



HAL
open science

Le juge constitutionnel et l'effet Becket

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Le juge constitutionnel et l'effet Becket. *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, pp.83, 2007, 978-2-247-07556-06772156. halshs-03283254

HAL Id: halshs-03283254

<https://shs.hal.science/halshs-03283254>

Submitted on 9 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE JUGE CONSTITUTIONNEL ET L'EFFET BECKET

Par Jacques CHEVALLIER
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Directeur du CERSA-CNRS

In Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu,

Dalloz 2007, pp. 83-94

La généralisation de la justice constitutionnelle, à la faveur de la diffusion du modèle de l'État de droit, n'a pas levé pour autant toutes les incertitudes, voire les apories, qui entourent son institution. Son existence fait, on le sait, problème au regard de la logique démocratique : de savants argumentaires ont, sans doute, été construits pour asseoir sa légitimité, en l'érigeant en garante de la souveraineté constituante du Peuple contre les abus possibles des représentants, voire en en faisant un élément constitutif à part entière du système représentatif ; la justice constitutionnelle est ainsi présentée comme indissociable d'une conception renouvelée de la démocratie, une démocratie encadrée par le droit, l'indice que la politique est désormais « saisie par le droit », selon la forte expression de Louis FAVOREU. Le caractère problématique de la justice constitutionnelle n'en est pas pour autant totalement dissipé, comme le démontrent assez les tensions récurrentes dans les rapports avec les élus et le fait que le spectre du « gouvernement des juges » soit périodiquement agité par eux. Ces tensions peuvent être mises en évidence sur un autre plan, sociologique celui-là, centré sur les juges eux-mêmes ; cette approche permet, comme dans d'autres domaines¹, de faire ressortir d'autres facettes, moins évidentes, de la justice constitutionnelle et de sa relation avec le pouvoir politique.

1° A première vue, les *considérations politiques* exercent une influence déterminante dans les processus de désignation des juges constitutionnels. Sans doute, convient-il de prendre en compte la manière dont le contrôle de constitutionnalité est aménagé (modèle de Cour suprême ou modèle de Cour constitutionnelle), les règles statutaires, les traditions propres à chaque pays ou encore la conjoncture politique ; la confrontation entre les systèmes américain et français souligne suffisamment l'importance de ces variables. Cependant, si l'intervention du Sénat constitue aux États-Unis un contrepoids essentiel au pouvoir de désignation du Président², la composition de la Cour est posée très ouvertement en termes d'équilibre politique, comme le montre l'analyse des nominations effectuées au cours des dernières décennies³ : la nécessité

¹ J. CHEVALLIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *Mélanges Troper*, 2006)

² On sait que cette intervention est loin d'être de pure forme : voir le refus en 1987 par le Sénat de la candidature du juge Bork et la confirmation obtenue de justesse en 1991 de la désignation du juge Thomas pour remplacer Thurgood Marshall. La bataille des nominations a été relancée par la démission le 1^{er} juillet 2005 de Sandra O'Connor puis par le décès de William Rehnquist, président de la Cour, le 3 septembre 2005. John Roberts, choisi le 19 juillet par le Président Bush pour remplacer Sandra O'Connor a été nommé le 5 septembre pour remplacer le juge Rehnquist à la tête de la Cour : les positions prises par l'intéressé, en tant qu'assistant de l'avocat général puis juge à la Cour d'appel du District de Columbia ont été systématiquement épluchées par les sénateurs démocrates, sans que cela conduise à bloquer sa confirmation.

³ Alors que Bill Clinton a nommé deux juges libéraux (Ginsburg, Breyer), les présidents républicains ont généralement nommé des juges modérés (O'Connor, Kennedy, Souter) ou conservateurs (Scalia,

d'obtenir l'accord du Sénat interdit certes des profils trop marqués, mais l'orientation politique des désignations ne fait guère de doute ; le fait que les membres de la Cour soient choisis parmi les professionnels du droit (magistrats et professeurs de droit), et non parmi les professionnels de la politique, n'exclut nullement la prise en compte d'un critère politique. Chaque nouvelle nomination constitue bien un enjeu politique de première importance et analysé au regard de ses implications politiques potentielles⁴. Ce critère joue de manière beaucoup plus explicite en France : s'ils sont généralement des juristes, les membres du Conseil constitutionnel ont, dans la plupart des cas, un profil politique avéré, soit qu'ils aient été ministres⁵ ou parlementaires, soit qu'ils aient occupé des postes importants dans les entourages politiques⁶ ; quant au président du Conseil, il a toujours choisi jusqu'à présent parmi ceux qui ont exercé de hautes responsabilités politiques. Les modalités de désignation des membres, qui ne nécessitent pas la recherche d'un consensus, favorisent bien évidemment cette politisation des nominations.

