Concernant les décisions, si l'article 62 dispose en son alinéa 2, que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », cette obligation n'est toutefois assortie d'aucune technique particulière permettant d'en garantir l'application. Il en résulte que si l'obligation juridique existe, la faiblesse des moyens de sanction disponibles laisse une liberté certaine aux juges ordinaires pour ne pas exécuter les décisions du Conseil constitutionnel. La situation est encore plus nette concernant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisque l'article 62 ne constitue en aucun cas une obligation juridique pour les juges ordinaires de prendre en compte la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Cette absence de mécanismes juridiques permettant de contraindre les juges ordinaires à exécuter les décisions du Conseil constitutionnel, ou à prendre en compte sa jurisprudence, conduit alors le Conseil, par nécessité, à se rapprocher des jurisprudences administrative et judiciaire. Ensuite, il appartient aux cours administratives et judiciaires d'appliquer (ou non) les solutions du Conseil constitutionnel.

### *Le Conseil constitutionnel se rapproche des jurisprudences administrative et judiciaire*

En 1958, le Conseil constitutionnel n'apparaît pas dans un désert juridique. Bien avant lui, tout un appareil conceptuel a été mis en place, de sorte qu'à son arrivée il est face à des règles juridiques dégagées à travers le temps, des règles construites patiemment, fruits de l'expérience, d'essais et d'erreurs rectifiées<sup>24</sup>.

Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel se doit de composer avec le Conseil d'État et la Cour de cassation, sous peine d'« entretenir une guérilla inutilement perturbatrice de l'ordre juridique<sup>25</sup> ».

24. Christian Atias, « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, 1991, p. 438.

25. Franck Moderne, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 72.

C'est pourquoi il opte pour une position sage et prudente consistant à ne pas ignorer la jurisprudence antérieure, pour ensuite pouvoir inscrire, autant que possible, ses décisions dans le sens de celles des juges administratifs et judiciaires. L'effet d'antériorité<sup>26</sup> incite donc le Conseil à se ranger derrière les solutions dégagées avant lui par les juges ordinaires.

Cette attitude se justifie d'autant mieux que c'est en inscrivant ses décisions dans le sens de celles des juges ordinaires, que le Conseil constitutionnel favorisera l'exécution de ses propres décisions et affirmera son pouvoir juridictionnel<sup>27</sup>. Sauf à vouloir développer une jurisprudence autonome, ignorée par les juridictions ordinaires, le Conseil constitutionnel se trouve donc dans l'obligation de « formuler avec précaution ses évaluations des impératifs constitutionnels<sup>28</sup> ». La prise en considération des notions et des concepts dégagés par les juges ordinaires à l'occasion de leur activité juridictionnelle, voire consultative, est, en effet, un passage obligé pour l'exécution future de ses propres décisions et la réussite de son insertion dans l'ordre juridique.

C'est comme s'il y avait une présomption de légitimité constitutionnelle des jurisprudences administrative et judiciaire. Il y a là un effet *feed-back*, en ce sens que le Conseil emprunte des notions aux juges ordinaires qu'il leur renvoie une fois qu'elles ont été adaptées aux exigences constitutionnelles<sup>29</sup>.

Ce mouvement conduit, en définitive, à ce que les décisions rendues par le Conseil constitutionnel ne soient pas isolées mais intégrées dans la grande chaîne des décisions de justice, la Constitution se trouvant alors interprétée à la lumière du droit existant. Il ne s'agit pas ici d'une remise en cause de sa supériorité juridique, mais de la confirmation qu'elle s'inscrit harmonieusement dans ce que l'on peut dénommer la tradition juridique, dont elle veille à maintenir la cohérence. Le Conseil constitutionnel, à qui il revient en premier lieu d'assurer l'unité de l'ordre juridique<sup>30</sup>, fait alors vivre au niveau constitutionnel les jurisprudences administrative et judiciaire.

26. *Ibid.*, p. 76.

27. Jean Gicquel, *op. cit.*, p. 720.

28. Jacques Meunier, *op. cit.*, p. 334.

29. Voir par ex. Bruno Genevois, « Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative », *RFDA*, 1990, p. 145, à propos de l'intérim du Premier ministre.

