

Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ?

Proposition de définitions modales et fonctionnelles.

En droit constitutionnel, il est de ces notions qui, de manière périodique, sont réinterrogées à l'occasion de questions d'actualité et dont la systématisation ne semble toujours pas aboutie. Tel est le cas des notions de « cour suprême », de « cour constitutionnelle » et de « juridiction constitutionnelle ». L'on pourrait s'en étonner tant il s'agit d'objets premiers de la doctrine constitutionnelle, abordés et banalisés dans tous les manuels de droit et de contentieux constitutionnels. Pourtant, la question ne semble pas tranchée. Les interrogations reviennent de manière régulière, faute peut être de disposer de définitions incontestables ou, plus vraisemblablement, d'une lecture doctrinale qui ait été en mesure de s'imposer.

La mise en place en France de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et les conséquences prévisibles ou supposées de cette réforme ont ainsi servi de vecteur à diverses discussions doctrinales autour de ces notions de « juridiction constitutionnelle », de « cour constitutionnelle » et de « cour suprême ». Certains ont pu s'interroger sur le fait de savoir si le Conseil constitutionnel ne devenait pas une « cour suprême » suite à la mise en place de cette nouvelle procédure¹. D'autres ont pu discuter du caractère juridictionnel de l'institution. La présence des Chefs de l'Etat, en tant que membre de droit au sein du Conseil constitutionnel, a pu être (re)avancée pour dénier le caractère juridictionnel de celui-ci². La première saisine par le juge constitutionnel français de la Cour de justice de l'Union européenne par la voie du renvoi préjudiciel en interprétation³ a pu encore fournir l'occasion de plaider dans le sens du caractère non juridictionnel de l'institution⁴. Lors des débats parlementaires sur la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, il a été enfin question de savoir s'il fallait faire du Conseil constitutionnel une « cour constitutionnelle »⁵. La juridictionnalisation de l'institution, consécutive à l'introduction d'une question préjudicielle de constitutionnalité, a semblé en l'occurrence plaider pour un

¹ Voir en particulier : M. Guillaume, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *La semaine juridique*, Ed. G., n° 24, 11 juin 2011, n° 722.

² Voir R. Badinter, « L'exception française de trop », *Le Monde*, 19 mai 2012 ; voir également du même auteur avant la QPC : « Une exception française : les anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 513-522.

Voir également pour une lecture critique de la composition du Conseil constitutionnel en général : P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, n° 5, 2010, 34 p.

³ C.C., n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, M. Jérémy F. [*Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne*], JORF, 7 avril 2013, p. 5799.

⁴ Voir en particulier : P.-Y. Monjal, « QPC 314P – Episode I Le Conseil constitutionnel français n'est pas une juridiction ! Ce que la Cour de justice ne dira – sans doute – pas... », *Rev. du Droit de l'Union européenne*, 2/2013, pp. 297-323.

⁵ Voir en particulier la discussion au Sénat lors de la séance du 24 juin 2008 autour de l'amendement présenté par R. Badinter et les membres du groupe socialiste visant à remplacer dans la Constitution les termes « Conseil constitutionnel » par « Cour constitutionnelle ». L'amendement sera adopté. L'Assemblée nationale reviendra sur ce choix.

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

changement de dénomination, ce qui entretient une confusion entre le caractère juridictionnel de l'institution « Conseil constitutionnel » et la nature de cour constitutionnelle de ce dernier. Seule une cour constitutionnelle serait une « juridiction » constitutionnelle, ce que ne serait pas en l'occurrence le Conseil constitutionnel (ni une juridiction, ni une cour constitutionnelle)⁶. Au-delà de la QPC, la discussion autour de la notion de « cour constitutionnelle » avait également présenté une acuité particulière pour établir si les cours européennes, les cours de Strasbourg et de Luxembourg, pouvaient être considérées comme des « cours constitutionnelles »⁷.

Le contexte dans lequel les définitions ont été posées, par exemple la réflexion entreprise autour de la nature des cours européennes, semble parfois influencer sur leur établissement même. Les définitions ne sont alors posées que pour pouvoir soutenir une position doctrinale déterminée. La démarche est inductive dans l'établissement de la définition, celle-ci est construite à partir du résultat que l'on souhaite établir, et non pas stipulative, ce qui permet d'éprouver la pertinence d'une définition posée à partir des données du droit positif. Ce même contexte a pu encore faire obstacle à une appréhension globale des objets observés, en s'attardant seulement sur certains des éléments proposés de définition qui soulevaient difficulté. Les définitions des objets ne sont éprouvées qu'à l'occasion de questions spécifiques et donc sous un angle particulier, sans embrasser la généralité que doit présenter une définition.

Cette approche fragmentée est d'ailleurs celle qui est retenue par la Cour de justice de l'Union européenne pour déterminer ce qu'est une juridiction au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La Cour de justice n'a certes pas vocation à poser des définitions, mais la démarche qu'elle adopte dans son approche d'une « juridiction » illustre une lecture fragmentée de cette notion. En effet, le juge européen ne propose aucune définition

⁶ Voir à cet égard P. Cassia qui soutient qu'« il serait temps que le Conseil constitutionnel passe du statut d'institution à celui de juridiction, devienne une véritable « Cour constitutionnelle » » (« Il est temps de faire du Conseil constitutionnel une véritable juridiction », *Le Monde*, 17 février 2010).

P.-Y. Monjal défend la libération de « notre ordre constitutionnel de son Conseil constitutionnel afin de lui substituer une Cour constitutionnelle, c'est-à-dire une vraie juridiction » (« QPC 314P – Episode I... », *précit.*, p. 309).

P. Waschmann signale l'existence d'une proposition de la gauche dans les années 1970 visant à la « transformation du Conseil constitutionnel en Cour constitutionnelle » tout en précisant qu'un tel dessein « supposait un tout autre mode de désignation des membres de cette instance ». La proposition, comme le signale une note en bas de page, tend à la création d'une « Cour suprême constitutionnelle » (« Sur la composition du Conseil constitutionnel », *précit.*, p. 2).