2° De ce constat, on pourrait tirer la conclusion qu'à la différence des autres juridictions, formées de juges professionnels dont les carrières se déroulent en principe⁷ à l'abri de l'ingérence du pouvoir politique, les juridictions constitutionnelles sont caractérisées par une *politisation structurelle* : nommés en fonction de critères politiques, leurs membres resteraient prisonniers de leurs allégeances politiques ; la neutralité apparente et l'objectivité qu'ils affichent ne sauraient donc faire illusion. Une lecture politique des décisions des juridictions constitutionnelles devrait dès lors être faite, en prenant en compte les liens d'interdépendance et d'interaction qui les unissent aux autres composantes du champ politique. Cette approche, à laquelle cèdent volontiers les politistes, se heurte cependant à certains constats : celui de la continuité, au moins relative, des jurisprudences des juridictions constitutionnelles, en dépit des fluctuations de leur composition ; celui aussi de décisions par lesquelles les juges constitutionnels n'hésitent pas à prendre le contrepied des positions de ceux qui sont à l'origine de leur désignation, au prix de fortes tensions avec eux. Ces écarts par rapport à ce que paraît impliquer la logique politique s'expliquent par des considérations variées : la fonction impartie au juge, la divergence possible entre le respect de l'État de droit et les contraintes de l'action politiques, les positions différentes occupées au sein de l'État ; ils signifient plus profondément que les juges constitutionnels ont intériorisé un ensemble d'exigences nouvelles liées à leur statut, qu'ils n'hésitent pas à faire prévaloir au détriment de leurs allégeances antérieures.

On retrouve ici le phénomène classique d'imprégnation, par lequel les membres d'une institution en viennent tout naturellement à se conformer à ce qui est attendu d'eux : l'institution ne reste pas en effet extérieure à ceux qui en font partie ; elle pèse sur eux comme contrainte, en modelant leurs représentations et leurs comportements. C'est cette emprise qu'évoque la formule de l'*effet Becket*, évoqué par Bastien François⁸. Le terme d'« effet » doit ici être entendu, moins comme ce qui résulte de l'action d'une cause, que comme un phénomène récurrent, qui tend à se reproduire dès l'instant où certaines conditions sont remplies : ainsi entendu, « l'effet » est proche de l'idée de « loi sociologique » ; la formation de ces entités stables que constituent les

Thomas) — G. Ford ayant fait exception avec la désignation de John Stevens —, faisant ainsi basculer une cour dans laquelle les libéraux étaient jusqu'alors nettement majoritaires (voir A. Mathiot, « La Cour suprême des États-Unis à la fin de l'administration Johnson », *RFSP*, 1969, n° 2, pp. 261 sq.)

⁴ On l'a encore vu à l'occasion des nominations effectuées par G.W. Bush : excellent professionnel du droit, le juge Roberts n'en est pas moins considéré comme un juriste conservateur, dont la nomination est de nature à faire basculer la majorité de la Cour sur certaines questions, comme le droit à l'avortement.

⁵ Pierre Mazeaud, Pierre Joxe, Simone Veil dans le Conseil actuel.

⁶ Jean-Claude Colliard, Olivier Dutheillet de Lamothe, Pierre Steinmetz, Jacqueline de Guillenschmidt.

⁷ Ce principe doit bien entendu être relativisé pour la France, compte tenu de l'emprise traditionnelle du pouvoir politique sur la carrière des hauts magistrats (A. BANCAUD, *Une exception ordinaire*, Gallimard, 2002), emprise qui subsiste pour le Parquet.