30. Franck Moderne, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 73.

*L'application des solutions du Conseil constitutionnel  
par les cours administratives et judiciaires*

Lorsque les juges ordinaires appliquent une loi qui a été contrôlée par le Conseil constitutionnel, ils exécutent généralement la décision du Conseil constitutionnel qui porte sur cette loi, notamment en veillant au respect des réserves d'interprétation posées. De même, lorsque les juges ordinaires sont en présence d'une loi différente de celle contrôlée par le Conseil constitutionnel, ils respectent en principe l'interprétation émise par le Conseil à l'occasion du contrôle de cette loi antérieure et distincte. On dit alors que les juges ordinaires appliquent la jurisprudence ou doctrine du Conseil constitutionnel.

Dans tous les cas, la volonté des juges ordinaires est prépondérante.

48

On imagine mal en effet le Conseil d'État et la Cour de cassation, cours prestigieuses et souveraines, exécuter avec zèle des décisions du Conseil constitutionnel remettant en cause des jurisprudences solidement établies, alors même qu'elles n'encourent aucune sanction en les ignorant. Il en résulte que l'article 62 ne peut expliquer à lui seul l'exécution des décisions du Conseil constitutionnel par les cours administratives et judiciaires, qui, pourtant, est une réalité. L'explication se trouve dans le dialogue interjuridictionnel, entamé par la prise en compte des notions des juges ordinaires par le Conseil constitutionnel. C'est en effet par un dialogue intensif entre le Conseil constitutionnel et les juges ordinaires que ceux-ci vont consentir à exécuter les décisions de celui-là. Le dialogue est d'autant plus perceptible qu'il ne se limite pas à l'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, mais s'étend aussi à la prise en compte de sa jurisprudence, ce qui est étranger à l'article 62. La réception des solutions du Conseil constitutionnel est alors fonction de leur rapprochement avec les solutions des juges ordinaires.

Plus le Conseil marquera son attachement aux jurisprudences administrative et judiciaire, plus la Cour de cassation et le Conseil d'État seront attentifs et enclins à prendre en compte ses solutions.

Les juges administratifs et judiciaires attendent donc du Conseil constitutionnel, eu égard au niveau auquel il intervient, qu'il stabilise et renforce leurs jurisprudences ; que leurs notions, principes, concepts dégagés au cours du temps soient, par une sorte de « descendance constitutionnelle<sup>31</sup> », revalorisés et protégés face au législateur.

---

31. Nous empruntons cette expression à Rony Abraham, concl. sur CE, sect., 7-10-1994, *Ministre de l'Intérieur c/ M<sup>lle</sup> Ponnudurai*, *AJDA*, 1995, p. 49 sq.



Dans ce contexte systémique, plus le rapprochement est réel, c'est-à-dire lorsque le dialogue fonctionne, meilleure est la réception des solutions du Conseil constitutionnel. Inversement, moins le Conseil se rapproche des jurisprudences des juges ordinaires, moins bonne est la réception de ses solutions. Ici, c'est la compétition qui l'emporte. Cela témoigne du rôle prépondérant des juges ordinaires dans la prise en compte des solutions du Conseil constitutionnel.

*La bonne réception comme traduction  
du rapprochement ou le dialogue entre les juges*

La qualité de la réception des décisions et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel repose sur sa capacité à rendre harmonieuses ses positions avec celles des cours administratives et judiciaires.

Le Conseil constitutionnel s'efforce ainsi de ne pas inscrire ses solutions en opposition avec celle des autres juges, et c'est là, « certainement, le secret de la réussite<sup>32</sup> ». Le Conseil d'État et la Cour de cassation prennent, en effet, d'autant mieux en compte les solutions du Conseil constitutionnel que celles-ci leur sont utiles et profitables ; c'est la condition *sine qua non* d'une bonne prise en compte.

