

POUR DE NOUVEAUX « MODÈLES » DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Mathieu CARPENTIER*

Le débat fait rage qui oppose les partisans et les critiques des modèles traditionnels (européen/kelsenien, américain) de justice constitutionnelle. Le présent article s'attache à montrer que les uns comme les autres restent prisonniers d'une approche excessivement organique de la matière. Dès lors que l'on déplace l'objet de la comparaison de l'organe à la fonction, et que l'on envisage les diverses manières dont les fonctions de justice constitutionnelle sont exercées au sein des systèmes juridiques contemporains, on prend la mesure du caractère irrémédiablement confus des critères de modélisation (juge ordinaire/cour spécialisée ; contrôle diffus/concentré ; concret/abstrait, etc.) usuellement retenus tant par ceux qui défendent les modèles traditionnels que par ceux qui croient tirer des constats d'hybridation des arguments décisifs contre ces derniers. L'enjeu est alors d'abandonner ces outils classiques et de proposer de nouveaux paramètres pertinents pour une modélisation alternative, soucieuse de représenter les divers rôles qui sont confiés aux juges qui exercent des fonctions de justice constitutionnelle et la place qui leur est conférée au sein de l'édifice constitutionnel.

There is an ongoing controversy between proponents and critics of the traditional models of constitutional adjudication: the European/Kelsenian model on the one hand, the American model on the other. In this article I try to show that both sides share the same organ-centered approach of comparative constitutional adjudication. We should try to move from the organs to the functions and to study how the various functions of constitutional adjudication are exercised in contemporary legal systems. We would then realize that the traditional criteria are suffering from irremediable confusion – be it the opposition between ordinary judges v. specialized courts, or between diffuse and concentrated control, or between concrete and abstract review, etc. Then it appears that both sides of the debate are deeply mistaken: both make extensive use of those criteria either to defend the traditional models or to argue that the existence of hybrid systems

* Maître de conférences en droit public à l'Université Panthéon-Assas, Membre de l'Institut Michel Villey.

(e.g. where there is both diffuse review and a specialized court) proves the inadequacy of those models. We should abandon those criteria altogether and move towards new, alternative tools for modeling constitutional adjudication. We should be more aware of the various roles ascribed to judges who are conferred constitutional adjudicating powers and of their status within the constitutional structure.

INTRODUCTION

La pertinence des « modèles » de justice constitutionnelle a fait l'objet de remises en question profondes et parfois justifiées¹. Est en particulier contestée la bipolarité « modèle américain/modèle européen » (ou kelsénien²), si prégnante dans la doctrine française. Parmi les reproches fréquents adressés à cette modélisation, on peut distinguer ceux qui en relèvent le caractère idéologique et ceux qui pointent son caractère simpliste ou scientifiquement inadéquat.

Viennent tout d'abord les accusations d'instrumentalisation idéologique. La distinction des modèles, reprise de travaux oubliés de Charles Eisenmann³, aurait été un instrument aux mains de l'École d'Aix

¹ V. par ex. A. PIZZORUSSO, « I sistemi di giustizia costituzionale : dai modelli alle prassi », *Quaderni costituzionali*, 2, 1982, spéc. p. 527 ; L. GARLICKI et W. ZAKREWSKI, « La protection juridictionnelle de la Constitution dans le monde contemporain », *AJJC*, 1, 1985, p. 27 ; E. MCWHINNEY, *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. XI-XVI ; A. VON BRÜNNECK, « Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales », *AJJC*, 4, 1988, pp. 20-21 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 41-42 ; F. RUBIO LLORENTE, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *AJJC*, 12, 1996, *passim* ; A. STONE SWEET, « Why Europe Rejected American Judicial Review - and Why it May Not Matter », *Michigan Law Review*, 101, 2003, pp. 2771-2778 ; F. FERNANDEZ 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*, Paris, Dalloz, 2004 ; M. ROSENFELD, « Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts », *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, *passim* ; G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, Bologne, Bononia University Press, 2009, *passim* ; O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, *passim*.

² Il est notable que Kelsen lui-même n'a jamais prétendu systématiser en modèles étanches l'étude du contentieux constitutionnel comparé. V. H. KELSEN, « Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *Journal of Politics*, 4, 1942, spéc. p. 192 et s., où Kelsen contraste certes certains traits de la pratique américaine et de l'autrichienne, mais sans prétendre rigidifier ces contrastes en paradigmes distincts. V. là-dessus, G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, p. 66.

³ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, réimpr. Paris et Aix-en-Provence, LGDJ/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, spéc. pp. 103-107, La « récupération » de cet ouvrage par le doyen Favoreu et ses disciples a

afin d'asseoir une représentation du Conseil constitutionnel comme véritable cour constitutionnelle, prenant place au sein d'un modèle européen homogène où figurent des institutions autrement plus prestigieuses. La formulation la plus radicale et la plus complète de cette critique se trouve sous la plume du professeur Tusseau⁴. Si l'enjeu de la présente contribution n'est nullement de défendre l'honneur des mânes du doyen Favoreu contre des critiques⁵ par ailleurs justifiées, il semble néanmoins utile de souligner que quelles qu'aient été les motivations de celui-ci⁶, elles sont sans impact sur la validité scientifique de la modélisation obtenue⁷. Or l'intérêt de cette

bien été mise en évidence par E. MAULIN, « Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle », in C. GREWE et al. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, Dalloz, 2005, pp. 150-154, ainsi que par le professeur Tusseau (v. *infra*).

⁴ G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle* pp. 63-70. V. aussi O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », pp. 5-6. Que le recours au droit comparé ait été un outil aux mains du doyen Favoreu pour asseoir une représentation du Conseil comme véritable cour constitutionnelle est certain ; mais si l'on s'en tient là, on comprend alors mal pourquoi il s'est opposé aux diverses réformes qui tendaient à le rapprocher, encore que timidement, des autres juridictions constitutionnelles européennes. Sur cette opposition, v. l'analyse profonde du professeur Rousseau dans D. ROUSSEAU, « The Conseil Constitutionnel confronted with comparative law and the theory of constitutional justice (or Louis Favoreu's untenable paradoxes) », *International Journal of Constitutional Law*, 5, 2007, p. 31 et s.

⁵ Il convient du reste de ne pas caricaturer les positions du doyen Favoreu. Celui-ci, introduisant la traduction française de son article séminal (L. FAVOREU, « Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle », *AJIC*, 4, 1988) explique avoir surtout voulu faire œuvre de pédagogie auprès du public américain : l'article ayant été rédigé « à l'intention des lecteurs anglo-saxons, plutôt familiers des institutions de *Common law* », il a « essayé de montrer en quoi consistait le modèle européen de justice constitutionnelle et quelles étaient ses originalités » (L. FAVOREU, « Editorial », *AJIC*, 4, 1988, p. 3)

⁶ Motivations sur lesquelles le présent propos demeure agnostique. La question ne sera pas ici de savoir si le Conseil constitutionnel est ou non une « véritable » juridiction constitutionnelle. – Pour des raisons d'en douter, v. D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 4, 2012. – Il convient néanmoins de souligner que, comme le rappelle fort opportunément Eric Maulin, Charles Eisenmann – qui, rappelons-le, a introduit sinon la distinction, du moins la théorisation des deux modèles dans la doctrine française – ne concevait certainement pas le Conseil constitutionnel comme une « véritable » juridiction constitutionnelle (v. E. MAULIN, « Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle », p. 152). Le doyen Favoreu en était du reste tout à fait conscient (v. L. FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », postface à C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, p. 369).

⁷ Pour reprendre la vieille distinction des épistémologues, très en vogue parmi les juristes, il convient de distinguer le contexte de la découverte et celui de la justification. Sur la distinction et son usage par les juristes, v. M. GOLDING, « Discovery and Justification in Science and Law », in A. PECZENIK et al. (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel, 1984, pp. 295-305.

modélisation – donc beaucoup voient d'ailleurs en Mauro Cappelletti⁸ le véritable inspirateur⁹ – est attestée par le fait que la doctrine étrangère y a souvent recours, y compris pour la critiquer. Certes parmi ces travaux doctrinaux, nombreux sont ceux qui s'inspirent directement des idées du doyen Favoreu¹⁰, mais il n'en va pas nécessairement ainsi¹¹. L'idée selon laquelle existe un modèle fondé sur des juridictions constitutionnelles spécialisées – en dépit de leur grande hétérogénéité – semble largement répandue¹².

Plus intéressantes sont les critiques tirées de l'inadéquation scientifique de la bipolarisation « modèle américain/modèle kelsénien ». Certains arguments pointent, à raison, la grande diversité des juridictions constitutionnelles européennes, qui ne se laissent pas ramener à un modèle unique¹³. D'autre part il est difficile de nier que les hybridations entre modèle américain et modèle européen soient plus fréquentes que ce que le doyen Favoreu était disposé à accorder lorsqu'il écrivait : « il existe aussi des systèmes mixtes dans lesquels se mêlent ou combinent des éléments [de chaque modèle] ; mais les systèmes mixtes qui fonctionnent réellement sont rares, et en toute hypothèse, lorsqu'ils fonctionnent réellement, ils évoluent vers l'un ou l'autre des deux principaux modèles »¹⁴. Enfin il n'est que de

⁸ M. CAPPELLETTI, « Judicial Review in Comparative Perspective », *California Law Review*, 58, 1970, p. 1033 et s. ; M. CAPPELLETTI et W. COHEN, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1979, pp. 73-112.

⁹ V. par ex. A. WEBER, « Notes sur la justice constitutionnelle comparée : convergences et divergences », *AJIC*, 19, 2003, pp. 19-30 : « Au vu des nombreuses études sur la justice constitutionnelle comparative partant toutes de l'hypothèse d'une distinction entre le contrôle diffus-concentré (monopolisé) selon le propos de Cappelletti/Cohen, il paraît utile de prendre cette distinction comme point de départ pour une typologie ».

¹⁰ V. par ex. F. RUBIO LLORENTE, « Tendances actuelles de la justice constitutionnelle en Europe », *AJIC*, 12, 1996, p. 12.

¹¹ V. par ex. G. FERNANDES DE ANDRADE, « Comparative Constitutional Law : Judicial Review », *Journal of Constitutional Law*, 3, 2001, p. 979 ; J. FERREJOHN, « Constitutional Review in the Global Context », *Legislation and Public Policy*, 6, 2002, p. 51 et s.

¹² On renvoie ici aux arguments en ce sens de Victor Ferreres Comella. V. par ex. V. FERRERES COMELLA, « The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism », *Texas Law Review*, 82, 2004, pp. 1706-1711 ; V. FERRERES COMELLA, « The Rise of Specialized Constitutional Courts », in T. GINSBURG et R. DIXON (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2011, pp. 266-268.

¹³ D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 79-86 ; M. FROMONT, « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », in *Mélanges Philippe Ardant : Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 47-59 ; C. GREWE, « À propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe : l'enchevêtrement des contentieux et des procédures », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 255-266.

¹⁴ L. FAVOREU, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », p. 52. Ici encore, il est notable que les vues du doyen Favoreu ont évolué avec le temps. V. L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, 3^e éd., Paris, PUF, 1996, p. 123.

sortir d'Europe pour s'apercevoir que des modèles différents, inclassables au sein des modèles traditionnels, fleurissent. Il en résulte que la thèse explicative courante, qui calque le choix d'un modèle de justice constitutionnelle sur l'opposition droit continental/*common law*¹⁵, doit donc être soumise à un réexamen profond¹⁶.

L'objet de la présente contribution est d'évaluer la pertinence des modèles de justice constitutionnelle et, en creux, l'utilité du recours aux modèles en droit comparé. C'est pourquoi il convient, au préalable, d'apporter quelques précisions sur la notion de « modèle » qui sera retenue ici, ainsi que sur celle de justice constitutionnelle.

A. – *Sur la notion de modèle*

Le professeur Tusseau a, à raison, attiré l'attention sur le caractère construit, idéal-typique des modèles employés par la doctrine. « Il s'agit (...) de purs instruments intellectuels, de constructions, et non d'Idées platoniciennes ou de noumènes dont le droit positif fournirait des instanciations ou des phénomènes »¹⁷. Ces observations sont rigoureusement exactes. Il n'y a pas d'essence du *judicial review* dont le cas américain serait un exemple. Si on admet que la modélisation suppose une construction sous la forme par exemple d'un idéal-type (au sens de Max Weber¹⁸), c'est-à-dire une catégorie nous aidant à théoriser ou à comprendre certains phénomènes, alors sa fonction est précisément, en droit comparé, de ramener le chaos des divers droits et des divers instruments juridiques sous des catégories qui soient maniables pour le juriste. C'est la raison pour laquelle, lorsqu'on parlera ci-après de « modèles de justice constitutionnelle », on envisagera exclusivement de telles constructions intellectuelles. L'objet de ces constructions, à savoir les ensembles de règles, de procédures et d'institutions relatives à la justice constitutionnelle, sera désigné sous le nom de « système de justice constitutionnelle ». Il faudra donc par exemple

¹⁵ M. CAPPELLETTI, « Judicial Review in Comparative Perspective », p. 1039 et s. ; M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *RIDC*, 1981, p. 626, et s.

¹⁶ V. G. TUSSEAU, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité », *Jus Politicum*, 7, 2015, p. 230 et s.

¹⁷ G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, p. 82. Olivier Jouanjan a également insisté sur la fonction d'idéal-type, au sens wébérien, des modèles, O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France », p. 101 et s. ; O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, 43, 2006, p. 78.

¹⁸ La théorie des idéaux-types a été formulée par M. Weber en divers écrits, principalement dans M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris, Plon, 1965, p. 171 et s.

distinguer le « modèle américain » de justice constitutionnelle (construction intellectuelle) et le « système américain » de justice constitutionnelle (ensemble de règles de droit positif en vigueur aux États-Unis relatives au contentieux constitutionnel)¹⁹.

Bâtir des modèles de justice constitutionnelle suppose donc d'être conscient du caractère construit de cette modélisation, et, par conséquent, du caractère nécessairement quelque peu arbitraire des critères retenus. Révélatrices sont, à ce titre, les orientations méthodologiques dégagées par le professeur Tusseau dans divers articles récents²⁰. En premier lieu, les catégories obtenues doivent, selon lui, être mutuellement exclusives et conjointement exhaustives ; en second lieu, les critères retenus doivent être pertinents. Il va sans dire, bien sûr, que la pertinence est relative – elle est « subjective » écrit le professeur Tusseau. Elle sera principalement jaugée à l'aune de la cohérence interne de la modélisation retenue.