Au titre des confusions, l'on doit enfin reprendre les propos d'un député, Jean-Claude Sandrier, tenus lors de la discussion du projet de loi de révision constitutionnelle de 2008 lors de la première séance du 29 mai 2008, afin de justifier son amendement visant à supprimer du projet la question préjudicielle de constitutionnalité : « À l'heure actuelle, [le Conseil constitutionnel] est un organe intégré au processus législatif. Le contrôle de constitutionnalité intervient, en effet, *a priori* avant la promulgation de la loi. De ce point de vue, son rôle est éminemment politique, ce que traduit d'ailleurs son mode de désignation.

Si le Conseil constitutionnel devient, de fait, parce qu'il est saisi à l'occasion de l'application concrète de la loi à un individu particulier, une cour constitutionnelle, il est impératif de repenser non seulement les qualités requises pour y siéger, mais aussi les modalités de la désignation de ses membres ».

⁷ Débat cher au Doyen Louis Favoreu dont le dernier état de la pensée est exprimé dans la contribution « Les cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles » (*Mélanges Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, pp. 35-45) dans laquelle il retrace les différentes discussions autour de cette question entre la doctrine constitutionnaliste et celle européenne.

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

générale de ce qu'est une juridiction. Il ne fait qu'examiner les éléments de définition de la juridiction qui sont discutés dans une espèce particulière pour établir la nature de l'organe dont il est question. La Cour s'attardera sur l'indépendance et l'impartialité face à un organe composé de fonctionnaires⁸. Elle se concentrera sur le critère de l'application des règles de droit en présence d'un organisme qui connaît des recours contre des sentences arbitrales⁹.

En l'absence de définition précise, éclairante et incontestée, la recherche entreprise se doit d'être modeste. Elle entend ouvrir la discussion sur les éléments décisifs qu'il faudrait retenir pour identifier de manière satisfaisante ce que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour suprême » et une « cour constitutionnelle ». Avant de proposer des définitions, il est important de rappeler l'état de la pensée doctrinale en mettant en avant les critères constitutifs des différentes notions observées¹⁰.

La notion de « juridiction », sans anticiper sur ce que serait une « juridiction constitutionnelle », est sans doute celle dont les critères d'identification sont les plus nombreux et qui ont fait l'objet de la systématisation la plus poussée. Les critères généralement mis en évidence pour l'identifier sont les suivants : l'application du droit, l'origine légale, l'autorité de la décision rendue, la mission exercée, l'indépendance, la permanence, le caractère contentieux de la procédure, le caractère obligatoire et les formes juridictionnelles¹¹. Ces critères sont de différents ordres : formels, substantiels, fonctionnels et même temporels. Les critères d'une juridiction identifiés, reste à établir ce que serait une juridiction « constitutionnelle ».

Quels que soient les systèmes juridiques, une multitude de juridictions très disparates peuvent être considérées comme constitutionnelles, soit parce que leur existence est reconnue par la Constitution¹², soit parce qu'elles exercent un contrôle de constitutionnalité, soit parce qu'elles disposent de compétences spécifiques liées à des contentieux touchant aux pouvoirs institués (pouvoirs exécutif, législatif et juridictionnel). Face à la « cacophonie » dominante sur cette question, Luc Heuschling retient quatre cercles de définition de la « justice constitutionnelle ». En identifiant ce que recouvre cette notion et donc la mission assignée à une juridiction

⁸ Voir par exemple : C.J.C.E., 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, Aff. C-54/96, § 35 et 36.

⁹ Voir par exemple : C.J.C.E., 27 avril 1994, *Almeo*, Aff. C-393/92, § 22 à 24.

¹⁰ Les termes de « notion » et de « définition » ne sont pas confondus. La notion d'un objet déterminé permet d'éclairer et de nourrir sa définition.

¹¹ Voir notamment sur ces différents critères : Conclusions de l'avocat général C. O. Lenz sur, C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Handels contre Dansk*, Aff. 109/88, § 17 ; C.E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, Aff. n° 13166/87, § 49 ; C.E.D.H., 23 octobre 1985, *Bentham c. Pays-Bas*, Aff. 8848/80, § 40 ; C.E.D.H., 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, Aff. n° 16034/90, § 45 ; C.E.D.H., 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, Aff. 8790/79, § 36 ; C.E.D.H., 27 août 1991, *Demicoli c. Malte*, Aff. 13057/87, § 39.

Voir, pour une synthèse des différentes positions doctrinales sur cette question : V. Bouvier, « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, n° 9, 1989, pp. 119-129.

¹² Voir, par exemple, soutenant que « la Cour suprême [américaine] est une cour constitutionnelle si l'on veut dire par là qu'elle est prévue dans la Constitution » : E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, Droit fondamental, Droit politique et théorique, 2000, p. 19.

constitutionnelle, il serait possible d'identifier ce qu'est une « juridiction constitutionnelle ». Au sens le plus strict, « la justice constitutionnelle s'identifie au contrôle de la constitutionnalité de la loi » ; au sens strict, elle « regroupe l'ensemble des attributions des cours constitutionnelles » ; au sens large, elle « englobe tous les contentieux où un juge, quel qu'il soit, est amené à *appliquer* et à *interpréter immédiatement* des dispositions du *texte de la Constitution* » ; au sens le plus large, « relèvent de la justice constitutionnelle toutes les procédures juridictionnelles portant sur la *matière constitutionnelle* »¹³. Cet effort de systématisation ne permet pas d'épuiser la question. Les définitions proposées renvoient à d'autres éléments indéterminés, « les attributions des cours constitutionnelles » ou la « matière constitutionnelle » ; or, même s'il existe des constantes, les attributions des « juridictions constitutionnelles » sont variables d'un Etat à l'autre et la matière constitutionnelle est flottante. Luc Heuschling le concède : il existe une « pluralité des contentieux des cours constitutionnelles »¹⁴.