⁸ « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *RFDC*, 1990, n° 1, pp. 53 sq.

institutions est par nature riche d'« effets », dans la mesure où elle passe sensiblement par les mêmes formes et implique les mêmes déterminations. On s'explique dès lors que l'analyse institutionnelle⁹ y ait largement recours. Par « effet Becket », il faut entendre le processus d'*identification à l'institution*, qui conduit à rompre avec les allégeances antérieures qui seraient contraires : la formule évoque le destin emblématique de Thomas Becket (1118-1170) qui, intime du roi Henri II et chancelier du royaume, s'opposa de front, à partir du moment où il fut nommé archevêque de Canterbury (1162), à la politique religieuse du roi, allant jusqu'à l'excommunier, ce qui lui vaudra d'être assassiné à l'instigation de celui-ci. Valable pour toute institution, l'effet Becket joue aussi pour les juridictions constitutionnelles, expliquant par-là même qu'on ne saurait faire des conditions de désignation une variable prédictive de l'attitude adoptée en tant que juge constitutionnel.

S'il est bien évidemment fonction du degré d'institutionnalisation des juridictions constitutionnelles, l'effet Becket reste cependant difficile à évaluer : en l'absence d'expression des opinions individuelles des membres, il ne peut être reconstitué qu'à partir d'une confrontation entre les décisions rendues et l'origine des membres ; le système contraire permet en revanche, comme aux États-Unis, d'analyser l'évolution des points de vue des uns et des autres¹⁰. Si elle témoigne de la relativité des étiquettes politiques, cette analyse n'aboutit cependant pas à l'invalider purement et simplement ; et surtout, elle montre qu'il convient de ne pas prêter à l'effet Becket plus de portée qu'il n'en a : l'effet Becket se combine en effet avec un ensemble d'autres variables, avec lesquelles il forme un alliage complexe. L'empreinte institutionnelle (I) qu'il laisse sur les membres n'est que partielle et ne signifie nullement l'absence de toute marge de jeu (II).

I / L'EMPREINTE INSTITUTIONNELLE

Qu'elle se présente sous la forme d'une Cour suprême ou d'une Cour constitutionnelle, la juridiction appelée à trancher en dernière instance des questions de constitutionnalité présente tous les caractères d'une *institution*, c'est-à-dire d'une entité collective investie d'une mission spécifique et disposant d'une identité singulière : comme toute institution, elle diffuse à l'intention de ses membres certains modèles de comportement, visant à la *normalisation* de leurs pratiques ; la nomination en tant que juge constitutionnel suppose d'endosser un rôle, d'adopter une posture qui ont été progressivement formalisés et codifiés. Sans doute, le degré d'institutionnalisation des juridictions constitutionnelles est-il variable : il dépend d'un ensemble de facteurs, au nombre desquels figurent leur ancienneté, les épreuves qu'elles ont surmontées, le jeu de croyances qui les entourent ; néanmoins, dans tous les pays, elles tendent à s'enraciner. Le rayonnement international du modèle de l'État de droit constitue à cet égard un puissant vecteur d'institutionnalisation, en mettant l'accent sur les implications inhérentes au statut de la justice constitutionnelle.

⁹ J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », CURAPP, *L'institution*, PUF 1981, pp. 16 sq. Sur la place que cette analyse accord aux effets, voir R. HESS, A. SAVOYE, *L'analyse institutionnelle*, PUF, Que sais-je, n° 1938, 1981, pp. 72 sq.

¹⁰ Voir par exemple, pour une analyse de l'évolution des points de vue des juges de la Cour suprême sur l'*Affirmative Action*, G. CALVÈS, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême*, LGDJ, Bibl. constitutionnelle et de science politique, Tome 86, 1998, pp. 115 sq. Plus généralement, on constatera que, bien que nommés par Eisenhower, les juges Brennan (1956) et Stewart (1958) se rangeront dans le camp libéral — Earl Warren ayant été lui-même nommé par Eisenhower ; d'autres glissements ou ralliements au camp libéral ont limité plus récemment l'impact des nominations ; quant à Warren Burger, nommé par Nixon en 1969, on sait qu'il présidera, à l'occasion de l'affaire du Watergate, la décision du 24 juillet 1974, *États-Unis c/Nixon*.