Selon nous, seule la condition de la pertinence paraît devoir véritablement s'imposer. Il nous semble en effet que le professeur Tusseau se méprend sur la finalité d'une modélisation et confond modélisation et classification²¹. La construction de modèles n'a pas pour but de classer des phénomènes jusqu'à épuisement ; elle vise avant tout à fournir des clés d'intelligibilité du phénomène étudié. Il s'agit alors moins d'opérer des démarcations au sein de la totalité des phénomènes que l'on étudie que de proposer une sélection de certains traits qui s'avèrent particulièrement éclairants.

Prenons l'exemple des modèles classiques en droit constitutionnel que sont le régime parlementaire et le régime présidentiel. Ces modèles n'ont évidemment pas pour fonction d'épuiser l'ensemble des régimes existants. Ils visent à regrouper, autour de quelques traits particulièrement révélateurs, certains régimes au sein de catégories unitaires bien plus qu'à proposer une classification des régimes. Le régime parlementaire est certes une construction intellectuelle, ce n'est pas quelque chose « qui existe » dans le monde (ce qui existe ce sont des règles constitutionnelles, des décisions

¹⁹ C'est la raison pour laquelle lorsque nous parlerons plus loin de remise en cause des modèles traditionnels de contrôle de constitutionnalité, il ne faudra pas entendre une critique des systèmes de contentieux constitutionnel (des diverses règles propres à chaque État), mais bien des constructions doctrinales qui prétendent décrire ces systèmes.

²⁰ G. TUSSEAU, « Sur le métalangage du comparatiste », *Revus*, 21, 2013, pp. 98-99 ; G. TUSSEAU, « Oltre i modelli di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista », in S. BAGNI (dir.), *Giustizia costituzionale comparata*, Bologne, Bononia University Press, p. 31.

²¹ Sur la différence entre modélisation et classification, v. M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 192. Véronique Champeil-Desplats distingue entre les ordonnancements à vocation exhaustive (où figurent les classifications) et les ordonnancements à valeur sélective où figurent les modèles et les idéal-types. V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 325-338.

jurisprudentielles, des conventions de la constitution, des éléments tirés de la pratique politique et institutionnelle), mais une manière de rationaliser ce qui existe, en dépit des différences, et au prix, nécessairement, d'une certaine simplification. Il n'y a donc pas lieu d'exiger que les catégories obtenues soient conjointement exhaustives, ni même qu'elles soient mutuellement exclusives, dès lors qu'un même auteur pourra éventuellement proposer des modélisations alternatives.

D'autre part, l'appartenance à un modèle est susceptible de degrés, ou d'approximations à partir d'un cas paradigmatique. Dans le cas du régime parlementaire, par exemple, le critère usuellement reconnu est la responsabilité du gouvernement devant le Parlement. Cela fait du régime français un régime parlementaire²². Mais il est aisé de s'apercevoir que la responsabilité du gouvernement est une condition tout à fait minimale. Le régime de la V^e République est parlementaire, mais ce n'est pas un *paradigme*, un *exemple-type*, de régime parlementaire ; il est parlementaire, mais à un degré moindre que le régime britannique, en raison d'un certain nombre de traits structurels qui permettent de constituer un régime parlementaire type. – Par exemple la fonction élective du Parlement, qui est tenue en échec en France par l'article 8 alinéa 1 C²³, sauf indirectement (ou informellement) en cas de cohabitation. Mais même la cohabitation n'est pas un régime parlementaire type²⁴ –. Un modèle est donc susceptible de degrés ; il peut aussi connaître des variantes : cela implique que l'on n'ait pas nécessairement un ensemble clos de critères tous nécessaires et suffisants, mais un ensemble variable de critères, qui n'ont pas nécessairement tous vocation à s'appliquer en même temps ni dans tous les cas²⁵.

²² V. pour un vigoureux rappel A. LE DIVELLEC, « Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la V^e République », *Droits*, 44, 2007.

²³ On peut objecter que la pratique récente a fait battre de l'aile à la « doctrine Pompidou » selon laquelle le Premier ministre tire sa légitimité de la nomination présidentielle et n'a pas besoin de soumettre son gouvernement au vote de confiance de l'Assemblée. Que, depuis 1993, tous les Premiers ministres aient choisi de recourir, dans les jours qui ont suivi leur nomination, à l'article 49 al. 1 de la Constitution n'implique nullement qu'il y ait là l'équivalent fonctionnel d'un vote d'investiture, ni même d'une convention de la Constitution allant en ce sens.

²⁴ Le fait qu'en cohabitation, le Président de la République conserve non seulement une fonction tribunicienne mais aussi des prérogatives importantes en matière de politique étrangère suffit à disqualifier le cliché selon lequel la France, en période de cohabitation, serait un régime parlementaire classique, même si elle se rapproche davantage du « paradigme » de régime parlementaire en cohabitation qu'en période normale.

²⁵ Par exemple, la logique de coalition semble propre au régime parlementaire, en raison du bipartisme qui caractérise le régime présidentiel américain (certes, le régime parlementaire peut aussi connaître une forme de bipartisme, mais il semble, de prime abord, que le régime présidentiel ne soit quant à lui jamais soumis à une logique de coalition). Cependant, le cas du Brésil, par exemple, oblige à mâtinier un régime présidentiel classique de stricte indépendance organique entre

B. – *Sur la notion de justice constitutionnelle*

L'un des motifs qui sera développé dans le présent travail est le suivant : la notion de justice constitutionnelle est une notion fonctionnelle et non organique. L'objet de la présente recherche est moins un ensemble d'*organes*, par exemple les cours constitutionnelles, qu'un ensemble de fonctions qui sont certes, pour la majeure partie, remplies par ces organes, mais qui peuvent également être accomplies par d'autres. La confusion, que l'on dénoncera plus loin, entre la notion de juridiction spécialisée et la notion de monopole exercé par cet organe provient d'une conception purement organique du contentieux constitutionnel comparé. Au lieu de comparer la Cour suprême américaine et la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe ou le Conseil constitutionnel, il convient de comparer les fonctions attribuées à ces organes et la manière dont ils les exercent. Du reste, si on retient la Cour suprême comme point de comparaison, c'est bien que cette dernière exerce, entre autres, *une fonction de justice constitutionnelle* ; elle n'est bien entendu pas une juridiction constitutionnelle – constat qui devrait, si on s'en tenait au seul point de vue organique, obérer toute comparaison.

De l'attention exclusive portée au point de vue organique, il résulte une certaine confusion dès lors que ces juridictions ont parfois des fonctions supplémentaires²⁶ (contentieux électoral, justice politique, etc.), qui sont fréquemment décrites comme des fonctions de la justice constitutionnelle²⁷. Or il semble évident que ces fonctions pourraient être dévolues à d'autres organes – le Constituant français aurait pu confier le contentieux des élections présidentielles et parlementaires au Conseil d'État²⁸ – sans que,

l'exécutif et le Parlement et une logique de coalition propre, semble-t-il au régime parlementaire (28 partis sont actuellement représentés à la Chambre des députés fédérale).

²⁶ Notre propos rejoint ici une certaine orthodoxie kelsénienne : v. C. EISENMANN, *La Justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, pp. 174-175. Cependant, C. Eisenmann semble limiter la justice constitutionnelle *stricto sensu* au seul contrôle de constitutionnalité des lois (v. C. EISENMANN, *La Justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, pp. 20-21).

²⁷ Le cas topique est le manuel du professeur Favoreu. V. L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 273 (mentionnant les « fonctions qui, sans être secondaires, sont moins souvent prévues dans les textes constitutionnels au profit de la justice constitutionnelle », le concept retenu de justice constitutionnelle étant ici manifestement organique). V., pour un autre exemple, O. JOUANJAN, « Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne », in C. GREWE et al. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, Dalloz, 2005, pp. 15-16, où le professeur Jouanjan passe d'une « modélisation de l'actuelle Cour constitutionnelle » à une définition de « la fonction de justice constitutionnelle ».

²⁸ Il s'agit d'une hypothèse d'école, à laquelle le contexte historique n'était évidemment pas favorable. Comme l'a rappelé Bruno Daugeron, le contrôle des élections parlementaires avant 1958 était confié aux chambres elles-mêmes (B. DAUGERON, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la "vérification des pouvoirs", histoire et théorie », *NCCC*, 41, 2013, spéc. pp. 20-25).

pour autant, ces organes ne doivent être décrits comme participant *ipso facto* à la justice constitutionnelle. De la même manière, il semblerait curieux d'affirmer que la mise en accusation du Président de la République fédérale d'Allemagne devant la Cour constitutionnelle fédérale²⁹ relève de la justice constitutionnelle au motif que la juridiction constitutionnelle allemande, *c'est-à-dire l'organe par ailleurs investi de prérogatives de justice constitutionnelle*, est compétente pour se prononcer à son sujet – si tel était le cas il faudrait soutenir que la Haute Cour française est un juge constitutionnel³⁰.

Si l'on retient une approche fonctionnelle de la justice constitutionnelle, il convient de mettre ces fonctions subalternes de côté comme n'étant pas constitutives de la fonction de justice constitutionnelle et de proposer de cette dernière la définition (toute stipulative) suivante³¹. Relèvent de la fonction de justice constitutionnelle le contentieux de la constitutionnalité des normes, la protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentales³² ainsi que la résolution juridictionnelle des conflits horizontaux et verticaux³³ entre organes constitutionnels³⁴. On se

²⁹ Art. 61 de la Loi fondamentale allemande.

³⁰ On pourrait objecter que la Haute Cour est bien un gardien de la constitution. C'est irréfutable, mais la notion de gardien de la constitution est beaucoup plus large que celle de justice constitutionnelle. Fonctionnellement entendue, la justice constitutionnelle n'est qu'une manière d'assurer la protection de la Constitution ; il en existe d'autres qui peuvent, par ailleurs, être également confiées aux organes normalement investis de missions de justice constitutionnelle – ou bien être confiées à des organes politiques. Il s'agit ici d'un choix souverain – et contingent – des constituants de chaque État.

³¹ Pour une approche comparable, v. A. WEBER, « Notes sur la justice constitutionnelle comparée : convergences et divergences », *AJJC*, 2003, p. 31. Albrecht Weber distingue en effet quatre fonctions de la justice constitutionnelle : « 1. Contrôle des normes à l'échelle de la constitution ; 2. conflits de compétences verticales (fédérales ou quasi-fédérales) ; 3. conflits de compétences horizontales (litiges entre organes de l'État) ; 4. protection des droits fondamentaux (sous la forme d'un recours direct ou indirect contre les actes et normes étatiques) ». Si on joint le 2. et le 3. (la distinction n'étant prégnante qu'en régime fédéral), on obtient bien les trois fonctions dégagées plus haut.

³² Ces deux fonctions sont toutefois proches, et parfois difficiles à distinguer. V. M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 80-81. Ainsi la QPC est un outil de protection des droits fondamentaux qui prend la forme d'un contrôle (fort abstrait) de la norme législative. Cependant, il convient de maintenir fermement la distinction. Dans de nombreux cas existent des procédures spécifiques de protection des droits fondamentaux qui n'ont pas pour fonction d'effectuer un contrôle des normes. C'est le cas du recours d'*amparo* dans sa variante espagnole : à la différence de la version mexicaine, il ne peut être, en principe, dirigé directement contre une loi ou un règlement. La jurisprudence du Tribunal constitutionnel a néanmoins admis des évolutions sur ce point. V. pour une démonstration éclairante en ce sens, C. RUIZ MIGUEL, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Cahiers du conseil constitutionnel*, 10, 2001.

³³ Pour un bon aperçu de la spécificité de la justice constitutionnelle dans un système fédéral, v. O. BEAUD, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in C. GREWE et al. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, Dalloz, 2005, pp. 49-72.

concentrera ici surtout sur les deux premiers aspects ; le troisième, quoique tout à fait essentiel³⁵, est plus difficile à mettre en œuvre pour le comparatiste en raison de la très grande diversité des arrangements constitutionnels (régime présidentiel ou parlementaire ; structure fédérale ou non ; étendue plus ou moins grande des compétences dévolues à chaque organe, etc.).

Recourir à une notion fonctionnelle de justice constitutionnelle permet de fournir à la comparaison une base de départ extrêmement maniable. Cela permet notamment de ne pas s'en tenir aux seules cours constitutionnelles, mais d'envisager la manière dont d'autres organes (les juridictions « ordinaires », par exemple³⁶) exercent des fonctions de justice constitutionnelle³⁷.

À la lumière des développements qui précèdent, on peut se poser la question de savoir si les modèles traditionnels de justice constitutionnels ne pèchent pas par excès de simplisme et si ce constat voue nécessairement à l'échec le projet de modélisation en contentieux constitutionnel comparé.

Comme nous l'avons suggéré, la plupart des critiques tendent à mettre en évidence le caractère inopérant des critères habituellement retenus, dès

³⁴ V. là-dessus E. CARPENTIER, « La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels », *RIDC*, n° 4-2007, pp. 805-832 (qui condense de manière extrêmement claire les apports de la thèse de l'auteur).

³⁵ Même s'il n'est pas doté de prérogatives de résolutions des conflits entre organes constitutionnels d'une même ampleur que celles dévolues à la Cour constitutionnelle fédérale allemande, par exemple, le Conseil constitutionnel ne s'est-il pas lui-même défini, de manière célèbre, comme un organe régulateur des pouvoirs publics ? (CC, Décision n° 62-20 DC du 6 nov. 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*).

³⁶ Pour une critique extrêmement serrée de la distinction juge constitutionnel/juge ordinaire, v. L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in C. GREWE et al. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, Dalloz, 2005, pp. 102-112. Selon nous le propos de Luc Heuschling va tout à fait dans le sens de la distinction entre notion fonctionnelle et organique. Il écrit ainsi qu'« on estime en général que la distinction justice constitutionnelle-justice ordinaire n'a point de sens dans les systèmes à contrôle de constitutionnalité diffus. Or si, dans ces pays, les deux types de contentieux ne sont pas différenciés d'un point de vue organique, ils peuvent l'être d'un point de vue fonctionnel » (L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », p. 86, n. 3). De la même manière, dans les systèmes où existe une juridiction spécialisée, si les types de contentieux sont différenciés d'un point de vue organique, ils peuvent ne pas l'être d'un point de vue fonctionnel. Cependant, Luc Heuschling plaide en faveur d'un rattachement du contentieux électoral à la fonction de justice constitutionnelle (L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », p. 105).

³⁷ Le cas de l'Autriche où l'ensemble du contentieux de la constitutionnalité des normes – non seulement législatives, mais réglementaires – est confié à la Cour constitutionnelle paraît unique en son genre (art. 139 et 140 de la Constitution du 1^{er} octobre 1920).

lorsque les cas d'hybridation (ou de systèmes « mixtes ») sont souvent plus nombreux que les modèles purs, et qu'il existe de nombreux systèmes qui y sont irréductibles. Il a été montré qu'il existe des systèmes mixtes mi-concentrés, mi-diffus, et qu'il existe des systèmes de concentration et déconcentration discrètes³⁸, que les systèmes européens contiennent un contrôle concret des normes tout autant que le système américain, et que celui-ci, d'ailleurs, comprend des éléments de contrôle abstrait³⁹.