Les notions de « cour constitutionnelle » et de « cour suprême », appliquées aux juridictions constitutionnelles, sont le plus souvent associées, respectivement, au « modèle européen » et au « modèle américain » de justice constitutionnelle. Cette différenciation des modèles de justice constitutionnelle peut être mise au crédit d'Hans Kelsen, dans une contribution¹⁵ militante visant à défendre le modèle européen de justice constitutionnelle¹⁶, et de Charles Einsenmann¹⁷, même si elle semble avoir été systématisée et diffusée en France par le Doyen Louis Favoreu¹⁸, ce dernier inscrivant sa réflexion à la suite de celle de Mauro Cappelletti¹⁹. Cette distinction a depuis fait l'objet de sérieuses critiques. Elle ne permettrait pas d'éclairer de manière satisfaisante les

¹³ L. Heuschling, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction historique », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, sous la direction de C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsmann, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2005, pp. 88-89.

¹⁴ L. Heuschling, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction historique », *précit.*, p. 103.

¹⁵ H. Kelsen, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, 1990, 1, pp. 17-30, traduction par L. Favoreu d'un article publié dans *The Journal of Politics*, vol. 4, 1942, pp. 183-200. Voir également, défendant le contrôle de constitutionnalité confié à une juridiction unique de manière prescriptive : « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

¹⁶ Pour une lecture en ce sens : O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 9.

¹⁷ C. Einsenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica-PUAM, Collection droit public positif, 1986, réédition de la thèse de 1928, p. 103 et s., évoquant « les deux types d'organisation de la justice constitutionnelle ».

¹⁸ Voir en premier lieu : L. Favoreu, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AJJC*, Vol. IV, 1988, pp. 51-66.

Voir également pour les contributions les plus récentes : L. Favoreu, « La notion de Cour constitutionnelle », in *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Heilbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 15-27 ; L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Connaissance du droit, 2011, p. 19 et s. ; L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, Droit public Science politique, 14^{ème} édition, 2014, p. 235 et s.

Voir, par ailleurs, pour une analyse distinguant un « modèle de parlementarisme rationalisé » et un « modèle présidentiel » de contrôle de constitutionnalité des lois : T. S. Renoux, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France et dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois. De la diversité des institutions à l'unité du droit », *R.I.D.C.*, 3-1994, p. 892.

¹⁹ En ce sens : L. Favoreu, « La notion de Cour constitutionnelle », *précit.*, p. 16.

différentes modalités d'organisation de la justice constitutionnelle en Europe²⁰. Le modèle européen proposé serait franco-centré et se réduirait, en définitive, à un « modèle franco-syldavo-africano-khmer »²¹. Plus substantiellement, la distinction entre les modèles de justice constitutionnelle poserait à la fois des problèmes empiriques et théoriques²². Elle n'en demeure pas moins, encore aujourd'hui, l'analyse la plus communément partagée et discutée.

Ainsi, Louis Favoreu a proposé une définition de la cour constitutionnelle dans le cadre du modèle européen et en a construit la notion générale. Selon la formulation la plus récente, les cours constitutionnelles sont définies « comme des juridictions constitutionnelles « à temps complet », situées en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendantes de celui-ci, auxquelles la Constitution attribue le monopole du jugement de la constitutionnalité des lois »²³. Sous l'angle de la notion, la Cour constitutionnelle est un juge constitutionnel unique qui constitue un pouvoir constitutionnel, contrôleur légitime des trois pouvoirs²⁴. Olivier Jouanjan a tenté de synthétiser « la proposition kelsénienne d'institution de cours constitutionnelles sur le continent européen » en considérant qu'elle imposait l'existence d'une « cour, de caractère exceptionnel et de forte légitimité, située, par sa composition, hors du système juridictionnel ordinaire afin d'empêcher les juridictions ordinaires de mettre la main sur la loi et donc de prendre barre sur le parlement démocratique »²⁵.

D'autres critères ont été proposés pour appuyer la distinction entre les modèles de justice constitutionnelle. Mauro Cappelletti distingue ainsi le contrôle juridictionnel centralisé et le contrôle juridictionnel décentralisé²⁶, d'autres ajoutant à cette distinction duale les systèmes mixtes²⁷. Francisco Rubio Llorente identifie deux modèles, dont on peut d'ailleurs penser qu'ils ont été inspirés par les seuls exemples espagnol et français pré-QPC, qui se distingueraient par

²⁰ Voir en particulier : C. Grewe, H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, Droit politique et théorique, p. 68 ; M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Corpus Droit public, 2010, p. 192 et s.

Voir pour une critique plus générale : F. Fernández Segado, « La faillite de la bipolarité « modèle américain/modèle européen » en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, pp. 1077-1116 ; O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *précit.*

²¹ O. Jouanjan, « Sur quelques aspects d'un vaste débat : le conseil supérieur de la Constitution syldave est-il une « Cour constitutionnelle », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, 2006, Economica, p. 551.

²² G. Tusseau, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bononia University press, 2009, respectivement sur ces deux points, p. 25 et s. et p. 50 et s.

²³ L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 251, § 286.

²⁴ Sur ces différents éléments autour desquels est organisé le plan de la contribution : L. Favoreu, « La notion de Cour constitutionnelle », *précit.*, pp. 15-27

²⁵ O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle... », *précit.*, p. 15.

²⁶ M. Cappelletti, « Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé », in *Le pouvoir des juges*, Economica-PUAM, Collection droit public positif, 1990, Traduction de R. David de l'article « *Judicial review on comparative perspective* », *California Law Review*, Vol. 58, Number 5, October 1970, pp. 1017-1053, p. 194 et s. (de l'ouvrage). Ce qui ne peut manquer d'étonner alors que L. Favoreu se revendique de cet auteur dans la distinction des modèles de justice constitutionnelle qu'il propose.

²⁷ C. Grewe, H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 69 et s.

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

leur « centre d'intérêt principal », c'est-à-dire par des finalités premières différentes : « le modèle qui tend à assurer la constitutionnalité de la loi et, face à lui, celui qui vise à garantir l'effectivité des droits fondamentaux »²⁸. Dans sa lecture critique des modèles de justice constitutionnelle, Guillaume Tusseau a synthétisé les différentes propositions doctrinales substitutives²⁹, qui, le plus souvent, reconstruisent d'autres modèles à partir de critères déjà utilisés par la distinction classique.