A) *La codification du rôle*

Toute institution se caractérise par une *identité spécifique*, construite à partir du principe d'action qui est le sien, des fonctions qui lui sont dévolues, de la position particulière qu'elle occupe dans l'espace social. Cette identité se traduit par la diffusion d'un ensemble de valeurs, de type corporatif, visant à renforcer sa cohésion et son unité : il s'agit de donner aux membres les certitudes nécessaires, en insérant leurs pratiques dans un cadre d'explication cohérent et en les rapportant aux intérêts supérieurs de l'institution dont ils font partie ; elle implique aussi la construction d'un capital de traditions, de procédés opératoires, de schèmes comportementaux, par lesquels l'institution s'inscrit dans la durée et assure sa reproduction. Tous ces éléments pèsent comme contrainte sur ceux qui, entrant dans le ressort de l'institution, sont appelés à d'exprimer en son nom, à la représenter.

Cette contrainte institutionnelle est en l'espèce formalisée dans un *statut juridique* : le juge constitutionnel tire son existence de la Constitution, qui établit les conditions d'organisation et fixe les modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité ; les juges sont dès lors tenus de se conformer aux déterminations afférentes à ce statut. Cette formalisation est cependant relative : le contrôle de constitutionnalité a été fondé, à l'origine, non sur une disposition constitutionnelle expresse, mais sur une interprétation créatrice du juge (*Marbury c/Madison*) ; et le cadre juridique ne préjuge pas de la manière dont celui-ci exerce concrètement le rôle qui lui a été assigné. Au-delà du statut juridique, la contrainte institutionnelle résulte en réalité d'un ensemble de paramètres plus diffus, à partir desquels le juge constitutionnel va asseoir son identité.

D'abord, la juridiction constitutionnelle tend à s'affirmer comme une *juridiction authentique* : à cet effet, elle cherche à mobiliser l'ensemble des signes distinctifs, des marques de reconnaissance, des attributs inhérents à la fonction juridictionnelle ; et la rhétorique de naturalité et d'objectivité à laquelle sacrifient ses membres est la traduction tangible de cette quête identitaire. Lorsque le contrôle de constitutionnalité est assuré par les juges ordinaires, il s'agira seulement pour eux de banaliser son exercice, en montrant qu'il relève de la fonction habituelle du juge. Le problème se pose de manière plus aiguë pour les Cours constitutionnelles, dont le statut est plus ambigu. On sait les controverses qui ont entouré en France le Conseil constitutionnel, qui était au départ considéré plutôt comme un organe politique : un travail doctrinal a donc été indispensable pour asseoir le statut du Conseil¹¹ ; et celui-ci a été conduit lui-même à conforter ce processus de juridictionnalisation, notamment en développant le caractère contradictoire de la procédure suivie devant lui. Au terme de cette évolution, le juge constitutionnel apparaît comme un *juge à part entière*, tenu d'appliquer à l'examen de constitutionnalité des lois les principes de rigueur et d'impartialité auxquels tout juge est astreint.

La contrainte institutionnelle pesant sur les juges se traduit plus précisément par l'existence d'une *jurisprudence*, par laquelle la juridiction constitutionnelle se projette dans la durée. La formation d'une jurisprudence est, on le sait, indispensable au bon exercice de la fonction du juge, et plus généralement au bon fonctionnement de l'ordre juridique¹² : on ne saurait en effet concevoir que les interprétations données par les juges varient à l'infini, au gré des espèces ; les acteurs sociaux ont besoin de connaître le sens attribué aux textes et que ce sens soit, dans toute la mesure du possible, clair et doté d'une stabilité au moins relative. Il en va de même pour la justice constitutionnelle, dont les interprétations conditionnent le travail des élus politiques. Mais la jurisprudence constitutionnelle pèse aussi comme contrainte sur les juges eux-mêmes : c'est

¹¹ Y. POIRMEUR, D. ROSENBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, pp. 234 sq et B. FRANÇOIS, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Vème République », *Politix*, n° 10-11, 1990.