Cependant il convient de noter que, paradoxalement, ces critiques prennent précisément pour argent comptant ces critères. Elles tendent à montrer que l'existence de systèmes mi-concentrés mi-diffus rend impossible de bâtir des modèles dont chacun de ces aspects serait exclusif. Mais elles ne se demandent jamais s'il fait véritablement sens de décrire un système comme diffus ou concentré et si ces critères sont conceptuellement rigoureux. En ce sens, les principaux critiques des modèles traditionnels restent généralement prisonniers du cadre de pensée de ceux qui ont contribué à les bâtir.

Or il nous apparaît que, parmi les critères retenus par la doctrine dominante – centralisé/diffus, abstrait/concret, exception/action, etc. – certains sont affectés d'une confusion irrémédiable, laquelle est partagée tant par les partisans de la modélisation traditionnelle que par leurs critiques. Il convient donc de dépasser le cadre conceptuel qui semble partagé par les uns comme par les autres. Le présent propos ne saurait toutefois se limiter à une telle *pars destruens*. De fait, la remise en cause des modèles traditionnels a entraîné l'essor de nombreuses modélisations alternatives. Loin de prétendre proposer de nouveaux modèles, nous nous contenterons d'indiquer quels sont les paramètres qui devraient être pris en compte pour l'élaboration de modèles à venir.

I. DES MODÈLES À DÉPASSER

L'inadéquation des modèles traditionnels de justice traditionnelle provient avant tout de la confusion dont ils sont affectés. D'une part, les critères dégagés par la doctrine pour ranger les divers systèmes de contentieux constitutionnel dans l'un ou l'autre modèle sont mal définis, de sorte qu'ils sont aisément confondus les uns avec les autres. De surcroît, certains d'entre eux s'avèrent être entachés d'une grande confusion conceptuelle.

³⁸ G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, p. 33. V. FERRERES COMELLA, « The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? », *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, pp. 470-477.

³⁹ V. *infra* I.B.2.

A. – Des critères confondus

Il est bien connu que la distinction classique entre modèle européen et modèle américain repose sur une série de critères de démarcation, portant sur l'identité de l'organe qui opère le contrôle, sur le caractère centralisé ou non du contrôle, sur la nature de ce dernier, sur son caractère incident ou non, sur ses effets. On obtient ainsi les couples célèbres de critères : juge ordinaire/juge spécialisé, contrôle diffus/centralisé, contrôle abstrait/concret, contrôle par voie d'action/par voie d'exception, effet *inter partes/erga omnes*⁴⁰.

Tant les partisans de cette manière de faire que leurs critiques commettent cependant souvent l'erreur de confondre ces couples de notions entre eux. Le cas le plus révélateur, est l'équivalence effectuée entre le couple juge ordinaire/juge spécialisé et le couple contrôle diffus/centralisé. Sous prétexte qu'en droit américain, le contrôle de constitutionnalité des lois est exercé par le juge ordinaire, et de manière diffuse, et qu'au contraire en droit français, il est exercé par une juridiction spécialisée et de manière centralisée, la doctrine part du principe que tout contrôle exercé par le juge ordinaire est diffus et que tout contrôle exercé par un organe spécialisé est centralisé. Or ces deux couples notionnels doivent être soigneusement distingués ; il en résulte la nécessité de distinguer entre la spécialisation fonctionnelle d'un organe et le monopole exercé par ce dernier.

⁴⁰ C'est à dessein que l'on ne mentionne pas ici le couple *a priori/a posteriori*. De tous les critères retenus dans les manuels, le caractère « a priori » du modèle européen est celui qui résiste le moins à l'examen des droits positifs. La plupart des systèmes européens de justice constitutionnelle reposent sur un contrôle a posteriori. Lorsqu'un recours *a priori* y existe également, comme c'est souvent le cas, il est la plupart du temps confiné à des matières très précises : par exemple, résolution des conflits de compétence entre État fédéral et États fédérés (art. 138 al. 2 de la Constitution autrichienne), contrôle des lois autorisant la ratification de traités (en Allemagne, ce recours a été ouvert par une décision de la Cour constitutionnelle fédérale de 1952, v. *BVerfGE*, 1, 396, 410ff.), contrôle des traités eux-mêmes à l'instar de notre article 54 C (art. 95(2) de la Constitution espagnole – le contrôle a priori en matière de lois organiques ayant été supprimé en Espagne par la loi organique 4/1985 du 7 juin 1985). Il arrive également souvent que, lorsque le contrôle *a priori* existe pour toute loi ou presque après adoption et avant promulgation, un nombre extrêmement restreint d'autorités soient habilités à saisir la juridiction constitutionnelle : en Irlande, l'article 26 de la Constitution habilite le seul Président à saisir la Cour suprême d'un recours *a priori* contre certaines catégories de lois ; il en va de même en Pologne, où les articles 122(5) et 122(6) de la Constitution habilite le seul Président à saisir, avant promulgation ou ratification, le Tribunal constitutionnel d'un recours *a priori* relatif à une loi ou un traité international. En tout état de cause, aucun État en Europe ne se trouve ni ne s'est trouvé dans la situation qui était celle du Conseil constitutionnel avant la révision du 23 juillet 2008, à savoir celle d'un contrôle exclusivement préventif. – Il convient ici de mentionner les cas de « saisine *a posteriori* » existant avant 2008 en dehors du contentieux constitutionnel *stricto sensu*, principalement en matière de contentieux électoral – par ex. saisine du Conseil constitutionnel sur un décret portant convocation des élections législatives (v. par ex. CC, Décision n° 81-1 ELEC, 11 juin 1981, *Delmas*) – et en matière de délégalisation (art. 37 al. 2 C).

1. Des couples notionnels à distinguer

De fait, comme on l'a mentionné dans l'Introduction, les critiques des modèles traditionnels croient tirer un argument de l'existence de modèles dits mixtes, « mi-centralisés mi-diffus », ce par quoi il convient d'entendre en réalité deux choses : un contrôle diffus opéré de concert avec – ou sous le contrôle de – une juridiction spécialisée ; ou bien un contrôle concentré exercé par une juridiction ordinaire. Or le fait que dans certains cas un contrôle soit exercé par le juge ordinaire sous le contrôle d'une juridiction spécialisée ne pose problème que si on part du principe – tout comme la doctrine traditionnelle – que « juridiction spécialisée » équivaut à « contrôle concentré ». Dès lors que l'on s'aperçoit que les deux critères *sont différents*, alors le fait que les deux couples (ordinaire/spécialisé et concentré/diffus) soient panachés ne pose aucun danger pour les modèles traditionnels. Il suffit alors d'ôter son caractère décisif à l'un des couples de critères en question pour retrouver des modèles cohérents.

Prenons quelques exemples. Dans certains cas, le juge « ordinaire », c'est-à-dire le juge qui ordinairement occupe les fonctions classiques de juridiction civile, pénale et/ou administrative, peut exercer un contrôle de constitutionnalité *concentré*. Ainsi, en Irlande, il n'existe pas d'organe spécialisé, mais un seul ordre juridictionnel à trois niveaux (art. 34 C) : les cours de première instance, parmi lesquelles une *High Court* (laquelle dispose d'ailleurs de prérogatives d'appel sur les jugements rendus par d'autres cours de première instance) ; la Cour d'appel et, au sommet, la Cour suprême. Le contrôle de constitutionnalité est exercé par le juge ordinaire – puisque, par hypothèse il n'y a pas de juridiction spécialisée. Cependant, il est assez largement concentré. En matière de recours *a posteriori*, par voie d'exception – « à l'américaine » – seules la *High Court* et, en appel des jugements de cette dernière, la Cour d'appel⁴¹, puis la Cour suprême sont compétentes pour connaître de moyens d'inconstitutionnalité. On a donc bien une certaine concentration du contrôle aux mains de *certain*s juges ordinaires. Cette concentration est encore plus poussée en matière de contrôle préventif. La Constitution irlandaise, en son article 26, prévoit également un contrôle *a priori* exercé, avant promulgation, par la seule Cour suprême, sur saisine exclusive du Président de la République. Ici, bien que, d'un point de vue organique, la Cour suprême soit une juridiction on ne peut plus « ordinaire », elle joue un rôle, en raison de la concentration du contrôle, tout à fait analogue à celui joué par notre Conseil constitutionnel saisi sur le fondement de l'article 61 al. 2 de la Constitution.

⁴¹ La Cour d'appel est compétente en matière constitutionnelle depuis la révision du 1^{er} novembre 2013 (*Thirty-third Amendment of the Constitution Act, Schedule 3*).

Légèrement plus complexes sont les cas, anciennement répandus en Afrique⁴² et toujours présents en Amérique latine, où une chambre spécialisée de la plus haute juridiction ordinaire concentre le contrôle de constitutionnalité⁴³. Tel est le cas, par exemple, du Paraguay (art. 260 C), du Costa Rica (art. 10 C) ou encore du Salvador (art. 174 C) où la Cour suprême comprend une « *Sala constitucional* »⁴⁴. Il s'agit d'un cas intermédiaire, se rapprochant des juridictions spécialisées par certains aspects – surtout lorsque la chambre en question a compétence exclusive, qui ne peut être exercée, par exemple, par la Cour suprême réunie en assemblée plénière –, mais s'en distinguant toujours, puisque les juridictions spécialisées ont pour trait principal d'être placées en dehors des ordres de juridiction « ordinaires ».

Dans d'autres cas, un contrôle diffus, opéré par les juridictions ordinaires est combiné avec l'existence d'une cour constitutionnelle spécialisée. Révélateur en ce sens est le cas, bien connu, du Portugal. La Constitution du 25 avril 1976, en son article 204, prévoit que « les Tribunaux ne peuvent appliquer des normes contraires à la Constitution ou aux principes qui y sont consacrés pour statuer dans les affaires dont ils sont saisis ». Nous avons donc affaire à un contrôle essentiellement diffus. Mais il existe également une Cour constitutionnelle, qui peut être saisie de plusieurs manières : a) elle exerce, sur saisine d'un nombre limité d'autorités, un contrôle préventif des lois et des traités (art. 278 C) ; b) elle exerce un contrôle *a posteriori* sur saisine d'un nombre plus large d'autorités (art. 281 C) ; c) elle connaît des recours contre les décisions des juridictions ordinaires relatives à la constitutionnalité des lois (art. 280 C) : il s'agit ici d'un contrôle exercé par une juridiction spécialisée sur le contrôle diffus exercé par les juridictions ordinaires⁴⁵.

⁴² Ce système était assez répandu après la décolonisation. Guillaume Tusseau a montré que la tendance était aujourd'hui à la création de cours spécialisées. (G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, p. 31.)

⁴³ Une variante est le cas ougandais, où c'est la *Court of Appeal* toute entière (« *sitting as Constitutional Court* ») – qui n'est d'ailleurs pas la juridiction suprême – a compétence quasi-exclusive en matière de contrôle de constitutionnalité des lois (art. 137 C). – Ses arrêts sont néanmoins susceptibles de recours devant la Cour suprême (art. 132 §3). – On a affaire ici à un intéressant cas de déboulement fonctionnel où le même organe est tantôt une juridiction ordinaire et tantôt une juridiction spécialisée.

⁴⁴ V. pour un commentaire, A. WEBER, « Notes sur la justice constitutionnelle comparée : convergences et divergences », p. 35.

⁴⁵ Ce cas se distingue du système sud-africain, qui est, il est vrai très difficile à classer. Le contrôle y est en effet diffus mais toute décision d'inconstitutionnalité rendue par une juridiction ordinaire doit être confirmée par la Cour constitutionnelle pour produire des effets de droit (art. 167 §5 C). Il est difficile de rendre compte au moyen des outils traditionnels de ce système, qui est véritablement inclassable. On pourrait introduire le concept de « question postjudicielle » et établir une analogie avec la question préjudicielle à l'allemande (appelée en Allemagne « contrôle concret »). L'article 100 § 1 de la Loi fondamentale, complété par l'article 80 de la Loi sur la cour

2. La spécialisation n'est pas le monopole

Ce que tous ces exemples montrent, c'est qu'il convient de se garder de confondre la spécialisation et le monopole⁴⁶. Le fait qu'un organe soit *seulement* compétent pour faire une certaine chose ne veut pas dire qu'il est le *seul* compétent à la faire. La présence de contrôle diffus dans des États ressortissant, en principe, au modèle européen (Portugal) ou de contrôle concentré dans des États ressortissant, en principe, au modèle américain (Irlande) ne pose donc aucun obstacle majeur. Comme on l'a rappelé en introduction, la définition uniquement organique de la justice constitutionnelle constitue une impasse dès lors qu'elle conduit à inférer de l'existence d'une juridiction constitutionnelle la conclusion que seule cette dernière accomplit cette fonction.

C'est du reste ici qu'il convient de noter que le contrôle de la constitutionnalité des normes ne se limite pas au contrôle de la loi. Le fait que bien souvent, dans les systèmes européens, le contrôle de la loi soit à la fois concentré et confié à un organe spécialisé n'empêche que bien souvent le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs (en particulier réglementaires) soit diffus, comme c'est le cas en France⁴⁷. Le cas où un

constitutionnelle fédérale (*BVerfGG*), exige, lorsqu'un juge souhaite transmettre à la Cour constitutionnelle fédérale, que non seulement existe un doute sérieux sur la constitutionnalité de la loi, mais que le juge *a quo* estime que la loi est inconstitutionnelle (v. là-dessus, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La question préjudicielle de constitutionnalité : étude du projet français au regard du droit comparé », *AJJC*, 23, 2007, p. 17 ; R. ARNOLD, « La question préjudicielle de constitutionnalité en Allemagne », *AJJC*, 23, 2007, p. 24). C'est seulement si ce cas de figure, assez contraignant quant à l'argumentation qui doit être fournie par le juge *a quo*, est réalisé que la question pourra être transmise. De la même manière le juge ordinaire sud-africain qui rend une décision d'inconstitutionnalité, laquelle n'a aucun effet juridique par elle-même, ne fournit pour ainsi dire qu'une conviction personnelle ; celle-ci doit encore être « postjudiciellement » confirmée par la Cour constitutionnelle.

⁴⁶ Pour un exemple particulièrement révélateur, v. L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, p. 17 au sujet du modèle européen : « la justice constitutionnelle est concentrée aux mains d'une juridiction spécialement constituée à cet effet qui jouit d'un monopole en ce domaine ». Il est à noter – pour ne pas caricaturer la position du doyen Favoreu – que le propos ne concerne que le contrôle de constitutionnalité des lois.

