

## L'office du juge et la co-élaboration du droit

La table ronde du 28 mars 2022 s'est concentrée sur la contribution des juridictions à l'élaboration du droit. Elle a réuni 3 juristes qui ont toutes une expérience de la magistrature et celle d'une autre fonction juridique. Chacune ayant accepté de représenter une profession juridique, le débat a pu se nouer autour des points de vue des juges (Mme Maugüe), des universitaires (Mme Nussberger) et des avocats (Mme von Galen), sur la base des droits allemand, européen et français.

La première question a porté sur l'articulation entre séparation des pouvoirs et co-élaboration du droit. La conciliation des deux termes a été unanimement reconnue comme possible par les intervenantes, l'interprétation jurisprudentielle étant le mode de collaboration des juridictions quelle que soit la qualité constitutionnelle, internationale ou ordinaire de ces dernières. Mme Nussberger a décelé dans le jeu des contrepoids cher à Montesquieu un soutien théorique à la participation des juges à l'élaboration des règles juridiques.

Cependant, la part prise par les juridictions dans la formulation du droit est enfermée dans des limites qui assurent sa subordination à la source écrite. Diverses techniques d'interprétation sont utilisées pour garantir la hiérarchie, comme la recherche de l'intention ou du but du législateur, l'interprétation conforme de la loi à la convention ou le respect du cadre prédéfini par les textes. Elles n'empêchent néanmoins pas toujours l'activisme judiciaire direct consistant pour les juges à s'évader des choix de politique publique effectués par le législateur ou les signataires des traités, ou à combler l'absence de tels choix, et à formuler des règles reflétant des choix propres susceptibles de recevoir ou non l'assentiment du public. Elles ne sont pas incompatibles avec une forme édulcorée d'activisme judiciaire consistant pour les juges à alerter ponctuellement le législateur de la nécessité de son intervention.

La seconde question se concentrait sur la hiérarchie complexe et variée dans laquelle s'insère la contribution juridictionnelle à l'élaboration du droit selon que le jugement émane de la juridiction supranationale, de la juridiction constitutionnelle, de la juridiction ordinaire. Aussi bien du côté allemand que du côté français, ont été souligné, d'une part, l'esprit de dialogue des juges qui anime en principe les juridictions nationales et d'autre part, le fait que la place de la constitution au sommet de la hiérarchie des normes puisse parfois tenir en échec la coopération entre juges européens et juges nationaux.

Il est cependant apparu que la mise en oeuvre de ce dyptique relationnel comporte une différence de taille entre juge administratif français et juge constitutionnel fédéral allemand. Mme Maugué a insisté sur le fort attachement à l'approche collaborative dont témoigne le Conseil d'État (CE). Le CE s'est doté en 2007 (arrêt Arcelor) d'une méthode de raisonnement dite celle de l'équivalence de protection (ou de garantie) pour statuer sur les affaires où une contradiction est alléguée entre l'application d'une directive européenne par l'administration et le respect de la constitution. La méthode lui permet de faire prévaloir ouvertement le droit de l'UE lorsque celui-ci offre une garantie équivalente à celle du bloc de constitutionnalité et, à l'opposé, de faire jouer une clause de sauvegarde constitutionnelle lorsque l'équivalence est introuvable. Le 21 avril 2021 (arrêt French data), il a renforcé sa conception fortement conciliatrice de la co-construction du droit avec les juges européens en refusant de s'engager dans la voie de la confrontation symbolisée par le contrôle de l'*ultra vires* à l'égard des institutions européennes. Le 15 décembre 2021 (arrêt application aux gendarmes de la Directive 2003/88/CE sur le temps de travail), tout en déployant force d'équilibrisme pour parvenir à concilier source constitutionnelle et source européenne, il a rappelé que le recours à la clause de sauvegarde restait une option. Il convient d'ajouter que la posture du CE est également celle du Conseil constitutionnel. Certes, pour la première fois le 15 octobre 2021 (décision Air France), celui-ci fournit des exemples (plusieurs négatifs et un positif) d'éléments constitutifs de la notion d'identité constitutionnelle qu'il a introduite en 2006. Mais, [comme le souligne le 6 janvier 2022 son président, il se garde "à dessein"](#) de se lancer dans le contrôle de l'*ultra vires*.

En revanche, en Allemagne la règle de la conciliation ne se traduit pas à travers une méthode formelle de raisonnement. En outre, elle souffre, non pas d'une, mais de

deux exceptions. En effet, pour faire parfois prévaloir la supériorité de la constitution, la *Bundesverfassungsgericht* s'appuie non seulement sur l'identité constitutionnelle, mais encore sur l'*ultra vires*. En application de cette seconde exception, elle a, pour la première fois le 5 mai 2020 (arrêt PPSP, seconde chambre), refusé d'appliquer une décision de la CJUE, s'attirant notamment les critiques d'une bonne partie de la doctrine allemande.

La troisième question explorait la co-construction du droit à travers les interactions entre la magistrature, les universitaires et l'avocature. Mme von Galen, qui était la seule des intervenantes dont l'expérience professionnelle se caractérise par la combinaison de la fonction juridictionnelle et de la fonction d'avocate, a fait d'emblée des propositions qui visent à décloisonner la formation initiale et continue ainsi que l'exercice de ces deux professions. Ces préconisations vont bien au-delà de de la pratique française d'intégration d'universitaires au sein de la Cour de cassation et du Conseil d'État ou encore du mouvement à sens unique observé des juridictions suprêmes vers les cabinets d'avocats. Une autre invitation à la réflexion est le constat de la mention explicite de la doctrine dans les décisions de la *Bundesverfassungsgericht* et de la large place faite aux professeurs de droit en son sein.