La notion de cour suprême est encore envisagée de manière autonome, sans référence aux modèles de justice constitutionnelle, en particulier parce que les juridictions placées au sommet des ordres juridictionnels, tels le Conseil d'Etat et la Cour de cassation en France, sont parfois qualifiées de « cour suprême », même si, on le verra, la « cour suprême américaine » reste parfois le référant ultime du modèle « cour suprême ». Pour Denys de Béchillon, peuvent être³⁰ considérées comme des cours suprêmes toutes les cours qui ont « un pouvoir de dernier mot à l'intérieur de leur ordre juridique propre »³¹. Dans le même sens, mais de manière moins large, Elisabeth Zoller considère que la « Cour suprême américaine est « une « cour » qui est « suprême », en ce sens qu'elle décide en dernier ressort de toute question judiciaire entrant dans le champ de ses compétences »³². La place au sommet d'un édifice juridictionnel permettant à la cour suprême, par différentes voies contentieuses, de connaître des décisions rendues par des juridictions inférieures³³ renforce cette dimension, tout en apparaissant en creux comme la conséquence négative de ce que la cour constitutionnelle n'est pas rattachée à l'appareil juridictionnel ordinaire. Le fait d'intervenir « en dernier ressort » suppose qu'il existe d'autres juridictions statuant avant la cour suprême. Est une cour suprême non pas seulement celle qui a le dernier mot, ce seul critère conférerait à une cour constitutionnelle la qualité de cour suprême, mais celle qui a le dernier mot après d'autres juridictions qui ont déjà statué avant elle sur le même litige.

Le qualificatif de « cour suprême » est d'ailleurs parfois dénié aux juridictions suprêmes françaises, Conseil d'Etat et Cour de cassation (peut-être faudrait-il parler alors de « cour souveraine » ?), faute de disposer, contrairement à la Cour suprême américaine, de la capacité de contrôler la constitutionnalité des lois³⁴, ce qui demeure, sur la question du contrôle de la régularité de la loi, une critique à la portée toute relative alors qu'il existe un contrôle diffus de conventionnalité des lois. Cette lecture ajoute ainsi un critère à la définition de la cour suprême :

²⁸ F. Rubio Llorente, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *AIJC*, 1996, pp. 16-17.

²⁹ G. Tusseau, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, *op. cit.*, p. 71 et s.

³⁰ Dans la contribution en question (voir note suivante), D. de Béchillon n'entend pas proposer une définition particulière d'une « cour suprême » mais retient une définition à partir de laquelle il conduira une réflexion sur une autre question.

³¹ D. de Béchillon, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 33.

³² E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 19.

³³ Voir : M. Guillaume, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *précit.*, § 20-21.

³⁴ Voir en ce sens : E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op. cit.*, pp. 19-20.

elle statue en dernier ressort *et* dispose de la capacité de juger de la constitutionnalité des lois. Elle présente un autre écueil car elle suppose que ce qui constitue le modèle américain de justice constitutionnelle n'est en réalité que le droit positif des Etats-Unis d'Amérique organisant le contrôle de constitutionnalité des lois. Comme c'est le cas pour d'autres modélisations en droit constitutionnel³⁵, le modèle se réduit à un seul exemple de droit positif. En conséquence, considérer que les juridictions suprêmes françaises ne sont pas la Cour suprême américaine ne semble pas constituer une découverte originale. L'on touche ici toutes les difficultés d'une modélisation. Celle-ci peut présenter plusieurs défauts : la simplification trop importante liée à un présupposé épistémologique imposant des classifications (l'impérieuse nécessité taxinomique de la doctrine) qui conduit à diminuer la pertinence du modèle ; l'instrumentalisation, plus ou moins consciente, parfois à des fins d'ordre politique, du modèle pour y faire entrer une situation particulière ; la trop large plasticité des critères remettant en cause le principe même de la classification ou encore la mise en évidence d'une multiplicité de critères discriminants ce qui conduit à noyer le principe même de la modélisation. Ce dernier écueil semble décisif dans la construction des définitions de « cour constitutionnelle » et de « juridiction constitutionnelle », contrairement d'ailleurs à la définition de « cour suprême » qui ne fait appel, le plus souvent, qu'à un seul élément.

La démarche entreprise ici consiste à simplifier les définitions autour de critères réduits, voire à partir d'un critère unique, afin de mettre en évidence le ou les éléments décisifs permettant d'identifier l'objet décrit. Elle entend appréhender ces objets, en tant que catégorie générique, au regard de leur fonction. En effet, toutes ces objets, « juridiction constitutionnelle », « cour constitutionnelle » ou « cour suprême », renvoient aux modalités techniques retenues par les systèmes juridiques pour le calcul des défauts, c'est-à-dire pour le contrôle de la régularité des normes et des comportements, et donc à des modèles d'organisation de ce contrôle. Ces modèles correspondent à des choix qui entendent privilégier une certaine conception politique de la manière dont on doit sanctionner le respect de la régularité et qui, selon cette conception, poursuivent des fonctions différentes. Le choix de l'angle de vue purement technique des modalités du calcul des défauts permet d'écarter une lecture politique, voire politisée, des différents objets étudiés³⁶. C'est par l'intermédiaire des fonctions choisies dans les modalités du calcul des défauts que sera proposée une lecture des modèles possibles : juridiction constitutionnelle, cour constitutionnelle et cour suprême. Il s'agit de définitions doctrinales s'inscrivant dans une démarche analytique et qui visent à proposer un instrument de lecture propre à éclairer l'observation du droit positif. En tant que proposition doctrinale, elle ne saurait être falsifiée par cette observation du droit en vigueur. Tout au plus, cette observation peut la priver de pertinence en tant qu'instrument d'analyse du droit positif.