⁴⁷ Sauf dans les cas où s'applique la théorie de la loi écran (CE, Sec., 6 nov. 1936, *Arrighi*) que la constitutionnalisation des règlements autonomes (art. 37 C) et la théorie de l'écran transparent (CE, 17 mai 1991, *Quintin*) ont contribué à fortement limiter. Sur le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, v. L. FAVOREU et T. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Paris, Sirey, 1992, spéc p. 10 et s. (sur la loi-écran). Il est bien connu que la théorie de la loi-écran rend impossible le contrôle de constitutionnalité de l'acte administratif lorsque ce contrôle impliquerait, pour le juge administratif, de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi – elle ne concerne pas la question de savoir si le juge de l'excès de pouvoir pourrait directement être saisi d'un moyen d'inconstitutionnalité de la loi (v. B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, pp. 715-724). L'essor du contrôle de conventionnalité, dans sa dimension quasi-constitutionnelle – en matière de conformité à la Conv. EDH, par exemple – ainsi que le rôle de filtre négatif joué par le Conseil d'État en matière de QPC ont amené, naturellement, à reposer, à nouveaux frais, la question du rôle du juge ordinaire dans le

seul organe centralise l'ensemble du contentieux constitutionnel des normes – du moins générales : conventionnelles, législatives, réglementaires – est très rare ; l'exemple qui s'en rapproche le plus est celui de l'Autriche, où la Cour constitutionnelle exerce un contrôle de constitutionnalité exclusif – ainsi d'ailleurs que le contrôle de légalité pour certains actes – des actes réglementaires (art. 139 C).

Il résulte de tout ceci que, si opposition il doit y avoir entre modèle américain et européen, elle ne peut pas reposer sur le caractère diffus ou concentré du contrôle, mais uniquement sur le critère de la spécialisation. Dans certains systèmes c'est le juge ordinaire qui exerce les fonctions de justice constitutionnelle, dans d'autres une juridiction spécialisée a été créée à cette fin⁴⁸, et il est d'ailleurs rare qu'elle l'exerce de manière exclusive. L'existence d'un organe spécialisé, exerçant une fonction de justice constitutionnelle, n'emporte aucune conséquence sur le partage ou non de cette compétence avec d'autres organes.

Comme on le montrera cependant dans la seconde partie de cet article, la différence entre modèles attribuant l'ensemble des compétences de justice constitutionnel au juge ordinaire et ceux qui l'attribuent, au moins en partie, à une juridiction spécialisée paraît fine, quelque incontestable que soit le constat empirique sur lequel on se fonde pour la mettre en évidence.

Si, tant les partisans que les critiques des modèles traditionnels, pèchent en confondant des critères pourtant distincts, l'erreur est encore plus manifeste lorsque ces critères s'avèrent conceptuellement confus.

B. – *Des critères confus*

L'un des reproches que l'on pourrait adresser aux modèles traditionnels est qu'ils reposent sur des critères définis de manière peu rigoureuse. On

contrôle de constitutionnalité des lois. Pour une synthèse datant d'avant la QPC, v. O. GOHIN, « Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », *RFDA*, 2000, spéc. p. 1176 et s. ; pour un aperçu du renouvellement apporté par la QPC, v. M. CANEDO-PARIS, « La QPC et l'avenir (heureux ?) de la théorie de l'écran législatif », *LPA*, 7 sept. 2011, p. 7 et s. ; S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », *RFDA*, 2012, p. 639 et s.

⁴⁸ C'est la raison pour laquelle, quand bien même on accorderait aux juges ordinaires en France compétence pour connaître d'exceptions d'inconstitutionnalité, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, cela ne ferait pas de ce dernier une Cour suprême, dès lors qu'elle demeurerait une juridiction spécialisée, par contraste à une Cour suprême qui peut connaître, en principe, de tous moyens d'appel ou de cassation. Pour un plaidoyer en faveur de la transformation du Conseil constitutionnel en « Cour suprême », v. D. DE BECHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007.

peut en prendre deux illustrations : le critère de l'action et de l'exception ainsi que celui du caractère abstrait ou concret du contrôle.

1. Action et exception

Il est généralement admis que l'un des critères opposant le modèle américain et le modèle européen est que, dans le premier, le recours se fait essentiellement par voie d'exception – exceptionnellement par voie d'action lorsqu'est requis un *declaratory judgment* ou un injonction préliminaire, qui sont des procédures d'avant dire droit –, tandis que dans le second le recours se fait principalement par voie d'action, éventuellement par voie d'exception. Il semble que ces notions soient cependant entachées de confusions en ce qu'elles regroupent des réalités tout à fait différentes.

Commençons par l'exception, qui pose en réalité peu de problèmes. Comme de nombreux auteurs l'ont noté, y compris et surtout parmi les tenants des modèles traditionnels, il faut se garder de confondre moyen soulevé par voie d'exception et contrôle incident⁴⁹. Ce dernier comprend en effet, outre l'exception *stricto sensu*, la question préjudicielle posée par un juge *a quo* à une juridiction spécialisée. Or ce dernier cas est tout à fait distinct du recours par voie d'exception à l'américaine. Certes, dans de nombreux cas (la QPC en France⁵⁰ en étant un parfait exemple⁵¹) la procédure préjudicielle n'est déclenchée que si un moyen d'inconstitutionnalité est soulevé, par voie d'exception, par l'une des parties à l'instance devant le juge *a quo*. Cependant, la nature juridique de l'opération est tout à fait différente de celle de la saisine par voie d'exception, telle qu'on la rencontre dans le système américain, mais également au Portugal, en Grèce ou encore en Suisse⁵². En effet, dans la

⁴⁹ V. par ex. T. RENOUX, « L'exception, telle est la question », *RFDC*, 1990, p. 651 ; L. FAVOREU, « La question préjudicielle de constitutionnalité. Retour sur un débat récurrent », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 265-273 ; L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, p. 279 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Du déni de justice constitutionnelle en droit public français », in *Renouveau du droit constitution. Mélanges Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 281

⁵⁰ On supposera ici, en accord avec la majorité de la doctrine que la QPC est une question préjudicielle (v. T. SANTOLINI, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, 93, 2013, spéc. p. 96 et s. où l'auteur reconnaît que la seule différence majeure entre la QPC et les autres systèmes de question préjudicielle de constitutionnalité est la limitation des moyens invocables). Ce consensus a été remis en question par Xavier Magnon dans un article récent (X. MAGNON, « La question prioritaire de constitutionnalité est-elle une "question préjudicielle" ? », *AJDA*, 2015, p. 254 et s.).

⁵¹ Les articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, introduits par l'article 1^{er} de la loi organique du 10 décembre 2009, précisent que « le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution (...) ne peut être relevé d'office ».

⁵² La différence entre exception et question préjudicielle est parfois cependant difficile à manier dès lors qu'un même moyen, soulevé par voie d'exception, peut ou non donner lieu à une

question préjudicielle, non seulement, contrairement à l'adage établi, le juge de l'action n'est pas le juge de « l'exception », mais de surcroît l'organe qui effectue le contrôle de constitutionnalité n'est pas saisi par voie d'exception, puisqu'il est saisi par le juge *a quo*. De surcroît, il arrive que le juge *a quo* puisse relever d'office le moyen d'inconstitutionnalité, sans que la nature juridique de l'opération (une question préjudicielle) soit fondamentalement différente⁵³.

Quand bien même on accepterait de nommer la question préjudicielle « saisine par voie d'exception », il demeurerait donc, comme l'écrivait le doyen Favoreu, que « l'exception d'inconstitutionnalité "à l'européenne" ne doit pas être confondue avec l'exception d'inconstitutionnalité "à l'américaine" »⁵⁴. Certes, il est évident que cette insistance a précisément pour objet, sous la plume du doyen Favoreu, de renforcer la thèse de la différence entre modèle américain et européen. Mais il est tout aussi évident que cette arme est à double tranchant, dès lors que la question préjudicielle, loin d'être en Europe une saisine quelque peu marginale à côté de la saisine par voie d'action, typique du modèle européen, s'avère tout à fait centrale⁵⁵. En insistant sur la spécificité de « l'exception » à l'européenne, on met en évidence la diversité des procédures, parfois cumulées aux mains d'un même organe, qui coexistent dans les systèmes de justice constitutionnelle en Europe.

question préjudicielle, par exemple lorsqu'est appliquée la théorie de l'acte clair. Une illustration en droit interne est l'évolution d'exception d'illégalité. Le récent arrêt TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau*, assouplissant la célèbre jurisprudence *Septfonds* (TC, 16 juin 1923), a étendu le nombre de cas où le juge judiciaire non répressif, saisi d'un moyen d'illégalité dirigé contre un acte administratif applicable au litige, peut décider lui-même de l'accueillir ou de le rejeter au lieu de saisir la juridiction administrative d'une question préjudicielle. Sans préjudice du conflit qui peut toujours être élevé, on a alors affaire à une saisine par voie d'exception. Si le juge judiciaire décide de saisir le juge administratif, le même moyen déclenche un contrôle d'un tout autre type, à savoir une question préjudicielle.

⁵³ V. par ex. en Italie l'article 1 de la Loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948 : « La Cour constitutionnelle est saisie pour jugement des questions d'inconstitutionnalité des lois ou actes ayant force de loi, relevées d'office ou soulevées par une partie à un procès et non estimées manifestement infondées par le juge » (nous soulignons). Comme l'a noté Jean-Jacques Pardini, c'est l'une des principales différences entre la « question de légitimité constitutionnelle » italienne et la QPC française (v. J.-J. PARDINI, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, 137, 2011, p. 108).

⁵⁴ L. FAVOREU, « Modèle européen et modèle américain de contrôle de constitutionnalité », p. 60.

⁵⁵ On la retrouve en Italie (art. 1 de la Loi constitutionnelle du 9 février 1948), où elle joue un rôle très important, mais aussi, avec une importance variable, en Allemagne (art. 100 LF), en Autriche (art. 140 C), en Espagne (art. 163 C), en Belgique (art. 142 C), en Grèce sur renvoi exclusif des Cours suprêmes devant la Cour supérieure spéciale (art. 100 C), ainsi que dans de nombreux pays d'Europe orientale. V. L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turin, G. Giappichelli, 196, p. 27 et s. ; M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, p. 117 ; M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 133 et s.

Cependant, la notion de saisine *par voie d'action*, appliquée au contentieux constitutionnel, n'est, en réalité, guère plus satisfaisante. Elle recouvre en réalité deux cas de figure très différents.

Le premier est celui de la saisine (*a priori* ou *a posteriori*) du juge constitutionnel – c'est-à-dire de l'organe qui exerce une fonction de justice constitutionnelle – par un nombre limité d'autorités, principalement par les autorités politiques (chef de l'État, opposition parlementaire, gouvernements des entités fédérées, etc.), mais également par d'autres acteurs institutionnels (l'*ombudsman*, le médiateur de la République...). Sauf dans les cas où, par exemple, l'*ombudsman* engage la procédure au nom de requérants particuliers dont les droits fondamentaux ont été violés, ce type de saisine implique généralement un contentieux objectif⁵⁶, à forte coloration politique : ce type de saisine est perçu comme un outil aux mains de l'opposition parlementaire ou au contraire d'une majorité soucieuse de voir apposer sur une loi controversée le sceau de la constitutionnalité⁵⁷ ; c'est également l'outil-type de résolution des conflits tant verticaux qu'horizontaux entre organes.

Le second cas de figure est, en revanche, très différent. Il s'agit du recours par voie d'action ouvert aux citoyens ordinaires ou à certains d'entre eux. La fonction principale remplie par ce type de recours diffère fondamentalement du précédent, puisqu'elle porte avant tout sur la protection des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Cette fonction spécifique explique que ce type de recours ne vise pas nécessairement, contrairement au précédent, des normes générales.

Dans certains cas, il est vrai, ce recours peut être dirigé directement contre une loi. Le cas de figure le plus frappant est l'*actio popularis*, rejetée

⁵⁶ La distinction entre contentieux objectif et subjectif a été mise en exergue par le professeur Fromont (M. FROMONT, *La Justice constitutionnelle dans le monde*, pp. 41-44).

⁵⁷ Cette tendance, inévitable, peut être poussée à l'extrême comme l'atteste la pratique déplorable – en matière de saisine facultative, sur le fondement de l'art. 61 al. 2 – des saisines blanches, qui est d'autant plus coupable lorsque c'est l'opposition qui s'y complait. Lorsque cette dernière est à l'initiative de la saisine, il est en effet très difficile de nier la dimension contentieuse du recours. On n'imagine pas un recours pour excès de pouvoir qui ne comporterait aucun moyen d'illégalité – ce qui serait d'ailleurs prohibé par l'article R. 411-1 du Code de justice administrative. Lorsque c'est le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou le Président de la République (hors cohabitation) qui rédigent une saisine blanche, cette dernière apparaît logique dès lors que l'objectif de la saisine est que les juges légitiment, par une décision de conformité, la loi qui leur est déférée – il semblerait alors étrange de leur donner gratuitement des armes contre la loi. Si, dans ce cas, une saisine blanche se justifie, demeure néanmoins déplorable l'usage qui est fait du Conseil constitutionnel comme d'une caution morale ou politique. Pour toutes ces raisons, on ne peut qu'approuver le Conseil constitutionnel pour avoir marqué le souhait de limiter l'usage des saisines blanches parlementaires en restreignant aux seuls vices affectant la régularité de la procédure législative les moyens qu'il relèvera dorénavant systématiquement d'office (CC, Décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011, *Loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016*).

de manière célèbre par Kelsen⁵⁸, qui existait en Hongrie (art. 32/A(3) de l'ancienne Constitution) avant l'adoption, le 18 avril 2011, de la nouvelle Loi fondamentale entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012⁵⁹. S'en rapproche également, au Mexique, l'*amparo contra leyes* prévu par l'article 114 de la *Ley de Amparo* du 10 janvier 1936, ou encore, en Belgique, le recours ouvert à l'encontre d'une loi à « toute personne justifiant d'un intérêt » (art. 142 C).

Dans de nombreux cas, le recours direct par voie d'action contre une loi est enserré dans des limites strictes. C'est le cas du recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) en Allemagne (art. 93 (1) §4b LF et art. 91 BverfGG) ou en Autriche (art. 140 C modifié par la révision constitutionnelle de 1975) : dans les deux cas, est exigé que, non seulement la loi lèse l'individu dans ses droits fondamentaux, mais que de surcroît elle lui soit applicable directement sans aucun acte d'exécution juridictionnelle ou administrative.