Par exemple, le Conseil d'État est d'autant plus réceptif à la consécration constitutionnelle que celle-ci vient protéger son domaine de compétence, notamment face au juge judiciaire en matière de garantie des droits et libertés fondamentaux<sup>33</sup>. La réception des principes constitutionnels répond donc moins à une obligation posée par l'autorité des décisions du Conseil, qu'à une vaste entreprise de légitimation<sup>34</sup>, le juge administratif trouvant dans la jurisprudence constitutionnelle le moyen de rehausser son action.

De même, la Haute Juridiction de l'ordre judiciaire réceptionne d'autant plus facilement les solutions prônées par le Conseil constitutionnel qu'elles se trouvent en harmonie avec sa jurisprudence, qui est ainsi confortée<sup>35</sup>. Autrement dit, plus les solutions du Conseil « serviront des fins que le juge judiciaire estimera opportunes et appropriées, plus la réception pourra s'opérer<sup>36</sup> ».

32. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 1999, p. 167.

33. Stéphane Mouton, *La Constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, thèse, Toulouse, 1998, t. II, p. 724.

34. *Ibid.*

35. Bruno Genevois, « L'influence du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 53 ; Joël Monéger, « Droit constitutionnel et droit privé », RIDC-JSLC, 1995, p. 305 *sq.*

36. Nicolas Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le Droit privé*, LGDJ, 1997, p. 530.

C'est ainsi que dans les arrêts du 25 avril 1985, *Bogdan et Vuckovic*, présentés comme les premières manifestations éclatantes de la prise en compte par la Cour de cassation des solutions dégagées par le Conseil, il convient de relever qu'est appliquée une jurisprudence constitutionnelle confortant le rôle de la juridiction judiciaire en matière d'atteintes aux libertés individuelles. C'est donc parce qu'elle en tire profit que la Cour de cassation, sans se soucier réellement de savoir si une obligation juridique pèse sur elle, accepte de se lier indifféremment aux décisions et à la jurisprudence constitutionnelles. On peut dès lors parler d'une adhésion éclairée aux solutions du Conseil et à la constitutionnalisation du droit privé<sup>37</sup>.

50 *La mauvaise réception comme traduction  
de l'absence de rapprochement ou la compétition entre les acteurs*

Cette situation n'est, heureusement, pas fréquente, en raison de la vigilance du Conseil constitutionnel qui s'efforce, comme nous venons de le voir, de prendre en considération les jurisprudences ordinaires.

Toutefois, lorsque le Conseil constitutionnel rend une décision qui va à l'encontre des positions clairement exprimées ou même sous-jacentes des juges ordinaires, s'établissent une compétition et un rapport de forces qui peuvent aboutir à une divergence persistante entre les juges, comme ce fut le cas entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État à propos de la question du silence gardé par l'administration, correspondant, pour le premier, à une décision de rejet et, pour le second, à une décision d'acceptation<sup>38</sup>.

En tout état de cause, les juges administratifs et judiciaires prennent d'autant moins en considération les solutions du Conseil qu'elles contredisent leurs positions initiales. Peu importe à ce sujet qu'il s'agisse d'une décision ou d'une jurisprudence. On assiste alors à un dialogue de sourds.

Si ces refus de prise en compte des solutions du Conseil constitutionnel ne s'expriment que très rarement au « grand jour », il arrive cependant que ceux-ci soient décelables. Les juges pourront ainsi, et par exemple, se référer à une jurisprudence du Conseil constitutionnel tout

37. Agnès Sauviat-Canin, *La Jurisprudence judiciaire et les Décisions du Conseil constitutionnel*, thèse, Limoges, 1993, p. 518.

38. Voir la décision *Protection des sites*, 69-55 L, 26-6-1969, et l'arrêt *Commune de Bozas*, 27-2-1970.

en la déformant, la dénaturant au moment de son application, ce qui est plus discret et tout aussi efficace<sup>39</sup>.

Les juges doivent toutefois veiller à ne pas aller trop loin dans la compétition, ayant intérêt à harmoniser leurs positions, particulièrement en matière de répartition des compétences. Les pouvoirs publics pourraient, en effet, être tentés de manœuvrer afin de faire intervenir celui des juges qui leur est le plus favorable, et ainsi « exploiter à leur profit l'éclatement du système de contrôle<sup>40</sup> ». Dans ces conditions, il est bien certain que l'intérêt des juges est d'aboutir à une concordance jurisprudentielle.