³⁵ Voir en particulier sur la « séparation stricte » et la « séparation souple » des pouvoirs : J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation « rigide » des pouvoirs », *R.F.D.C.*, 2009, n° 78, pp. 247-267.

³⁶ Si le choix d'un modèle plutôt qu'un autre répond à des choix politiques de la part du pouvoir, il est possible de décrire de manière neutre chacun de ces modèles. Chaque modèle présente une dimension politique mais il peut être décrit d'une manière qui ne l'est pas. Telle est la proposition de lecture descriptive avancée dans cette étude.

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

Selon cette perspective, les propositions de définitions défendues sont les suivantes :

- la *juridiction constitutionnelle* renvoie à un modèle de calcul des défauts confiant la résolution de litiges portant sur la conformité des lois à la Constitution à un organe indépendant des parties à ce litige (1) ;
- la *cour constitutionnelle* à un modèle qui tend à confier à un organe spécial le soin de résoudre des litiges présentant une dimension politique liés à l'application de la Constitution (2) ;
- la *cour suprême* à un modèle visant à garantir l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé (3).

Ces propositions paraissent devoir éclaircir un certain nombre de difficultés liées à l'emploi des différents termes qu'elles entendent recouvrir, ce qu'il s'agira de le mettre en évidence. Elles seront développées en faisant abstraction des présentations antérieures déjà exposées, même si, à l'évidence, elles n'en sont pas toujours détachées. La démarche est donc stipulative, tout en étant conduite à partir d'un certain contexte doctrinal.

1 - Le modèle « juridiction constitutionnelle » : la résolution de litiges portant sur la conformité des lois à la Constitution confiée à un organe indépendant des parties à ce litige

La proposition mérite d'être éclairée à partir des termes qui la composent, à savoir une « juridiction », d'une part, et une juridiction en ce qu'elle est « constitutionnelle », d'autre part.

D'un point de vue fonctionnel, la mission d'une juridiction consiste à résoudre un différend entre deux parties concernant l'application du droit dans une situation déterminée. Dans un système juridique, une juridiction est un organe habilité à régler les différends et à garantir la régularité de l'application du droit. La situation à l'origine du différend est régie par le droit, c'est-à-dire que celui-ci oblige, interdit, permet ou habilite un comportement lié à cette situation, mais les personnes qui s'y trouvent ne parviennent pas à la résoudre, faute d'un accord entre elles. La difficulté générée par le différend peut être consécutive à ce que la norme applicable est une norme générale et abstraite qui *doit s'appliquer* à la situation, sans que l'on sache *comment elle doit s'appliquer* dans cette situation. Le juge doit alors établir ce que la norme générale et abstraite impose dans la situation concrète dans laquelle elle doit s'appliquer. Il est censé établir ce que la norme impose dans un cas particulier (dimension subjective). Il participe ainsi à la concrétisation de l'ordre juridique, tout en veillant au respect de la régularité en son sein. La difficulté consécutive au litige peut également résulter du fait que la norme, quel que soit son degré de généralité, produite par un tiers ou par une partie et applicable aux parties, est considérée comme irrégulière (dimension objective). Le juge doit alors apprécier la régularité d'une norme au regard de la norme qui lui est supérieure.

La résolution proprement juridictionnelle d'un litige ainsi entendu consiste à confier à un tiers, indépendant des parties à ce litige, le soin de le résoudre. L'indépendance du tiers vis-à-vis des parties peut se mesurer de différentes manières, mais cette indépendance doit exister pour être en

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

présence d'un modèle juridictionnel de résolution du litige. Cette indépendance des parties doit être entendue de manière large :

- indépendance *organique*, les parties ne sauraient ni choisir le juge compétent pour résoudre leur litige, ni désigner les juges qui résoudront le litige ;
- indépendance *statutaire*, la carrière comme la responsabilité des juges ne sauraient dépendre du choix des parties ;
- indépendance *substantielle*, les parties ne sauraient déterminer ni le type de règles applicables au litige ni leur contenu pas plus qu'elles ne sont en mesure d'échapper à la décision rendue par le juge³⁷.

Tout est cependant question de degré et l'on peut trouver là la difficulté à mesurer de manière précise le seuil au-delà duquel il existe une juridiction. Dans un régime démocratique, si le citoyen participe, plus ou moins directement, à la production des lois, lorsqu'un juge applique une loi à une situation visant le citoyen, l'on pourra difficilement considérer qu'il existe un lien de dépendance entre le citoyen et la norme qu'il se voit appliquer en considérant que le citoyen a fixé le contenu de la norme qui lui est appliquée.

Il est possible d'éprouver cette difficulté, et donc la pertinence de la conception défendue, au regard de la question de la nature du Conseil constitutionnel français. La question de l'indépendance semble décisive, l'existence d'un litige ou même de parties ne soulève pas de difficulté, encore moins aujourd'hui avec la question prioritaire de constitutionnalité. Reste à établir qui sont les parties pour apprécier l'indépendance. Il en est une indiscutable, le législateur, l'autre plus indéterminée, l'opposition politique parlementaire, le justiciable, le premier ministre, les présidents des assemblées ou le Chef de l'Etat. L'on pourrait voir ici la difficulté liée à l'indépendance organique alors que chacune de ces 3 dernières autorités nomme 3 des membres du Conseil constitutionnel. La difficulté n'est qu'apparente. La saisine du Conseil constitutionnel ne vise pas à défendre un intérêt subjectif, tout au plus à faire obstacle à la volonté de la majorité politique, mais au nom du respect du droit. L'indépendance organique est préservée dans la mesure où les autorités qui nomment les membres du Conseil constitutionnel ne sauraient être considérées comme des parties. En dehors de cette difficulté, les autres éléments d'appréciation de l'indépendance ne font pas défaut. L'indépendance statutaire et celle matérielle sont préservées par des exigences que l'on connaît : non renouvellement du mandat³⁸ sauf cas exceptionnel³⁹, aucune nomination à un emploi public et aucune promotion ne sont possibles pendant la durée des fonctions⁴⁰, caractère irrévocable du mandat⁴¹, pouvoir d'autodiscipline confié au Conseil

³⁷ Ces différents critères permettent de distinguer la résolution juridictionnelle de certains litiges des modes non juridictionnels, tels que le recours hiérarchique, la transaction, la médiation, la conciliation ou l'arrangement, tout en écartant également un mode de résolution des conflits pourtant considéré comme juridictionnel, à savoir l'arbitrage.