Enfin, dans de nombreux cas, le recours par voie d'action ouvert aux particuliers s'exerce principalement contre des décisions juridictionnelles ou administratives : c'est le cas en Allemagne (mais pas en Autriche), ainsi qu'en Espagne où un recours d'*amparo* contre les lois est en principe exclu⁶⁰.

Ce qui fait donc l'unité de ce second type de recours par voie d'action est non pas l'objet sur lequel il se porte, mais sur la fonction qu'il remplit et qui est principalement vouée à la protection des droits fondamentaux. Il est à noter que ni l'un ni l'autre des deux types de recours par voie d'action ne sont propres au « modèle européen » : l'exemple de l'Irlande précité montre qu'un recours par voie d'action s'accommode fort bien d'un système de justice constitutionnelle « à l'américaine » ; l'exemple du Mexique montre qu'il en va de même du recours d'*amparo*.

2. Contrôle abstrait et concret

Rarement notion de droit constitutionnel a été aussi imprécise que celle de contrôle abstrait ou concret. Les partisans des modèles traditionnels

⁵⁸ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDV*, 45, 1928, p. 245.

⁵⁹ Sur la réforme constitutionnelle hongroise de 2011 et ses conséquences, v. W. SADURSKI, *Rights Before Courts A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, 2^e éd., Dordrecht, Springer, 2014, pp. 10-13.

⁶⁰ V. en ce sens, C. A. CHASSIN, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'*amparo* constitutionnel en Espagne », *CRDF*, 1, 2002. Le Tribunal constitutionnel a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler cette règle (v. Tribunal Constitutionnel espagnol, décision 113/1987, 3 juillet 1987, cons. II§3). Pour une nuance, v. C. RUIZ MIGUEL, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », pp. 90-98.

affirment que le contrôle aux États-Unis est principalement concret (exigence d'un « *case or controversy* » posée par l'art. III, sec. 2, cl. 1 de la Constitution américaine) alors que le contrôle à l'européenne serait principalement abstrait. Leurs critiques pointent le fait que de nombreux contrôles en Europe sont concrets, et que par conséquent les deux types de contrôles ne sont pas exclusifs⁶¹ : ceci est du reste avéré par le fait qu'en Allemagne, par exemple, on utilise expressément le terme « concret » pour désigner le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel des juridictions ordinaires. C'est l'une des raisons pour lesquelles le professeur Fromont, qui a suggéré de refonder les modèles de justice constitutionnelle en partie autour de la distinction entre contrôle abstrait et concret, a reconnu que les deux types de contrôle étaient souvent joints⁶².

L'une des difficultés provient de ce que la distinction entre contrôle concret et abstrait reçoit deux sens fort différents⁶³. Un sens relatif à l'origine du contrôle tout d'abord : est concret tout contrôle de constitutionnalité qui trouve son origine dans un litige concret (c'est le sens allemand). Un sens relatif à l'objet du contrôle ensuite : est concret le contrôle qui vérifie la constitutionnalité de la loi telle qu'elle est appliquée ; le contrôle est abstrait lorsque la loi est envisagée indépendamment de tout contexte d'application.

Le premier sens, fondé sur l'origine du contrôle, est beaucoup trop large. Il recouvre des procédures qui n'ont, on l'a vu, que peu à voir : l'exception d'illégalité et la question préjudicielle. Du reste, la saisine classique par voie d'action, lorsqu'elle se fait dans une optique contentieuse, peut elle-même s'analyser comme un litige, alors précisément qu'elle est l'archétype du contrôle abstrait. Après tout le Conseil constitutionnel, saisi par 60 députés ou sénateurs au titre de l'article 61 al. 2 de la Constitution ne désigne-t-il pas ces derniers comme des « requérants »⁶⁴ ? Si on refuse à la saisine parlementaire le titre de « litige », alors il faudrait sans doute en faire autant pour le recours pour excès de pouvoir, qui n'est, selon la conception classique, qu'un « procès fait à un acte ». Certes, par contrôle concret au premier sens, on entend avant tout le contrôle intervenant au cours d'un

⁶¹ V. pour une remarque en ce sens, G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, p. 37.

⁶² M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, pp. 42-43 ; M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, p. 108.

⁶³ Pour une distinction analogue, v. L. GAY, « Du contentieux a priori au contentieux a posteriori : l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », *AJJC*, 29, 2013, p. 55.

⁶⁴ Le professeur Rousseau a ainsi affirmé que la publication au Journal officiel des saisines et celle des observations en défense formulées par le secrétariat général du gouvernement ont contribué à façonner, bien avant la QPC, un véritable « procès constitutionnel » (D. ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 137, 2011, pp. 47-48).

litige *distinct* du procès constitutionnel lui-même (un *case or controversy*)⁶⁵. Mais on voit alors mal ce qui distingue le contrôle concret ainsi entendu de la notion de recours incident : le contrôle concret serait tout contrôle exercé à l'occasion d'un recours incident (qu'il s'agisse d'une question préjudicielle ou d'une exception d'inconstitutionnalité). Le gain conceptuel de la distinction concret/abstrait s'avèrerait donc très limité.

Le second sens semble certes beaucoup plus pertinent. Dans certains cas, à commencer par le contrôle *a priori*, où par hypothèse la loi n'a jamais été appliquée, le juge envisage la loi indépendamment de tout contexte d'application. Dans d'autres cas, à commencer par le recours par voie d'exception, le juge sera amené à contrôler la constitutionnalité de la loi telle qu'elle est appliquée, et, par conséquent, pourra écarter la loi dans le cas présent, c'est-à-dire faire une exception⁶⁶, sans que la loi elle-même soit remise en question.

Cependant, il semble difficile d'effectuer entre abstraction et concrétude ainsi compris une opposition tranchée : il y a des contrôles plus ou moins concrétisés en fonction des techniques employées par le juge constitutionnel⁶⁷. La technique des réserves d'interprétation employée par le Conseil constitutionnel en France – y compris dans le cadre classique de l'article 61 al. 2 de la Constitution – est un outil de concrétisation⁶⁸ : le juge

⁶⁵ Martin Shapiro et Alec Stone Sweet ont d'ailleurs insisté sur l'existence d'un contrôle abstrait exercé par la Cour suprême américaine, en dépit de l'exigence constitutionnelle de « *case or controversy* » (v. M. SHAPIRO et A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 347 et s.). Malheureusement, leur concept de contrôle abstrait ou concret est quelque peu confus, car non seulement ils confondent les deux sens que cette distinction reçoit, mais ils la confondent également avec le couple action/exception, voire le couple *a priori/a posteriori* (v. M. SHAPIRO et A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, p. 348).

⁶⁶ C'est le cas dans le contentieux américain, où la constitutionnalité de la loi est généralement contestée « *as applied* » : « *The proper means to consider exceptions is by as-applied challenges* » (*Gonzales v. Carhart*, 550.U.S. 124 (2007), 167).

⁶⁷ V. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *NCCC*, 38, 2013, pp. 211-216.

⁶⁸ Le contrôle préventif, généralement qualifié d'abstrait eu égard au premier sens attribué à ce terme, peut être – et est souvent – concrétisé, dès lors que le juge envisage une situation *possible* d'application. Encore faudrait-il distinguer, au sein des réserves d'interprétation, les réserves d'interprétation *stricto sensu* des réserves d'application (si l'on nous passe ces expressions nouvelles). Dans le premier cas, le juge se contente de modifier la signification de l'énoncé normatif, indépendamment de tout contexte d'application particulier ; le contrôle est donc très fortement abstrait, à tous les sens du terme ; dans le second cas, le juge envisage des contextes particuliers d'application et choisit de les exclure – ou de les inclure – dans le champ d'application de la loi. Un exemple (parmi d'autres) de réserve d'interprétation *stricto sensu* est la décision n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, où le Conseil interprète l'adverbe « notamment » comme signifiant « majoritairement ». Un exemple de réserve d'application est la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à l'outrage à l'hymne national et au drapeau qui exclut des cas de « manifestation » concernés par la loi déferée les cas de manifestation politique ou syndicale (cons. 104). On trouve un exemple récent de « réserve d'application » dans la décision du n° 2014-701 DC

envisage des situations d'application – imaginaires ou virtuelles lorsque le contrôle est préventif – dans lesquelles la loi s'avèrerait contraire à la constitution. Ce contrôle est encore plus concrétisé dans les systèmes juridiques où le juge constitutionnel, saisi d'un renvoi préjudiciel, vérifie que la loi déférée à son examen est bien applicable au litige (qui n'est pas le cas en France⁶⁹). Dès lors qu'il est susceptible de degrés, le caractère concret ou abstrait apparaît peu pertinent dans une optique de modélisation.

Du reste, certains auteurs soulignent que la Cour suprême américaine exerce elle-même un contrôle abstrait, entendu en ce second sens. L'exemple généralement invoqué est celui des *facial challenges*, dans lesquels la partie qui invoque l'inconstitutionnalité de la loi soutient que celle-ci est inconstitutionnelle *en toutes circonstances* et non seulement dans les circonstances particulières de l'espèce qui la concerne⁷⁰. Par ailleurs, l'exigence de *case or controversy* n'est pas incompatible avec un contrôle abstrait lorsque le moyen soulevé à l'appui de l'exception d'inconstitutionnalité est un moyen qu'on appellerait en France d'inconstitutionnalité externe. Lorsqu'est invoquée avec succès l'incompétence du législateur (par le recours à une interprétation restrictive de la *Commerce clause*⁷¹ ou encore aux règles du fédéralisme) contre une loi

du 9 octobre 2014, dans laquelle le Conseil (au considérant 21) réduit le nombre de cas où les SAFER peuvent faire jouer leur droit de préemption.

⁶⁹ Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dès la première décision QPC qu'il ait eu à rendre : « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites » (CC, décision QPC n° 2010-1, 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*, cons. 6).

⁷⁰ C'est la définition (contraignante pour celui qui soulève le moyen d'inconstitutionnalité) donnée par la Cour suprême dans *United States v. Salerno* (*United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987)). V. pour une présentation beaucoup plus complète M. DORF, « Facial Challenges to State and Federal Statutes », *Stanford Law Review*, 46, 1994. La notion même de « facial challenge » est cependant imprécise et remise en question par une partie de la doctrine américaine (v. en ce sens, A. KREIT, « Making Sense of Facial and As-Applied Challenges », *William and Mary Law Review*, 18, 2010, spéc. pp. 663-673). – Il faut se garder de confondre la notion de « facial challenge » avec la doctrine du « *facial overbreadth* » (pour une telle confusion, v. G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, p. 41) selon laquelle lorsqu'une loi prétend réguler une activité protégée par le Premier amendement, un justiciable, auquel la loi pourrait être légitimement appliquée, peut néanmoins invoquer son inconstitutionnalité afin de protéger ceux qui, absents au procès, pourraient, par exemple en raison de leur appartenance à une minorité, être dissuadés de s'engager dans ces activités pourtant licites au regard de la Constitution. Mais ici, si la loi est « *on its face* » (frontalement) trop large, le contrôle effectué est bien concrétisé, puisque le juge considère bien un contexte *possible* d'application.

⁷¹ Art. I Sec. 8 Cl. 3 C.

du Congrès, l'inconstitutionnalité qui en résulte vaut nécessairement pour toute application possible⁷².

Des développements qui précèdent, on peut retirer une double idée. En premier lieu, les modèles traditionnels sont fondés sur des critères (ce que l'on a appelé des couples notionnels) qui sont souvent entachés de confusion, et qui ne permettent pas d'effectuer une distinction franche et nette entre un modèle américain et un modèle européen. En second lieu, les critiques des modèles traditionnels qui croient tirer des arguments décisifs des cas (prétendus ou réels) d'hybridation ou d'exemples inclassables restent prisonniers du cadre de pensée qui est précisément celui des modèles traditionnels. Révélateur en ce sens est l'aveu du professeur Tusseau qui reconnaît, à propos du programme de refondation qui est le sien, que les critères qu'il est amené à retenir *in fine* « sont ceux dont fait usage la thèse des modèles »⁷³ (c'est-à-dire des modèles traditionnels). Peut-être est-il au contraire nécessaire de s'extraire de ce cadre de pensée : il existe en effet bien des différences entre, par exemple, la Cour suprême américaine et le Conseil constitutionnel français, mais ces différences ne peuvent être exprimées au seul moyen des critères traditionnels de modélisation. C'est pourquoi, il importe de refonder ces modèles.

II. DES MODÈLES À REFONDER

Refonder les modèles de justice constitutionnelle suppose de repenser l'objet du contentieux constitutionnel comparé et de formuler de nouveaux critères de modélisation. D'une part on peut remarquer que les partisans des modèles traditionnels (comme leurs critiques) cherchent à modéliser des organes, voire des systèmes juridiques. Or il résulte des développements qui précèdent qu'il existe surtout différents types de procédures, qui peuvent être sélectionnées ou combinées par chaque système juridique. Le rôle du

⁷² Il est néanmoins susceptible de nuancer ce propos. Dans *City of Boerne v. Flores*, 521 US 307 (1997), la Cour suprême américaine a jugé inconstitutionnel le *Religious Freedom Restoration Act* de 1993 en tant qu'il est appliqué (*as applied to*) aux États (la loi demeurant conforme à la Constitution lorsqu'elle est appliquée aux pouvoirs publics fédéraux). Si la loi est bien inconstitutionnelle *as applied*, le contrôle n'est que très modérément concrétisé, puisque ce n'est pas l'application au cas concret, ni même à une série de cas similaires qui est invalidée par le juge, mais l'application en général de la loi aux États fédérés.

⁷³ G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, p. 85. Pour une critique intéressante des critères retenus par le professeur Tusseau, v. J.-B. POINTEL, « Apologie pour les faiseurs de modèles », *International Journal for the Semiotics of Law*, 25, 2012, p. 150.

juge constitutionnel varie grandement selon la procédure ou la combinaison de procédures retenues. D'autre part, il importe d'élargir le champ des paramètres pertinents, les critères tirés de la seule technique contentieuse s'avérant incapables de rendre compte des différences et des similitudes entre les divers systèmes de justice constitutionnelle. L'un des paramètres pertinents est, selon nous, la place occupée par le juge constitutionnel au sein de l'édifice constitutionnel, et en particulier les relations qu'il entretient avec les juridictions ordinaires d'une part et les organes politiques de l'autre.

A. – De l'organe à la procédure

Comme nous l'avons suggéré, parmi l'ensemble des critères habituels⁷⁴, le seul qui résiste à l'analyse est celui, sans doute d'ailleurs le plus fondamental aux yeux des partisans des modèles traditionnels, de la distinction entre juge ordinaire et organe spécialisé. Or le caractère spécialisé ou non de l'organe apparaît en fin de compte relativement secondaire. Ce constat invite à porter son regard non tant sur des organes, que sur des types de procédures contentieuses.