¹² J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, pp. 136 sq.

en effet un *marqueur institutionnel*, qui atteste de l'unité constitutive de la juridiction constitutionnelle ainsi que de sa continuité par-delà les vicissitudes politiques, et qui est la caution de son autorité. Polie au fil du temps, la jurisprudence porte l'empreinte de l'institution et les juges ne sauraient s'en écarter qu'avec prudence, en évitant de saper les fondements de l'institution qu'ils représentent ; cette contrainte explique que les changements de compositions ne se feront sentir que de manière relative et progressive : s'ils sont ainsi entraînés de sensibles inflexions jurisprudentielles, les changements d'équilibre de la Cour suprême des États-Unis, de la Cour Warren (1954-1969) à la Cour Burger (1969-1986) puis Rehnquist (1986-2005) n'ont pas provoqué pour autant de véritable rupture.

Au-delà de cette continuité jurisprudentielle, par laquelle le juge conforte son statut de juge et marque ses distances avec l'univers instable de la politique, l'institutionnalisation se traduit par l'existence de *modes opératoires* relatifs à l'exercice du contrôle de constitutionnalité : règles de procédure, en partie construites et formalisées à l'initiative du juge ; techniques de contrôle, telles les « réserves d'interprétation », fixant le sens qu'il convient de donner aux textes, ou les « directives d'application », liant le pouvoir d'appréciation des autorités en charge de la mise en œuvre, chères au Conseil constitutionnel français ; méthodes de raisonnement, passant par l'élaboration de « standards » ou de « principes », tels « l'effet cliquet », au regard desquels la constitutionnalité de certains dispositifs sera évaluée¹³ ; normes de référence, reconstituées par le juge sous couvert d'interprétations constructives etc... Patiemment forgés au fil du temps, tous ces modes opératoires forment le patrimoine commun de l'institution, le socle de son identité : ils constituent un véritable *prêt-à-porter institutionnel*, que les nouveaux membres sont invités à endosser.

B) L'intériorisation du rôle

Une des caractéristiques essentielles du processus d'institutionnalisation réside dans l'emprise que l'institution acquiert sur ses membres : non seulement ceux-ci sont amenés spontanément à *intérioriser* les disciplines institutionnelles, en adoptant les attitudes, en effectuant les gestes, en accomplissant les actes conformes à ce qu'attend l'institution, mais encore ils en viennent à *s'identifier* à elle ; l'institution va ainsi se trouver incorporée au patrimoine individuel des membres, intégrée à leur identité. Tout se passe comme si l'on assistait à une « prise de possession institutionnelle »¹⁴ : l'institution s'insinue au cœur de la subjectivité des membres, en y installant un dispositif d'auto-surveillance et de contrôle qui assure sa reproduction ; non seulement la contrainte institutionnelle devient invisible, indiscernable, insoupçonnable, mais encore elle s'exerce de manière permanente, continue, quasi-automatique.

Ce processus se retrouve dans le cas des juridictions constitutionnelles, avec cependant certaines variantes. D'abord, le statut des juges n'est pas sans importance : la nomination à vie, comme à la Cour suprême des États-Unis, favorise une très forte identification à une institution, dans laquelle s'écoulera le reste de la vie, souvent pendant de longues années ; à l'inverse, la nomination, comme au Conseil constitutionnel français, pour une durée limitée, avec la perspective d'une reconversion ultérieure, limite l'identification à une institution perçue comme un cadre provisoire d'activité. Ensuite, le facteur lié à l'origine professionnelle ne saurait être sous-estimé : la compétence professionnelle acquise en tant que juriste et plus encore l'exercice des fonctions de magistrat, qui sont la règle aux États-Unis, conduit tout naturellement à se conformer à l'*ethos* du juge et à reproduire les méthodes de raisonnement déjà familières ; en revanche, l'exercice de mandats politiques ne prédispose pas à se plier aux contraintes liées au statut de juge. Enfin, il convient de prendre en compte les singularités des trajectoires individuelles, qui influent sur le rapport à l'institution.

¹³ C. WIENER, F. HAMON, *La loi sous surveillance*, O. Jacob, 1999, pp. 127 sq.

¹⁴ P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Seuil, 1976, p. 62.