³⁸ Article 56 alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

³⁹ Article 12 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁴⁰ Article 5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁴¹ Article 9 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

constitutionnel⁴², application des normes constitutionnelles⁴³ ou, sur renvoi de celle-ci, des normes interposées⁴⁴, caractère obligatoire des décisions rendues⁴⁵. Ainsi lue, d'un strict point de vue juridique et technique, la question du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel ne soulève aucune difficulté. Les compétences des membres ou la présence d'anciens chefs de l'Etat, éléments discutables s'il en est, ne sauraient pour autant entrer en ligne de compte pour apprécier le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel. Il n'est question que de la qualité des membres et non pas de l'indépendance de l'institution et donc de son caractère juridictionnel.

Demeure encore la question de la nature constitutionnelle de la juridiction. La résolution de cette question pourrait empiéter sur celle de ce qu'est une « cour constitutionnelle » ou de la distinction, complexe, entre les juridictions de droit commun et la juridiction constitutionnelle⁴⁶. Elle implique de se situer sur le plan des compétences reconnues à la juridiction. La multiplicité des compétences accordées aux cours constitutionnelles, qualifiées de « juridictions constitutionnelles », la possibilité pour une cour constitutionnelle de statuer en tant que juge de la constitutionnalité de la loi ou en tant que juge d'application de la loi ou simplement pour émettre un avis accroît la difficulté. Une seule compétence sera retenue comme permettant d'identifier une juridiction constitutionnelle, ce qui permettra en l'occurrence de dissocier cet objet de celui de cour constitutionnelle et de les rendre autonomes : la capacité de sanctionner le respect par la loi de la Constitution. Sera un juge constitutionnel, le juge habilité à contrôler la constitutionnalité formelle⁴⁷ de la loi et à en tirer les conséquences sur la validité-existence de la loi, soit en l'empêchant d'acquiescer cette validité dans le cadre du contrôle *a priori*, soit en la privant de cette validité avec des effets variables dans le temps dans le cadre du contrôle *a posteriori*. C'est en ce sens qu'il convient d'entendre la formule proposée de « résolution des litiges portant sur la conformité de la loi à la Constitution ». Selon cette lecture, dans le cadre d'un contrôle diffus de constitutionnalité, tous les juges sont alors des juges constitutionnels ; dans le cadre d'un contrôle concentré, seule la juridiction chargée de contrôler la constitutionnalité des lois sera juge constitutionnel. Dans un système mixte, dans lequel la compétence du contrôle des lois est partagée entre les juridictions ordinaires et une cour constitutionnelle, toutes seront considérées comme des juridictions constitutionnelles, même si une seule de ces juridictions constitutionnelles est une cour constitutionnelle. L'appréhension proposée du juge constitutionnel est transposable aux modèles concentré ou diffus de contrôle de constitutionnalité ainsi qu'aux systèmes mixtes.

⁴² Article 10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁴³ Articles 54, 61 et 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴⁴ A savoir des « normes non constitutionnelles qui sont intégrées en tant que paramètre de référence dans les jugements de constitutionnalité, sur le fondement du renvoi à ces normes par certaines dispositions de la Charte fondamentale » selon la définition de M. Siclari (*Le « norme interposte » nel giudizio di costituzionalità*, CEDAM, 1992, *Premessa* (XI)).

⁴⁵ Article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴⁶ Voir sur cette question l'article de L. Heuschling, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction historique », *précit.*

⁴⁷ La précision est nécessaire alors que peut coexister avec un contrôle de constitutionnalité un contrôle de conventionnalité, ce dernier étant susceptible, matériellement, de se recouper avec le premier.

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

2 – Le modèle « cour constitutionnelle » : l'institution d'un organe spécial habilité à résoudre des litiges présentant une dimension politique liés à l'application de la Constitution

Une cour constitutionnelle est un organe spécial habilité à résoudre des litiges présentant une dimension politique particulière liés à l'application de la Constitution. L'institution d'une telle cour, qui pourra ou ne pourra pas être par ailleurs une juridiction, constitutionnelle ou non⁴⁸, répond à la volonté du pouvoir constituant ou dérivé de faire échapper aux juridictions ordinaires (par opposition à la juridiction spéciale) un certain type de contentieux. La définition précise de ces contentieux demeure délicate s'il était nécessaire de rechercher des compétences qui *devraient* se retrouver pour identifier une cour constitutionnelle, car il existe une diversité de compétences susceptibles d'être confiées à une cour constitutionnelle. Réduire ces domaines de compétences au seul contrôle et à la censure des lois au regard de leur conformité à la Constitution ne permettrait pas pour autant de résoudre le problème. Le choix de renvoyer à la question de la résolution de litiges présentant une dimension politique particulière liés à l'application de la Constitution permet d'éviter les deux écueils évoqués. Il peut soulever des difficultés d'identification. Le critère de l'application de la Constitution est clair : une cour constitutionnelle ne saurait connaître que de questions en rapport avec l'application de normes constitutionnelles⁴⁹. Que sont cependant des litiges présentant une dimension politique particulière ? Pour le constituant ou le pouvoir de révision constitutionnelle, il s'agit de litiges, en rapport avec l'application de la Constitution dans un sens large, dont la résolution ne saurait, par leur importance ou leur caractère sensible, être confiée à des juridictions ordinaires mais à une juridiction spécialement créée pour en connaître. Certes, il n'existe pas de litiges qui, par nature, présenteraient une dimension politique particulière. Tout dépend de ce que le pouvoir considère comme présentant une telle caractéristique ; mais, toujours est-il que seront confiés à une cour constitutionnelle toutes les compétences liées à la résolution de litiges considérés comme présentant une dimension politique : contentieux des élections politiques nationales ou des opérations référendaires, contentieux de la répartition des compétences entre l'Etat et les entités décentralisées, contentieux de la répartition des compétences entre le domaine législatif et le domaine réglementaire, compétences consultatives liées à la mise en œuvre de procédures spécifiques prévues par la Constitution et/ou, bien évidemment, contentieux de constitutionnalité des lois⁵⁰. Chacune de ces catégories de contentieux présente une dimension politique. Dans la