⁷⁴ Un critère n'a pas été envisagé plus haut, celui de l'effet des décisions, *inter partes* ou *erga omnes*. La plupart des auteurs s'accordent pour affirmer que cette distinction pêche par excès de formalisme, dès lors que la règle du précédent (quelque peu stricte qu'elle soit en matière constitutionnelle) contribue, dans le modèle américain, à asseoir la pérennité d'une décision d'inconstitutionnalité. Demeure une autre distinction, qui ne se confond pas avec la première, mais elle aussi relative à l'effet des décisions : alors qu'une décision d'inconstitutionnalité rendue par le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, a pour effet d'*abroger* la loi, la décision de la Cour suprême – même à supposer qu'elle soit « matériellement » *erga omnes* – a pour seul effet de la déclarer *inapplicable*, à l'instar du juge ordinaire français saisi d'un moyen d'inconventionnalité (v. pour une comparaison, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1. Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 752). La principale différence entre *abrogation* et *inapplicabilité* tient aux conséquences d'un éventuel changement d'avis du juge. Aux États-Unis, la loi censurée devient alors, du moins en théorie, de nouveau applicable – à moins qu'elle n'ait été formellement abrogée par le législateur. Par contraste, en cas de revirement de jurisprudence du Conseil, la loi ayant été supprimée de l'ordre juridique, le législateur, s'il souhaite la faire revivre, doit adopter une nouvelle loi et reprendre la procédure législative à zéro. Il s'agit cependant de questions qui sont fort discutées par les théoriciens du droit et auxquelles il serait trop long de consacrer un traitement détaillé ici (v. par ex. K. HIMMA, « Understanding the Relationship between the U.S. Constitution and the Conventional Rule of Recognition », in M. ADLER et K. HIMMA (dir.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 102-105).

1. Le caractère secondaire de la spécialisation

Eu égard aux divers types d'arrangements institutionnels possibles, le critère de la spécialisation apparaît, en tant que tel, bien grossier⁷⁵. Il y a en réalité une échelle de spécialisation, sur laquelle on peut trouver les cas de figure suivants (par degré croissant de spécialisation) :

a) le juge ordinaire *stricto sensu*, c'est-à-dire, au sommet de la hiérarchie juridictionnelle, une Cour suprême compétente pour connaître de tout moyen d'appel ou de cassation. La Cour suprême américaine est un exemple évident ;

b) le juge ordinaire *stricto sensu*, c'est-à-dire, ici encore, principalement une Cour suprême, mais à ce détail près que, lorsqu'il statue comme juge constitutionnel, les moyens invocables devant lui sont limités aux moyens d'inconstitutionnalité. C'est le cas de la Cour suprême mexicaine saisi d'un recours *d'amparo*, par exemple ;

c) une chambre spécialisée de la Cour suprême, dont plusieurs exemples ont déjà été évoqués. Ici, seul demeure un lien organique, mais la spécialisation est totale ;

d) une juridiction spécialisée, compétente pour connaître des moyens limités à l'inconstitutionnalité de la norme ou du comportement litigieux (c'est le cas de figure qui correspond le plus au « modèle européen »)⁷⁶.

Il ne s'agit ici que d'exemples, et il ne fait aucun doute qu'on pourrait trouver des cas de figure ne rentrant dans aucune de ces cases. Encore faut-il ne pas se fier outre mesure à l'onomastique : un organe peut s'appeler « Cour suprême » et néanmoins s'apparenter davantage au cas de figure *d*). Le Tribunal suprême fédéral du Brésil est une cour constitutionnelle (art. 102 C, qui le définit comme le « gardien de la Constitution »), dès lors qu'il n'est compétent pour connaître que du contentieux constitutionnel et de

⁷⁵ On suit ici, M. FROMONT, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 155 ; M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, p. 73.

⁷⁶ Ici encore on trouve des cas-limites, en particulier lorsque les juridictions spécialisées cumulent plusieurs fonctions qui s'enchevêtrent au sein d'un même contentieux. En acceptant de s'auto-transmettre une QPC posée à lui-même dans le cadre de ses compétences de contentieux électoral (CC, Décision 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012, *Sénat, Loiret*, cons. 6), le Conseil constitutionnel a fait preuve d'une certaine audace, puisque peuvent être désormais invoqués au cours d'une même instance devant lui des griefs d'inconstitutionnalité de la loi et des moyens « classiques » propres au contentieux électoral. Dès lors qu'il n'y a pas de frontière étanche entre les fonctions de justice constitutionnelle et les autres fonctions exercées par un organe spécialisé, l'enchevêtrement des procédures entraîne nécessairement des cas où, à l'occasion d'un même recours, moyens d'inconstitutionnalité et autres moyens se retrouvent mêlés. On remarquera ici que du point de vue de la stricte technique contentieuse, l'usage qui est fait de la QPC par le Conseil se rapproche nettement de l'exception d'inconstitutionnalité à l'américaine, le juge de l'action étant également celui de l'exception.

certain contentieux annexes et apparentés : il n'est nullement une Cour de cassation de droit commun (rôle dévolu au Tribunal supérieur de justice).

De fait, il apparaît que la dichotomie juge ordinaire/juge spécialisé est trop grossière. La véritable distinction opératoire tient à la nature des moyens susceptibles d'être soulevés dans le juge. Dans certains cas (qui correspondent au cas *a*) ci-dessus), les moyens d'inconstitutionnalité sont des moyens parmi d'autres : cela tient au fait que le juge est saisi par la voie de l'exception, et qu'il doit trancher le litige au cours duquel un moyen incident d'inconstitutionnalité a été soulevé. Dans tous les autres cas, y compris lorsqu'on a affaire à un juge qui, *par ailleurs*, se trouve être le juge ordinaire – et *a fortiori* lorsqu'on a affaire à un organe spécialisé –, les moyens invocables sont limités aux griefs d'inconstitutionnalité. Cela tient au fait que dans ces cas, le juge, fût-il par ailleurs ordinaire, statue *comme* juge constitutionnel. Ici encore, la fonction prend le pas sur l'organe.

Cette plus ou moins grande limitation des moyens invocables devant le juge n'est pas dénuée d'importance, dès lors qu'elle va informer les stratégies argumentatives des juges constitutionnels (c'est-à-dire des juges exerçant des fonctions de justice constitutionnelle). Un juge spécialisé, saisi d'un recours en inconstitutionnalité, ne peut « éviter » la question, sauf à jouer sur le tableau de sa propre compétence ou de la recevabilité de la requête. Dans le cas classique, « américain », de contrôle diffus exercé par le juge ordinaire sous le contrôle d'une Cour suprême, au contraire, le juge dispose de stratégies supplémentaires d'« évitement » (*avoidance*) ; il se refusera, par exemple, à examiner le moyen d'inconstitutionnalité dès lors que le litige peut être résolu sur d'autres fondements⁷⁷. C'est le cas lorsqu'il est possible de donner gain de cause à la partie qui a soulevé le moyen d'inconstitutionnalité sans qu'il soit besoin d'examiner ce dernier.

Cependant, ici encore, on peut remarquer que la différence entre le juge ordinaire et la juridiction spécialisée est mince et qu'existent des outils communs « d'évitement », à commencer par l'interprétation conforme⁷⁸, que l'on retrouve, sous des formes variées, dans de très nombreux pays. Cette technique, dont on trouve une variante en France dans les réserves

⁷⁷ C'est la quatrième « règle » élaborée par le juge Brandeis dans son opinion concordante sur l'arrêt *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 US 288 (1936), dans laquelle il énonce sept règles d'évitement (*Ashwander rules of avoidance*) de la question constitutionnelle. Cette doctrine a été clairement adoptée par la Cour dans son arrêt *Specter Motor Service, Inc. v McLaughlin*, 323 US 101, 106 (1944) où elle écrit : « nous ne devons examiner les questions de constitutionnalité (...) que lorsqu'il est impossible de les éviter ».

⁷⁸ C'est la septième règle d'*Ashwander*. Selon Frederick Schauer, lorsqu'elle est appliquée de manière systématique par la Cour suprême, cette tactique recèle quelque chose de quelque peu hypocrite dès lors que, sous couvert de déférence envers le législateur et de retenue du juge (*judicial restraint*), la Cour en arrive à vider purement et simplement la loi de son contenu (F. SCHAUER, « *Ashwander Revisited* », *The Supreme Court Review*, 3, 1995, spéc. pp. 90-97).

d'interprétation du Conseil constitutionnel, permet d'éviter non pas la question constitutionnelle elle-même, mais une éventuelle décision d'inconstitutionnalité.

En définitive, si la distinction entre juge ordinaire et juge spécialisé n'est pas dénuée d'intérêt, elle n'est pas de nature à justifier une distinction tranchée entre modèles qui soit fondée sur le critère de la spécialisation. Ici encore, le point de vue fonctionnel doit primer sur le point de vue organique : lorsque le juge ordinaire est saisi d'un moyen d'inconstitutionnalité, il se prononcera en tant que juge constitutionnel. Dès lors que c'est la *fonction* de justice constitutionnelle qui est centrale, la nature de l'organe qui l'exerce apparaît quelque peu secondaire. Comme l'écrivent F. Hamon et M. Troper, « le rôle joué par les juges constitutionnels dépend davantage des éléments fonctionnels, c'est-à-dire du type de contrôle qu'ils exercent, que des éléments organiques, c'est-à-dire de leur rattachement au modèle européen ou américain »⁷⁹ – la distinction entre ces deux modèles devant être ramenée, comme on l'a vu, à une stricte distinction organique. Le rôle du juge constitutionnel sera en particulier déterminé par les procédures qui l'amènent à exercer sa fonction.

2. Quatre types de procédure contentieuse

Le point de départ de l'élaboration de nouveaux modèles de justice constitutionnelle doit donc être non pas l'organe, mais la procédure suivie devant lui⁸⁰. On peut affirmer qu'existent quatre grands types de procédure contentieuse constitutionnelle, qui peuvent être combinées ou cumulées dans un même organe, ou réparties entre plusieurs organes d'un même système juridique :

- a) la saisine politique, et plus largement le recours par voie d'action ouvert à certaines autorités publiques ;
- b) l'exception d'inconstitutionnalité *stricto sensu* (où le juge de l'action est le juge de l'exception) ;
- c) la question préjudicielle (que le moyen soit relevé d'office ou seulement soulevé par voie d'exception) ;

⁷⁹ F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 36^e ed., Paris, LGDJ, 2015, p. 81.

⁸⁰ Le choix de se concentrer sur la procédure, et non sur l'organe, est également fait par M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, p. 109 et s. ; M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, p. 93 et s. Contrairement à une idée répandue et fort tenace, ce choix était déjà fait par Kelsen, lui-même : il n'y a en effet pas un, mais deux modèles kelséniens de contrôle de constitutionnalité des lois : le modèle de la question préjudicielle ou (de manière plus surprenante) de la question préalable posée à la Cour constitutionnelle par une autorité administrative ; le modèle du recours par voie d'action ouvert à certaines autorités publiques. (v. H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », p. 245 et s.)

d) le recours par voie d'action ouvert aux citoyens ordinaires ou à certains d'entre eux.

Il faut noter que ces procédures peuvent être combinées ou cumulées par un même organe, mais elles sont mutuellement exclusives : un même recours ne peut pas, par définition, emprunter aux deux procédures. Ceci permet d'échapper aux constats d'hybridation qui sont souvent effectués par les critiques des modèles traditionnels. Le fait qu'un organe tel que la Cour constitutionnelle fédérale allemande cumule les cas de figure a), c) et d) ne pose aucun de problème dès lors que le point de départ de l'étude n'est pas la Cour elle-même, mais les fonctions qu'elle exerce, et dès lors que ces types de recours sont conceptuellement distincts et mutuellement exclusifs. Un même recours ne peut pas être *en même temps* une question préjudicielle et un recours constitutionnel par voie d'action (de type *Verfassungsbeschwerde*), même si, au cas où le juge *a quo* refuserait de transmettre la question, un recours par voie d'action contre sa décision demeure possible. Que les recours soient combinables ou cumulables n'empêche donc nullement qu'ils soient conceptuellement distincts.

Cette typologie des recours et des procédures contentieuses constitutionnelles est certainement critiquable. Il est, en premier lieu, évident qu'elle n'est pas exhaustive : si elle permet d'épuiser les divers types de recours en matière de contentieux normatif et des droits fondamentaux, les autres fonctions des cours constitutionnelles (principalement la résolution des conflits horizontaux ou verticaux entre organes constitutionnels) sont nivelés au sein du cas de figure a), alors qu'ils mettent en jeu des techniques de contrôle radicalement différentes.

Il est, en second lieu, tout aussi évident que cette typologie est grossière, et qu'une même catégorie embrasse des types de recours tout à fait différents. Par exemple, le mécanisme de la question préjudicielle est fort différent en Italie, en Allemagne et en France (à supposer que la QPC soit une « vraie » question préjudicielle, ce qui est débattu en doctrine). Le double filtrage, présent en France, est absent en Allemagne, et *a fortiori* en Italie où tout juge peut relever le moyen d'inconstitutionnalité d'office. Alors qu'en Allemagne et en Italie, la Cour constitutionnelle vérifie bien l'applicabilité de la loi contestée au litige⁸¹, le Conseil constitutionnel s'en abstient. Alors qu'en France et en Italie, seul un doute sérieux (hormis les cas, en France, où la question est nouvelle, c'est-à-dire où est invoquée une disposition de la constitution qui n'a fait l'objet d'aucune application par le

⁸¹ V. sur l'Allemagne, J.-C. BEGUIN, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982, pp. 100-101 ; R. ARNOLD, « Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *AJJC*, 27, 2011, p. 29 ; sur l'Italie, T. DI MANNO, « La question préjudicielle de constitutionnalité en Italie », *AJJC*, 23, 2007, p. 37 ; F. GALLO, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *NCCC*, 42, 2014, pp. 91-92.

Conseil constitutionnel⁸²) est requis, la Cour constitutionnelle fédérale allemande exige du juge *a quo* qu'il soit convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi et qu'il argumente en ce sens dans sa décision de renvoi.

Cependant, les quatre types procéduraux énoncés plus haut ne sont pas des modèles, mais de simples points de départ en vue de la construction de modèles. Appréhender les systèmes de justice constitutionnelle par le biais des procédures contentieuses ne saurait être suffisant ; cependant on peut remarquer que chaque type de recours répond, au moins jusqu'à un certain point, à une certaine fonction. Le choix d'un certain type de recours contentieux dépendra *in fine* du rôle que l'on souhaite faire jouer au juge constitutionnel. On peut en donner les illustrations suivantes.