Si elles ne sont pas dénuées d'importance, en conduisant à des postures différentes, ces variables ne sont cependant pas telles qu'elles compromettent le processus d'intériorisation des disciplines institutionnelles. De puissants leviers sont là pour l'entretenir. D'abord, le *prestige* dont est auréolée l'institution pousse le nouveau membre à chercher à le capter à son profit, en s'identifiant le plus possible à elle : en contribuant à la grandeur de l'institution, c'est à la sienne qu'on œuvre ; en s'inscrivant dans le sillon tracé par les prédécesseurs, on peut espérer capitaliser sur sa personne un long héritage historique. Ensuite, la pression exercée par le *groupe des pairs* exerce une influence essentielle : la juridiction constitutionnelle est un *lieu de socialisation*, dans lequel les nouveaux venus font l'apprentissage des modes de pensée, méthodes de raisonnement, mais aussi comportements et attitudes qui sont censés devenir les leurs, qu'ils sont tenus de s'approprier ; le renouvellement partiel qui est la règle, voire le remplacement en cas de démission ou de décès comme aux États-Unis, permettent d'assurer la transmission de ce qui constitue le patrimoine commun de la juridiction. A cet égard, la référence à la jurisprudence remplit une fonction, non seulement instrumentale, mais aussi symbolique : témoignant de la continuité de l'institution, elle amène chacun à se percevoir comme inscrit dans une histoire collective qui le dépasse et à laquelle il est voué à son tour à contribuer ; la maîtrise des précédents devient ainsi le signe tangible d'un apprentissage réussi. A l'instar de toute institution, la juridiction constitutionnelle procède à un *marquage identitaire* de ses membres, à travers l'observation d'un ensemble de rituels. Pierre Bourdieu a souligné l'importance de ces « rites d'institution »¹⁵ qui, tout à la fois, consacrent la différence et s'imposent comme un « devoir être » : l'acte d'institution « signifie à quelqu'un son identité, au sens où il le lui exprime et la lui impose, en lui notifiant avec autorité ce qu'il est et ce qu'il a à être » ; il vise à l'inculcation d'un système de dispositions durables et à leur incorporation sous forme d'*habitus*.

Au terme de ce processus, le statut de juge constitutionnel devient, aux yeux de tous et aux propres yeux de l'intéressé, un élément constitutif de sa personnalité. L'effet Becket est l'expression tangible de cette empreinte institutionnelle, qui conduit les juges constitutionnels à endosser un statut pré-construit, en se pliant aux déterminations qu'il implique. Néanmoins, cet effet ne supprime pas toute marge de jeu.

II / LE JEU INSTITUTIONNEL

Le poids de l'institution n'est jamais tel qu'il prive les membres de toute liberté de choix et bloque toute possibilité d'évolution : la codification des rôles institutionnels comporte toujours une marge d'incertitude, une part d'indétermination, qui autorise un certain jeu et constitue un facteur de changement ; loin d'être des entités statiques, les institutions sont des réalités dynamiques, qui font l'objet d'un processus de redéfinition permanente, au gré des usages qu'en font leurs représentants et de l'évolution de l'environnement. S'appliquant aussi aux juridictions constitutionnelles, ce constat conduit à relativiser la portée de l'effet Becket : pas plus qu'il n'entraîne un rapport d'allégeance exclusive à l'institution, cet effet ne saurait interdire toute inflexion jurisprudentielle.

A) *Le rapport à l'institution*

L'intériorisation des contraintes ne signifie pas pour autant que les individus ne soient qu'une cire molle, dans laquelle viendrait s'inscrire à l'identique l'empreinte de l'institution : chacun a une identité propre, forgée au fil des expériences institutionnelles et dépendant d'appartenances parallèles ou concurrentes ; le rapport à l'institution oscille de ce fait entre une gamme d'attitudes témoignant d'une réceptivité différentielle à l'action normalisatrice de l'institution, qui montrent l'importance des trajectoires biographiques. Non seulement aucune institution ne

¹⁵ ARSS, n° 43 ? juin 1982, pp. 58 sq.

saurait prétendre exercer une emprise totale sur ses membres, mais encore les disciplines qu'elle impose sont reçues et réinterprétées par chacun en son « for intérieur »¹⁶, en fonction d'une logique d'arbitrage individuel entre des sollicitations parfois contradictoires et des injonctions souvent paradoxales.