⁴⁸ Ces objets doivent être dissociés. Il est en effet possible de confier à un organe qui ne serait pas une juridiction des compétences pour résoudre de litiges présentant une dimension politique. Une cour constitutionnelle pourrait ne pas être une juridiction. Il est tout autant possible de confier à un organe la résolution de questions présentant une dimension politique sans lui confier la compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois. Une cour constitutionnelle pourrait ne pas être une juridiction constitutionnelle.

⁴⁹ Même si les cours constitutionnelles peuvent également appliquer des normes qui ne sont pas constitutionnelles, en vertu, plus ou moins directement, de la Constitution elle-même.

⁵⁰ Il ne s'agit seulement d'indiquer de manière illustrative différents blocs de compétences susceptibles d'être confiés à une cour constitutionnelle, sans aucune prétention à l'exhaustivité dans l'identification de ces blocs. Il ne faut donc pas voir dans l'établissement de cette liste une volonté d'intégrer un organe particulier, le Conseil constitutionnel par exemple, dans la catégorie « cour constitutionnelle ».

recherche de l'appartenance au modèle, c'est moins la liste des compétences qui paraît décisive que la volonté du pouvoir de soustraire à la compétence des juridictions ordinaires certains contentieux liés à l'application de la Constitution présentant une dimension politique.

Ainsi perçu, le choix de créer une cour constitutionnelle apparaît comme étant révélateur de l'existence d'un modèle. Le modèle européen de justice constitutionnelle serait alors celui qui consiste à créer un organe spécial chargé de résoudre les litiges présentant une dimension politique relatifs à l'application de la Constitution. Il se réduirait alors à un mode spécifique de calcul des défauts concernant certains types de contentieux. La variabilité des compétences confiées aux cours constitutionnelles sera indifférente à partir du moment où il est possible d'identifier l'existence de plusieurs contentieux de dimension politique liés à l'application de la Constitution qu'il appartient à un organe spécial de connaître, à l'exclusion des juridictions ordinaires. Un tribunal militaire spécial ou une juridiction spéciale chargée de juger les traîtres à la Nation ou encore une juridiction spéciale chargée de juger les membres de l'exécutif ne saurait pour autant entrer dans cette définition. Même s'ils étaient institués par la Constitution, ils ne disposent que d'une seule catégorie de compétence présentant une dimension politique et non pas d'un ensemble de compétences. Ainsi perçu, le modèle européen de justice constitutionnelle ne peut pas être pris en défaut par l'observation d'un droit positif particulier en Europe. Ce n'est pas parce qu'il existe au Portugal un contrôle diffus de constitutionnalité, qu'il n'existe pas une cour constitutionnelle renvoyant au modèle européen de justice constitutionnelle. Le Tribunal constitutionnel portugais dispose en effet d'un bloc de compétences lié à la résolution de litiges présentant une dimension politique en rapport avec l'application de la Constitution⁵¹. Le modèle européen n'est qu'institutionnel. Il réside dans un mode particulier de résolution de litiges présentant une dimension politique relatifs à l'application de la Constitution.

Tout en générant l'existence d'un contentieux constitutionnel spécifique, avec ses règles propres, le choix d'un tel modèle renvoie à sa dimension politique consubstantielle. En lui-même, il constitue une limite indépassable à la juridicisation du contentieux constitutionnel. Il est indissolublement lié à la reconnaissance de la dimension politique des questions que la cour constitutionnelle aura à résoudre. A partir du moment où le choix est fait de créer une cour constitutionnelle, l'on refuse de soumettre au droit commun certains contentieux et l'on prend acte de la dimension politique et donc spécifique de certaines questions. Une pleine juridicisation du contentieux « constitutionnel » imposerait une soumission aux juridictions ordinaires. Dès lors que le choix de la création d'une cour constitutionnelle est fait, la spécificité du contentieux lié à l'application de la Constitution, comme sa dimension politique, sont assumées.

⁵¹ Le Tribunal constitutionnel portugais statue ainsi sur le contentieux des élections politiques en appel des tribunaux de droit commun, est chargé du contentieux de constitutionnalité et de la légalité des partis politiques, exerce des compétences relatives à la désignation et à la fin des fonctions du président de la République et statue sur la constitutionnalité et la légalité des consultations référendaires nationales. Voir L. Favoreu, W. Mastor, *Les Cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 100 et s. ; M.-C. Meininger, « Présentation du Tribunal constitutionnel portugais et de ses compétences », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010.

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

Un tel modèle dissocie un contentieux présentant une dimension politique des autres contentieux en écartant la compétence des juridictions de droit commun pour en connaître. Il conduit à une spécialisation du calcul des défauts dans le domaine politique, alors qu'aux Etats-Unis, nous y reviendrons, il existe au contraire une banalisation de ce type de contentieux. La création d'une cour constitutionnelle suppose en conséquence une distinction avec les juridictions de droit commun, ces dernières étant appréhendées de manière négative par une compétence qui recouvre tout ce qui n'a pas été spécialement confié à la cour constitutionnelle. Leur compétence est de droit commun, ce qui leur permet de recevoir cette qualification, face à la compétence spéciale de la Cour constitutionnelle.