Francisco Rubio Llorente a proposé de substituer aux modèles classiques la modélisation suivante, plus à même de rendre compte à ses yeux de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe. D'un côté se trouvent les systèmes qui tendent avant tout à assurer la constitutionnalité de la loi ; de l'autre les systèmes qui visent à garantir et à protéger les droits fondamentaux⁸³. Il semble difficile d'y voir des « modèles » à proprement parler, dès lors que, comme l'observe Guillaume Tusseau, « tous les systèmes présents en droit positif empruntent aux deux nouveaux modèles »⁸⁴ dégagés par F. Rubio Llorente. Cependant, on peut y voir des rôles privilégiés du juge constitutionnel, ou, si l'on préfère, des conceptions privilégiées de l'office du juge. Or il est aisé de remarquer qu'aux quatre types procéduraux dégagés ci-dessus correspondent plus ou moins clairement l'une ou l'autre de ces conceptions privilégiées. Un système où le recours par voie d'action est ouvert à tout citoyen (cas de figure *d*)) est naturellement adéquat à assurer la protection des droits fondamentaux. Par contraste, à un système de pure saisine politique correspondra une conception plus objective du contentieux constitutionnel (sauf dans les cas particuliers où sont en jeu les droits des partis). Le cas de la question préjudicielle (cas *c*)) est de ce point de vue intéressant, puisque d'abord associé à un contentieux objectif, le mécanisme préjudiciel devient un contentieux de plus en plus subjectif, centré sur la protection des droits⁸⁵. Le point d'aboutissement de cette tendance est naturellement la limitation des moyens invocables devant le Conseil constitutionnel à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

⁸² CC, Décision n° 2009-595 DC du 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 21.

⁸³ F. RUBIO LLORENTE, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », pp. 16-25

⁸⁴ G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, p. 74

⁸⁵ Ceci a été souligné par T. SANTOLINI, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », pp. 85-86.

Dans une optique proche, Francisco Fernandez Segado⁸⁶ a suggéré de refonder les modèles de justice constitutionnelle sur l'opposition fondamentale suivante : d'un côté le contrôle s'exerçant sur la loi en marge de son application et de l'autre le contrôle de la loi dans le cadre de son application, ou – ce qui ne revient d'ailleurs pas au même – le contrôle de l'application de la loi. Ici encore, on peut noter que la saisine politique (cas *a*) est plus à même de remplir la première fonction, alors que les cas *b*), *c*) et *d*) sont davantage propices au contrôle de la loi telle qu'appliquée ou au contrôle de l'application de la loi.

Il serait certes impossible d'en déduire des équivalences strictes. Cependant, il est patent que le choix d'un type de recours plutôt qu'un autre traduit une certaine conception de l'office du juge. Lorsque plusieurs procédures sont cumulées au sein d'un même système de justice constitutionnelle, sera particulièrement révélateur le poids qui est accordé à une procédure plutôt qu'à une autre : le fait qu'en Allemagne la saisine politique (du moins en matière de contentieux des normes) soit très peu fréquente, alors que la question préjudicielle ou le recours individuel sont des voies de droit fort empruntées, traduit une conception partagée du juge comme gardien des droits constitutionnellement garantis.

B. – *La place du juge constitutionnel dans l'édifice constitutionnel*

Il convient donc de déplacer le curseur de l'analyse : les éléments tirés de la seule technique contentieuse doivent être tenus pour révélateurs d'une conception spécifique de l'office du juge constitutionnel. Ce qui caractérise un modèle de justice constitutionnelle – et explique en particulier ses particularités procédurales – est le rôle qui est attribué au juge constitutionnel, rôle qui s'analyse principalement à l'aune des arrangements institutionnels qui déterminent sa position au sein de l'édifice constitutionnel. Rappelons que par juge constitutionnel, on entend ici l'organe juridictionnel exerçant une fonction de justice constitutionnelle : l'analyse qui sera présentée ci-après vaut donc aussi bien pour le système américain, en raison du rôle éminent joué par la Cour suprême.

Deux aspects peuvent être ici envisagés : les relations entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire ; les relations entre le juge constitutionnel et les organes politiques.

⁸⁶ F. FERNANDEZ 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 », pp. 1111-1116. F. FERNANDEZ SEGADO, « Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale », in S. BAGNI (dir.), *Giustizia costituzionale comparata*, Bologne, Bononia University Press, pp. 118-127.

1. *Les relations entre juge constitutionnel et juge ordinaire*

Un bon outil pour envisager les relations entre le juge constitutionnel et les juges ordinaires a été forgé par Frank Michelman⁸⁷ sous le nom de « séparation acoustique » : deux juridictions sont acoustiquement séparées dès lors qu'elles appliquent des ensembles de règles rigoureusement distincts. Par exemple, si la liaison de la compétence et du fond était totale – et on sait qu'elle ne l'est guère – les juridictions administratives et judiciaires présenteraient un tel cas de séparation acoustique parfaite. Selon Frank Michelman, qui distingue entre plusieurs degrés de séparation acoustique, peu importe que le juge constitutionnel soit un juge ordinaire ou un organe spécialisé : il est possible, pour chaque système de justice constitutionnelle d'identifier ce qu'il appelle un « Tribunal suprême constitutionnel », qui pourra être, selon les cas une Cour suprême tout aussi bien qu'une juridiction spécialisée, et dont le rôle propre sera déterminé en fonction de la séparation acoustique qui existe entre cet organe et les (autres) juridictions.

Les cas de séparation acoustique parfaite ne se réalisent jamais. Dans de nombreux cas, les juges ordinaires appliquent et/ou interprètent la Constitution. Deux aspects (non clairement distingués par Frank Michelman) doivent être cependant ici distingués.

En premier lieu, comme on y a déjà insisté, nul « Tribunal suprême constitutionnel » (pas même la Cour constitutionnelle autrichienne) ne monopolise l'ensemble du contentieux constitutionnel – nul organe n'exerce la totalité des fonctions de justice constitutionnelle. Un juge ordinaire peut être habilité à exercer une fonction de justice constitutionnelle (par exemple à contrôler la conformité à la Constitution des actes réglementaires). En dehors même du contentieux constitutionnel *stricto sensu*, le juge ordinaire peut être amené à interpréter la Constitution afin de résoudre un litige⁸⁸.

⁸⁷ F. MICHELMAN, « The interplay of constitutional and ordinary jurisdictions », in T. GINSBURG et R. DIXON (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2011, pp. 279-282

⁸⁸ Il existe de multiples exemples d'interprétation ou d'application de la Constitution par le juge judiciaire français qui ne se rattachent pas aux fonctions de justice constitutionnelles dégagées ci-dessus dans l'introduction. Par exemple, dans de rares cas, il arrive que soit attribué à des principes constitutionnels un effet horizontal. C'est le cas du célèbre jugement du Tribunal de grande instance de la Seine, 22 janvier 1947 *Dame B*, dans lequel le juge annule un testament qui conditionne la validité du legs au fait que l'héritier n'épouse pas une personne juive, en violation de l'alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (jugement cité dans Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, 21, 1995, p. 15). Il arrive également que l'interprétation d'une disposition conditionnelle conditionne directement l'issue du litige ou des poursuites. Par exemple, dans son arrêt du 7 mars 1988, *Forni*, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a statué que l'irresponsabilité prévue par l'article 26 al. 1 ne s'appliquait que dans les cas où les propos litigieux étaient tenus par le parlementaire dans le cadre « des activités prévues aux titres IV et V » de la Constitution (interprétation restrictive de « l'exercice de ses fonctions », qui

Dans tous ces cas il ne peut y avoir de séparation acoustique parfaite : d'une part confier à un organe le monopole du contentieux constitutionnel est une solution peu courante, d'autre part la matière constitutionnelle excède le cadre strict des fonctions de justice constitutionnelle.

En second lieu, il faut souligner que le type de recours influe clairement sur le degré de séparation acoustique : un recours direct, par voie d'action, ou une saisine politique font très peu participer les juridictions ordinaires à l'exercice de la fonction juridictionnelle ; au contraire l'exception d'inconstitutionnalité et le mécanisme de la question préjudicielle supposent que le juge ordinaire soit associé à l'office même du juge constitutionnel. En matière d'exception d'inconstitutionnalité, le degré de séparation acoustique dépendra du caractère plus ou moins diffus du contrôle : il sera plus grand en Irlande (où seuls trois organes sont appelés à l'exercer) qu'aux États-Unis où tout juge, du tribunal de police à la Cour suprême, peut déclarer une loi inconstitutionnelle. En matière de question préjudicielle, le juge ordinaire est le point de départ de la procédure se déroulant devant la juridiction constitutionnelle. Lorsque celui-ci dispose d'une forte marge d'appréciation quant à l'opportunité de saisir le juge constitutionnel, ou lorsqu'il lui est imposé de rechercher, au préalable, une interprétation conforme de la loi⁸⁹, il concourt tout autant que la juridiction constitutionnelle à l'exercice même de la fonction de justice constitutionnelle qui est dévolue à cette dernière.

Ces deux aspects – 1° application ou interprétation directe de la Constitution par des juridictions ordinaires, ou exercice direct de fonctions de justice constitutionnelle ; 2° association, à raison du type de recours, des juridictions ordinaires à la fonction même exercée par le « Tribunal suprême constitutionnel » – sont souvent présents, encore qu'à des degrés divers, au sein des systèmes de justice constitutionnelles. Ils doivent être distingués : un système, tel que la France avant la révision du 23 juillet 2008, fondé uniquement sur une saisine politique, *a priori* de surcroît, n'a jamais tenu les juges ordinaires à l'écart de l'interprétation ou de l'application de la Constitution, même si leur rôle a été accru à la suite de l'introduction de la QPC.

Dès lors que le juge ordinaire participe à la justice constitutionnelle ou interprète et applique la Constitution de son côté, se pose la question de l'autorité du juge constitutionnel, et de l'uniformité de la jurisprudence constitutionnelle. Lech Garlicki a rappelé que « l'existence d'un certain niveau de conflit, ou pour le dire plus doucement, de certaines tensions entre

aurait d'ailleurs pu avoir pour effet fâcheux d'exclure le titre XIV – l'actuel titre XVI, relatif à la révision – du champ de l'exercice de la fonction parlementaire).

⁸⁹ Cette exigence a par exemple été formulée, dans le silence des textes, par la Cour constitutionnelle italienne à l'endroit des juges *a quo* (v. T. SANTOLINI, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », p. 93).

les cours constitue une composante nécessaire de tout système de contrôle de constitutionnalité centralisé⁹⁰. Ce conflit, ou cette « guerre des juges », a trouvé diverses manifestations⁹¹. La Cour de cassation italienne a ainsi pu affirmer que les réserves d'interprétation (ou plutôt leur équivalent fonctionnel, les « décisions interprétatives de rejet ») de la Cour constitutionnelle « n'avaient pas d'effet *erga omnes* »⁹². Si le Conseil d'État⁹³ français, ainsi que, de manière implicite, la Cour de cassation⁹⁴, ont reconnu une autorité aux réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, ils ne s'estiment pas liés par sa jurisprudence constitutionnelle (son interprétation de la Constitution)⁹⁵. Si la tendance va à l'alignement des jurisprudences, surtout de la part du Conseil d'État⁹⁶, il demeure que le Conseil constitutionnel dispose à cet égard d'outils juridiques limités.

Ici encore, l'étude de la combinaison des types de recours s'avère un outil précieux. Si l'on prend le cas de l'Allemagne, on peut noter que d'une part, la Cour constitutionnelle fédérale, saisie d'une question préjudicielle par un juge ordinaire sur le fondement de l'article 100(1) de la Loi fondamentale, contrôle étroitement l'interprétation de la Constitution qui a justifié que le juge *a quo* conclue à l'inconstitutionnalité de la disposition législative contestée ; et d'autre part, le recours constitutionnel

⁹⁰ L. GARLICKI, « Constitutional courts v. supreme courts », p. 63. On passe ici sur la confusion (relevée plus haut, v. I, A) qui affecte la notion de « système de contrôle de constitutionnalité centralisé ». On notera que de telles tensions peuvent également survenir dans un système de contrôle diffus, y compris, comme c'est le cas aux États-Unis, lorsque n'existe pas de cour spécialisée. L'autorité de la Cour suprême en matière constitutionnelle excède celle qui sied habituellement à une cour de cassation, et les cas de résistance des juridictions inférieures ne s'analysent pas aisément comme de simples arrêts de rébellion. Cela est dû à des facteurs non strictement juridiques, comme la politisation du débat constitutionnel (ou la constitutionnalisation du débat politique) outre-Atlantique, que Tocqueville avait déjà relevée.

⁹¹ V. pour un aperçu, V. FERRERES COMELLA, « The Rise of Specialized Constitutional Courts », pp. 273-274 ; W. SADURSKI, *Rights Before Courts A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, pp. 35-43.

⁹² Corte Cass. It., déc. n° 23016, 31 mars 2004.

⁹³ CE, Ass., 20 déc. 1985, *S.A. Etablissements Outters*.

⁹⁴ Cass., Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, où la Cour de cassation reconnaît que « l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire » (reprenant ainsi la formule énoncée par le Conseil constitutionnel lui-même dans sa décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Loi d'orientation agricole*).

⁹⁵ V. l'arrêt *Breisacher* précité de la Cour de cassation où la Cour affirme que les décisions du Conseil constitutionnel « ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil ».

⁹⁶ Un exemple éclairant est l'arrêt *Arcelor* du Conseil d'État (CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique Lorraine*), où la haute juridiction administrative reprend mot pour mot l'interprétation de l'art. 88-1 de la Constitution dégagée par le Conseil constitutionnel (CC, Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*) sans toutefois faire référence à ce dernier, que ce soit dans les visas ou les considérants.

(*Verfassungsbeschwerde*), lorsqu'il est exercé contre une décision de justice, est un puissant facteur d'uniformisation de l'interprétation constitutionnelle à l'endroit des juges ordinaires, y compris des Cours suprêmes – puisqu'il a pour effet, lorsqu'il est couronné de succès, de casser leurs arrêts. La combinaison possible du mécanisme du renvoi préjudiciel et du recours individuel lorsqu'est porté un recours direct devant le juge constitutionnel dirigé – une fois les voies de recours classiques épuisées – contre le refus, par le juge ordinaire, de transmission d'une question préjudicielle est un outil particulièrement puissant de contrôle du juge constitutionnel sur l'activité constitutionnelle des juridictions ordinaires⁹⁷. Tout en notant qu'existent des tensions résiduelles entre la Cour constitutionnelle fédérale et les cours suprêmes, Lech Garlicki souligne ainsi que « les cas où [les juges ordinaires] ont ouvertement refusé de suivre la Cour constitutionnelle [fédérale] sont exceptionnels et que la Cour allemande est – contrairement à d'autres pays – adéquatement équipée pour imposer ses vues aux autres juridictions »⁹⁸.