Aussi, en matière de répartition des compétences entre la loi et le règlement, comme en matière de protection des droits fondamentaux, la tendance générale est à la recherche de complémentarité<sup>41</sup>, chaque juge ayant la volonté de ne pas se trouver en porte à faux vis-à-vis des autres<sup>42</sup>. Dans ces conditions, plus le Conseil constitutionnel aura pris en considération la jurisprudence des juges ordinaires, meilleure sera la réception de ses solutions.

51

En conclusion, la réception des solutions du Conseil constitutionnel par les juges ordinaires doit surtout au dialogue qui se noue entre ces juges de la constitutionnalité. Dès lors, la raison principale de la réception des solutions constitutionnelles par les juges ordinaires – décisions et jurisprudence – n'est pas à rechercher dans le texte même de la Constitution, mais dans les rapports interactifs ou systémiques qu'entretiennent les différentes juridictions.

Se dégage alors, et nonobstant les niveaux différents auxquels interviennent les juges, un *corpus* homogène de solutions, chaque juge évitant au maximum d'entrer en conflit avec les autres. Il devient ainsi difficile pour les juges de s'éloigner de la solution du juge qui s'est exprimé

39. Voir par ex. Cass. crim., 89-82.280, 15-10-1990, décision dans laquelle la Haute Cour définit la notion de domicile différemment du Conseil constitutionnel dans sa décision 83-164 DC, 29-12-1983, *Rec.*, p. 67.

40. Jacques Meunier, *op. cit.*, p. 314.

41. Franck Moderne, « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État ? », *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, Montchrestien, spéc. p. 319 *sq.*

42. Des divergences trop marquées mettant en outre « en péril l'ordre juridique voulu par la Constitution » (R. Odent, *Contentieux administratif*, fasc. I., 1977, p. 257, cité par Franck Moderne, *ibid.*).

le premier. En témoigne l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 octobre 2001 qui, en refusant de casser l'arrêt de la chambre de l'instruction de Paris – laquelle avait déclaré le 29 juin 2001 les juges d'instruction incompétents conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999<sup>43</sup> –, a consacré l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel et confirmé l'incompétence des juges ordinaires pour juger le président de la République<sup>44</sup>.

Les différents contrôles se trouvent ainsi intimement liés les uns aux autres par une *chaîne* jurisprudentielle aboutissant à l'harmonisation des solutions, chaque juge veillant à inscrire ses décisions dans la cohérence globale qui se met en place<sup>45</sup>.

52 Le dialogue l'emporte alors sur la compétition, ce qui n'a du reste rien de surprenant car si les juges ont, initialement, la maîtrise de leur participation au système, celle-ci ensuite leur échappe, le système ayant sa propre logique de développement, de nature à transcender la volonté des acteurs<sup>46</sup>.

---

43. 98-408 DC.

44. Voir Louis Favoreu, « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du président de la République », *Dalloz*, 2001, p. 3365 *sq.*

45. Voir Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », *Droit et Société*, 1985, n° 1, p. 51 *sq.*, qui compare les juges à des écrivains collaborant à la rédaction d'un roman collectif, en écrivant l'un après l'autre un chapitre.

46. Sur la relation entre le système et ses acteurs, Michel Crozier et Erhard Friedberg, *L'Acteur et le Système*, Seuil, 1977.

---

## R É S U M É

*L'histoire des relations entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation est celle de la construction d'un système juridictionnel, plus précisément celle d'un système juridictionnel de contrôle de la constitutionnalité, la Constitution étant, en effet, le terrain privilégié de cette rencontre. Loin de s'ignorer lorsqu'ils effectuent leurs contrôles respectifs, les juges entretiennent ainsi des rapports tels que leurs contrôles se trouvent intimement liés. Il n'est donc plus possible d'envisager l'action d'un juge sans celle des autres, le système apparaissant alors comme l'instrument de compréhension des relations interjuridictionnelles.*