La portée du processus d'intronisation en tant que juge constitutionnel doit être relativisée. Si le juge constitutionnel est censé avoir fait table rase de ses engagements et de ses investissements précédents, pour être désormais animé par le seul souci de respect de la norme constitutionnelle, cette représentation comporte une large part d'artifice : les éléments autour desquels sa personnalité a été structurée ne disparaissent pas pour autant et se retrouveront dans la manière dont il concevra l'exercice du rôle qui lui est assigné ; les dispositions acquises, les références construites, les schèmes de pensée élaborés continueront à peser sur le comportement qu'il adoptera en tant que juge. Cette imprégnation ne signifie nullement que le juge transgresse, de manière délibérée, l'éthique de neutralité et d'objectivité inhérente à son statut : même lorsqu'un régime souple d'incompatibilités autorise l'exercice d'activités professionnelles parallèles, voire l'exercice de certains mandats électifs, ces activités sont posées comme étant de nature radicalement différente ; et les prises de position publiques ne sauraient compromettre la réserve à laquelle il est tenu¹⁷. Un partage strict des rôles exercés, en tant que juge et en tant que citoyen, est donc effectué. Le juge constitutionnel n'est pas pour autant doté d'une double personnalité : les options qu'il a défendues tout au long d'une carrière politique, mais aussi en tant que juriste ou magistrat, sont bien celles qu'il défendra au sein de la juridiction constitutionnelle ; c'est ce qui explique l'examen minutieux des positions prises par les intéressés avant que leur nomination à la Cour suprême soit confirmée par le Sénat. Bien entendu, cela ne signifie pas que ces opinions resteront intangibles, comme le montrent les études faites sur les juges de la Cour suprême : le regard nouveau impliqué par le statut de juge, la dynamique des échanges et des interactions qui se développent au sein de la juridiction entraîneront des infléchissements ; le juge constitutionnel est donc inséré dans un réseau de déterminations complexe, les facteurs individuels se combinant avec le poids des contraintes institutionnelles.

Cette incidence des trajectoires individuelles s'explique dans la mesure où, s'il postule bien l'adoption d'une certaine posture par rapport à la politique et au droit, le rôle de juge constitutionnel n'est jamais à ce point codifié qu'il interdise toute marge de jeu. A l'instar de tout rôle institutionnel, celui de juge constitutionnel comporte une part d'indétermination (*role set* de Merton) : il appartient à chacun des membres de construire sa propre conception de ce rôle ; et cette construction variera en fonction des prédispositions acquises. Cette marge de jeu ne se traduit pas seulement dans l'image que les juges cherchent à donner d'eux-mêmes, mais plus concrètement dans la façon d'interpréter la norme constitutionnelle. Au rebours de la théorie classique de l'interprétation, qui entend celle-ci comme une activité intellectuelle relevant exclusivement de l'ordre de la connaissance, la théorie réaliste conçoit celle-ci comme un acte de volonté, par lequel l'interprète intervient directement dans le processus de création des normes : comme l'ensemble des énoncés juridiques, les énoncés constitutionnels comportent une pluralité de significations possibles, entre lesquelles le juge doit choisir ; or, si l'interprétation donnée se présente comme une œuvre collective, elle est en réalité la résultante d'une confrontation entre les interprétations différentes avancées par les membres, en fonction des trajectoires singulières qui sont les leurs. Les divergences, qui montrent que les membres ne conçoivent pas leur rôle de la même façon, ressortiront dès l'instant où le statut de la juridiction autorise l'expression des

¹⁶ J. CHEVALLIER, « For intérieur et contrainte institutionnelle », CURAPP, *Le for intérieur*, PUF, 1995, pp. 251 sq.

¹⁷ L'engagement de S. Veil au cours de la campagne référendaire sur le traité constitutionnel a pu, à cet égard, poser problème — même si l'intéressée s'est abstenue de siéger pendant cette période.

opinions individuelles. Ce constat illustre le fait que le rapport différencié entretenu par les membres à l'institution n'est pas sans incidence sur son évolution.