3 – Le modèle « cour suprême » : la garantie de l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé

Le modèle « cour suprême » vise à garantir l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé en instituant une juridiction ou à un organe spécial⁵² située au sommet de ce système, chargée de connaître en dernier lieu, par différentes voie de recours, des décisions rendues par les juridictions du système. Alors qu'il existe une multitude de juridictions chargées de résoudre les litiges, il sera confié à une seule d'entre elles ou à un organe spécial le soin d'unifier la manière de résoudre les litiges présentant certaines similitudes, en garantissant ainsi une unité dans l'application du droit. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation constituent en France des cours suprêmes chargées d'unifier l'application du droit. Ils ont vocation à préserver une unité dans la concrétisation juridictionnelle de l'ensemble du droit, y compris constitutionnel, même s'ils n'ont pas la compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois. La finalité du modèle « cour suprême » se retrouve dans le choix de confier à une cour unique le soin de connaître en dernier ressort de litiges tranchés par des juridictions inférieures afin de préserver une unité dans l'application du droit, malgré l'existence d'une pluralité de juridictions chargées de le faire. Certes, ni le Conseil d'Etat, ni la Cour de cassation ne sont la Cour suprême américaine (mais qui d'autre que la Cour suprême américaine peut être la Cour suprême américaine ?), faute, notamment mais pas seulement, d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois, mais chacun d'entre eux veille à garantir l'unité de l'application du droit.

Selon les définitions proposées, la Cour européenne des droits de l'homme comme la Cour de justice de l'Union européenne s'inscrivent dans le modèle « cour suprême »⁵³ et non pas dans celui de « cour constitutionnelle » et, qu'en partie, dans celui de « juridiction constitutionnelle ». Elles sont précisément instituées pour assurer l'unité dans l'application du droit de leur système

⁵² Sur ce point, il est techniquement envisageable de confier un rôle de cour suprême à un organe non juridictionnel.

⁵³ Voir d'ailleurs en ce sens, E. Zoller pour qui « la seule institution européenne avec laquelle la méthode analogique peut réellement faire sens est la Cour de justice des Communautés européennes. Pour comprendre ce que représente la Cour suprême dans le système constitutionnel américain, il faut s'imaginer un instant ce que pourrait être une Cour de Luxembourg qui aurait absorbé les compétences de la Cour de Strasbourg et qui serait devenue le tribunal suprême d'une union européenne achevée sous la forme des Etats-Unis d'Europe » (« Présentation de la Cour suprême américaine », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, 1998).

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

de référence, alors que ce droit est appliqué par une multitude de juridictions nationales, et non pas pour connaître de certains contentieux présentant une dimension politique liée à l'application des traités institutifs⁵⁴. Le caractère subsidiaire de la compétence de la Cour de Strasbourg, comme le renvoi préjudiciel en interprétation devant la Cour de Luxembourg, marquent la volonté de garantir l'unité de l'interprétation du droit de l'ordre de référence (Convention européenne des droits de l'homme ou droit de l'Union européenne) malgré la diversité des juridictions nationales habilitées à appliquer ce droit. En outre, si la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas la compétence pour censurer des normes nationales contraires à la Convention de Strasbourg, la Cour de justice n'est habilitée qu'à censurer la méconnaissance par le droit dérivé, et non pas par le droit national, du droit de l'Union européenne. L'impossibilité d'invalider le droit national contraire au droit européen marque les limites de toute tentative de reconnaître les cours européennes comme des juridictions constitutionnelles. Elles peuvent, il est vrai, tirer des conséquences de l'irrégularité des lois nationales en condamnant l'Etat à verser une somme d'argent, mais sans pouvoir anéantir les normes nationales à l'origine de l'irrégularité.

Le choix du modèle cour suprême dans un contexte de contrôle diffus de constitutionnalité marque une banalisation du contrôle de la régularité constitutionnelle de la loi et, plus largement, du traitement contentieux des litiges présentant une dimension politique liés à l'application de la Constitution. La Constitution est le droit et, parce que toutes les juridictions assurent et sanctionnent le respect du droit, toutes les juridictions sanctionnent le respect de la Constitution. La cour suprême apparaît alors comme l'interprète unificateur de la Constitution. Le modèle américain de justice constitutionnelle se caractérise par un alignement sur le droit commun de tous les contentieux, y compris ceux qui présentent une dimension politique.

L'existence d'un recours direct devant une cour constitutionnelle, intervenant cependant après que les juridictions ordinaires se sont prononcées⁵⁵, ou la possibilité pour une cour constitutionnelle de connaître, après les juridictions ordinaires, de la constitutionnalité de la loi dans un modèle en partie diffus comme en Grèce ou au Portugal tendrait à rapprocher ces mécanismes du modèle « cour suprême ». Il est possible d'y voir une volonté d'unifier l'application du droit et l'interprétation du droit constitutionnel. Ces mécanismes s'éloignent pourtant du modèle « cour suprême » car il s'agit de voies de droit spéciales, c'est-à-dire qui ne s'inscrivent pas dans le contentieux ordinaires, et qui ne visent que dans des cas restreints et limités à garantir l'unité du droit. Cette spécificité du recours témoigne de la dimension politique des contentieux en question et non pas de leur banalisation.

⁵⁴ Sous réserve, peut-être, de la compétence conférée à la Cour de justice par l'article 245 alinéa 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour prononcer la démission d'office d'un membre de la commission qui aurait manqué aux obligations découlant de leur charge.

⁵⁵ En Allemagne, le recours direct devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande pour contester la loi est subordonné à l'épuisement préalable des voies de droit à moins qu'il s'agisse d'une question d'intérêt général ou si le demandeur devait subir un préjudice grave et inévitable s'il était renvoyé aux juges de droit commun (article 90 § 2 de la loi du 12 mars 1951 sur la Cour constitutionnelle fédérale).

Document provisoire tel qu'envoyé à l'éditeur

La fixation de modèles revient à poser des conventions de langage pour identifier les objets que l'on entend décrire. De telles conventions ne sont susceptibles de s'imposer que parce qu'elles permettent de clairement identifier ces objets. La condition est nécessaire ; elle n'est pas pour autant suffisante. Si la recherche des éléments qui garantissent le succès d'un modèle est vaine, l'entreprise ici conduite a au moins l'ambition de tenter de clarifier les modèles et d'inciter à prolonger la discussion.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Institut Maurice Hauriou