B) La dynamique institutionnelle

Le processus d'institutionnalisation ne saurait être considéré comme synonyme de permanence et de stabilité. Toute institution doit être perçue comme une réalité équivoque et évolutive : produit des transactions implicites et explicites entre ceux qui sont à même de contribuer à sa définition, elle recouvre des projets divergents et comporte des potentialités contradictoires ; son identité elle-même n'est jamais fixée une fois pour toutes, mais en permanence redéfinie au gré des luttes sociales et politiques. Soumise aux pressions de son environnement, l'institution évolue aussi selon les usages qu'en font ses représentants : elle n'a en effet d'existence concrète qu'à travers les individus qui l'incarnent, parlent en son nom, lui donnent force agissante ; elle est ainsi constamment remodelée en fonction de la manière dont ceux-ci conçoivent leur rôle et ajustent leurs stratégies.

Si les juges constitutionnels sont donc amenés à se couler dans le moule qu'implique leur statut, ils contribuent aussi, par leurs pratiques, à faire évoluer l'institution. Cette tension ressort très clairement de la dynamique jurisprudentielle : si la jurisprudence sert, on l'a vu, de marqueur institutionnel, en témoignant de la continuité de l'institution, elle n'exclut pas des réajustements, des remaniements incessants, ainsi que des revirements périodiques ; la juridiction reste libre de modifier à tout moment le sens de ses interprétations, le contenu de la jurisprudence qu'elle a édifiée¹⁸. La jurisprudence offre ainsi cet étonnant paradoxe d'assurer d'un même mouvement la continuité et l'adaptation de l'institution. Or, les facteurs externes et internes qui sont à l'origine de ces évolutions, et s'entrecroisent, conduisent dans tous les cas à relativiser l'importance de l'effet Becket. D'une part, il est rare que la juridiction constitutionnelle s'engage dans la voie, tracée par Becket, d'un conflit ouvert avec le pouvoir politique : le conflit qui a opposé la Cour suprême à la Présidence et au Congrès au moment du *New Deal* a suffisamment montré les limites d'un « activisme judiciaire », pouvant glisser au « gouvernement des juges » ; face à des orientations politiques qu'elles désapprouvent, les juridictions constitutionnelles préfèrent pratiquer une « politique jurisprudentielle », oscillant entre audace et retenue. D'autre part, les changements de composition entraînent bel et bien, contrairement à ce que l'effet Becket semblait impliquer, des infléchissements jurisprudentiels : l'orientation progressiste de la Cour suprême à partir de 1954, puis l'inflexion dans un sens plus conservateur après 1969, sont dans une large mesure le sous-produit des nominations qui ont été opérées ; de même la prudence manifestée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen après 2002 de textes touchant à certaines libertés fondamentales s'explique sans doute par l'inflexion de ses équilibres internes. Même si d'autres facteurs interfèrent, il est évident que la dynamique d'évolution des juridictions constitutionnelles se développe indépendamment de l'effet Becket, voire qu'elle la contredit.

L'effet Becket fait bien ressortir la dialectique subtile de relations entre individus et institutions : tandis que les individus sont conduits à intérioriser les contraintes inhérentes aux institutions par lesquelles ils transitent, celles-ci sont modelées par les usages qu'en font leurs ressortissants ; entrant en juridiction, le juge constitutionnel est ainsi invité à endosser un rôle pré-construit mais qu'il redéfinira par ses pratiques. S'il permet ainsi de mettre en évidence les effets de l'intronisation en tant que juge constitutionnel, l'effet Becket ne saurait pour autant être entendu comme dotant les intéressés d'une personnalité nouvelle, échappant à tout autre conditionnement : le juge constitutionnel n'est pas un être abstrait, désincarné, éthéré, au service

¹⁸ Comme le dit G. TIMSIT (*Les figures du jugement*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1993, p. 177), la « transdiction » (c'est-à-dire la parole du juge) est par essence « parole de sable » : elle « en a le caractère instable, insaisissable et mouvant ».

exclusif du droit ; c'est un individu socialement situé, qui est conduit à concevoir son rôle de juge à travers le filtre d'un vécu et le prisme de valeurs préalablement intériorisées.