Prendre en compte la participation du juge ordinaire à la justice constitutionnelle ou à l'interprétation de la Constitution et les conflits qui peuvent en résulter avec les Cours constitutionnelles permet d'échapper au schématisme de la bipolarisation (confuse) « modèle diffus/modèle concentré ». Le succès de la modélisation proviendra de la prise en compte de plusieurs éléments : application/interprétation (ou non) de la Constitution par le juge ordinaire ; exercice (ou non) de fonctions spécifiques de justice constitutionnelle par le juge ordinaire (contrôle de constitutionnalité des actes administratifs ; théorie de l'abrogation implicite des lois antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution, etc.) ; concours (ou non) du juge ordinaire à l'exercice de la fonction du juge constitutionnel (selon le type de recours) ; outils juridiques (ou non) confiés au juge constitutionnel pour asseoir l'autorité de sa jurisprudence.

2. *Les relations entre le juge constitutionnel et les organes politiques*

On s'intéressera pour finir aux relations entre le juge constitutionnel et les organes politiques – principalement, mais pas uniquement, les Parlements. C'est ici qu'il convient d'envisager une autre modélisation

⁹⁷ On sait que la QPC en France ne connaît rien d'équivalent, même si des projets tendant à faire participer activement le Conseil constitutionnel à la fonction de filtrage ont pu être évoqués. Comme le note Ariane Vidal-Naquet, « la possibilité de réintroduire le Conseil constitutionnel dans la fonction de filtrage proprement dite paraît pour l'instant juridiquement difficile et politiquement hasardeuse. Son rôle est, pour l'heure, limité s'agissant des décisions de renvoi, inexistant s'agissant des décisions de non-renvoi » (A. VIDAL-NAQUET, « Le rôle du du Conseil constitutionnel français », *AJJC*, 27, 2011, p. 53).

⁹⁸ L. GARLICKI, « Constitutional courts v. supreme courts », p. 53.

devenue courante en droit constitutionnel comparé, relative avant tout au contentieux substantiel – c'est-à-dire au contentieux des droits constitutionnellement garantis : la tripartition du constitutionnalisme juridique, du constitutionnalisme politique, et de la troisième voie (*weak form judicial review*)⁹⁹. Cette modélisation est, en principe, complètement alternative¹⁰⁰ à celle qui oppose le modèle américain et le modèle kelsénien, puisque l'un comme l'autre peuvent être rangés sous la bannière du constitutionnalisme juridique¹⁰¹.

L'une des manières d'envisager cette nouvelle modélisation consiste à la rapporter avant tout à l'effet des décisions de justice constitutionnelle, et à la question de leur dernier mot. Stephen Gardbaum est prompt à rappeler que l'absence de dernier mot n'est qu'un aspect du nouveau modèle – l'autre aspect étant la tâche qui est confiée aux organes politiques de vérifier préventivement la constitutionnalité des normes qu'ils sont en voie d'adopter¹⁰². Cependant, c'est le critère du dernier mot qui semble déterminant pour la plupart des auteurs.

Ici, il est patent que, du point de vue du dernier mot, il n'y a que peu de différences entre le « modèle américain » et les « modèles européens » : tous permettent – du moins c'est ce qu'il semble – au juge d'avoir en quelque sorte

⁹⁹ L'opposition entre constitutionnalisme politique et juridique a trouvé une formulation théorique classique sous la plume de John Griffith (J. A. G. GRIFFITH, « The Political Constitution », *Modern Law Review*, 42, 1979). Les troisièmes voies font l'objet de travaux nombreux dans la doctrine contemporaine : v. parmi de nombreux exemples, R. DIXON, « Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism », *Oxford Journal of Legal Studies*, 32, 2012 ; S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 ; M. TUSHNET, « Dialogic Judicial Review », *Arkansas Law Review*, vol. 61, 2008 ; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, pp. 18-76 ; F. DURANTI, « New Models of Constitutional Review », *Comparative Law Review*, 5, 2015 (disponible sur <http://www.comparativelawreview.unipg.it/index.php/comparative/article/view/21/19>). Pour une présentation très complète en français, on renvoie à M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 7, 2015, spéc. pp. 195-206.

¹⁰⁰ V. là-dessus M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », pp. 190-192.

¹⁰¹ Stephen Gardbaum note ainsi : « Il ne fait pas de doute que le contenu des droits fondamentaux protégés et la forme du contrôle de constitutionnalité adoptée en Europe occidentale après 1945 (...) diffèrent de manière bien connue de la situation américaine. Nonobstant ces différences importantes (...) ils constituent des variations au sein, et non à partir, du modèle américain de suprématie constitutionnelle ou judiciaire dont ils partagent les traits structurels essentiels » (S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, p. 6).

¹⁰² Comme le rappelle cependant M. Altwegg-Boussac, on trouve des procédures similaires dans de nombreux autres pays, à commencer par la France (M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », p. 202).

le dernier mot¹⁰³, en ce qu'il annule, abroge ou rend inapplicable de manière permanente la disposition déclarée inconstitutionnelle¹⁰⁴. Les modèles de la troisième voie reposent sur des déclarations d'inconstitutionnalité non nécessairement dotées d'effet contraignant. Parmi les mécanismes mis en place, on songe au célèbre article 33 (« *notwithstanding clause* ») de la Charte canadienne des droits et libertés, qui permet au législateur de déroger expressément à certaines dispositions de la Charte, de manière à neutraliser une décision d'inconstitutionnalité ; ou encore à la possibilité ouverte par l'article 4 du *Human Rights Act* de 1998 à un certain nombre de juridictions britanniques d'émettre des déclarations d'incompatibilité qui n'affectent pas la validité ni l'applicabilité des dispositions législatives en question.

Les différents systèmes de « *weak-form judicial review* » ne sont généralement pas pris en compte par les partisans des modèles traditionnels. À s'en tenir aux critères habituels, il s'en faut en effet de peu pour que l'on classe les systèmes juridiques ayant adopté la « troisième voie » (les systèmes composant le Royaume-Uni, le Canada, la Nouvelle-Zélande, et trois États australiens) dans le modèle « américain » (contrôle diffus, par voie d'exception, etc.). Or, ce que les travaux sur le *weak form judicial review* montrent, c'est naturellement la différence de taille qui sépare ces systèmes du modèle américain. Il faut donc prendre en compte le critère du « dernier mot » dans l'élaboration des modèles de justice constitutionnelle que l'on souhaite construire.

Cependant, la notion de dernier mot est elle-même ambiguë¹⁰⁵. Il y a en effet trois facteurs susceptibles de dénier le « dernier mot » aux juridictions constitutionnelles : 1° la possibilité pour la loi ordinaire de renverser une décision (ou une déclaration) d'inconstitutionnalité ; 2° la possibilité pour la loi constitutionnelle de renverser une telle décision (théorie de « l'aiguilleur » de Charles Eisenmann ou théorie du « lit de justice » chère au doyen Vedel) ; 3° l'impossibilité pour le juge de contrôler les lois de révision. Pour le dire autrement, le caractère contraignant d'une décision

¹⁰³ Une exception est le Portugal, où l'article 279 C prévoit qu'un vote à la majorité des deux tiers des députés de l'Assemblée de la République peut surmonter la déclaration d'inconstitutionnalité a priori de la Cour constitutionnelle. Cette exception est limitée au contrôle préventif.

¹⁰⁴ Comme l'écrit P. Passaglia : « Le dernier mot du juge constitutionnel à l'égard du litige ou de la question spécifique est une règle qui ne connaît presque pas d'exceptions » (P. PASSAGLIA, « La réception des décisions des juridictions constitutionnelles par les pouvoirs constitués », *AJIC*, 27, 2011, p. 616).

¹⁰⁵ Elle a été soumise à une critique serrée par M. Altwegg-Boussac, critique à laquelle les développements qui suivent doivent beaucoup (M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », pp. 203-206).

d'une juridiction constitutionnelle dépendra souvent du degré de rigidité de la Constitution¹⁰⁶.

Les théories du « *weak form judicial review* » s'en tiennent généralement au premier facteur, celui du renversement parlementaire. Mais l'une des raisons pour lesquelles ces systèmes ont pu être mis en place tient avant tout au faible degré de rigidité constitutionnelle des systèmes juridiques. Les systèmes juridiques ayant adopté la troisième voie possèdent généralement des constitutions souples ou faiblement rigides, ce qui explique que la possibilité 1° soit mise en œuvre : si une simple loi ordinaire est suffisante pour réviser la Constitution, alors *a fortiori* l'est-elle pour renverser une interprétation jurisprudentielle de la Constitution. Le cas canadien constitue cependant une exception, puisque le Canada combine une grande rigidité constitutionnelle¹⁰⁷ et, comme on l'a vu, un certain type de « *weak form judicial review* ». Ceci explique peut-être que la « *notwithstanding clause* » de l'article 33 de la Charte n'ait finalement été que rarement mise en œuvre¹⁰⁸.

Dans les systèmes à Constitution rigide, une telle « troisième voie » serait beaucoup plus difficile à mettre en œuvre. Ainsi, la Cour suprême américaine a quasiment toujours le dernier mot¹⁰⁹ : non seulement, le

¹⁰⁶ Comme le note P. Cruz Villazon, « la probabilité ou non d'une activation du pouvoir de révision est bien l'un des critères qui aident à situer la juridiction constitutionnelle dans l'ensemble du système constitutionnel » (P. CRUZ VILLAZON, « Juge constitutionnel et fonctions de l'État », in C. GREWE et al. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 178).

¹⁰⁷ La V^e partie du *Constitution Act* de 1982 prévoit une procédure d'amendement extrêmement contraignante. Il faut, pour que l'amendement soit valide, une résolution des deux chambres fédérales ainsi qu'une résolution des assemblées législatives des deux tiers des provinces réunissant, selon le dernier recensement, au moins la moitié de la population totale (art. 38 (1)). Mais les règles de révision sont fort complexes et diffèrent selon les matières : dans certains cas (amendements relatifs à la Couronne, à la composition de la Cour suprême, aux langues officielles, à la procédure de révision elle-même), le consentement des deux chambres fédérales et de la *totalité* des provinces est requis (art. 44).

¹⁰⁸ V. sur ce point, M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », p. 203. M. Tushnet note d'ailleurs qu'il s'agit de la variante la plus forte de la forme faible de contrôle de constitutionnalité (« *the strongest of the weak-form mechanism* »), dès lors que l'effet de la décision de la Cour suprême canadienne est, tant que le législateur n'a pas fait valoir la *notwithstanding clause*, proche de celui d'une décision de la Cour suprême américaine (M. TUSHNET, « The Rise of Weak-Form Judicial Review », in T. GINSBURG et R. DIXON (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2011, p. 325).

¹⁰⁹ Du moins en droit. Il arrive que le Congrès passe outre et que la Cour laisse faire. V. p. ex. la pratique des véto législatifs des actes de l'exécutif, qui s'est poursuivie sous une forme ou sous une autre, bien après que la Cour suprême a déclaré cette pratique inconstitutionnelle dans *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983). (Cet exemple est discuté par S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, p. 27). La différence avec les modèles de la troisième voie vient de ce qu'il s'agit ici d'une violation du droit par le Congrès, avec l'absolution tacite de la Cour suprême, et non d'une possibilité juridiquement ouverte au législateur.

Congrès ne peut pas surmonter une décision de la Cour suprême (facteur 1° neutralisé), mais la procédure de révision de la Constitution est tellement lourde que la probabilité d'un amendement venant renverser une jurisprudence de la Cour paraît faible (facteur 2° neutralisé). Il ne s'est rencontré aux États-Unis que quatre « lits de justice » en 228 ans¹¹⁰. Il arrive cependant souvent que le législateur « ordinaire » cherche à contrecarrer une jurisprudence de la Cour suprême¹¹¹, mais la résolution du conflit – potentiellement permanent, le juge venant censurer la loi visant à le contrecarrer et ainsi de suite – au profit du législateur proviendra de la retenue du juge et non de la mise en œuvre d'outils spécifiquement juridiques¹¹².

Le critère du dernier mot permet également de mesurer les différences qui affectent l'office du juge dans les systèmes européens. En France, si une loi ordinaire ne peut, en raison de l'article 62 de la Constitution, « renverser » une décision de justice constitutionnelle (le facteur 1° est donc neutralisé), le Constituant le peut, et il n'a pas manqué de le faire, notamment en 1993¹¹³ et en 1999¹¹⁴ (le facteur 2° est donc opérant). En revanche, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler

¹¹⁰ Ce sont les suivants : le XI^e Amendement sur l'immunité souveraine des États fédérés renversant l'arrêt *Chisolm v. Georgia*, 2 US 419, 1793 ; le XVI^e Amendement sur la méthode de collection de l'impôt sur le revenu, renversant l'arrêt *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*, 157 U.S. 429, 1895 ; le XIX^e Amendement ouvrant le droit de vote aux femmes renversant l'arrêt *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 (1875) ; le XXVI^e Amendement sur le droit de vote à 18 ans, adopté pour surmonter *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

¹¹¹ V. pour une bonne analyse des conflits entre le Congrès et la Cour suprême sous la présidence de Warren Burger, J. SCHMIDHAUSER, « Judicial Activism and Congressional Responses in the United States », in C. LANDFRIED (dir.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden Baden, Nomos-Verlagsgesellschaft, 1988, p. 46 et s.

¹¹² En 1993, le Congrès américain a adopté le *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), visant à généraliser les exemptions pour motifs religieux et à contrecarrer la jurisprudence restrictive de la Cour suprême en la matière, en particulier l'arrêt *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 1990. Dans l'arrêt *City of Boerne v. Flores* précité, la Cour a déclaré le RFRA contraire à la Constitution en tant qu'il était appliqué aux États et ne respectait pas la répartition constitutionnelle des compétences entre l'État fédéral et les États fédérés. La Cour a néanmoins déclaré le RFRA conforme à la Constitution en tant qu'il est appliqué aux pouvoirs publics fédéraux. Rien ne l'empêchait, *en droit du moins*, de déclarer le RFRA en son entier inconstitutionnel – sur le fondement de la violation du Premier amendement par exemple. Dans son opinion concordante sur *City of Boerne v. Flores*, le juge Stevens a d'ailleurs regretté que la Cour ait fait preuve d'une telle retenue (521 U.S. 507 (1997), 536-537).

¹¹³ CC, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, suivie par la Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile.

¹¹⁴ CC, Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux* suivie par la Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes.

les lois constitutionnelles¹¹⁵ (le facteur 3^o est également opérant). Par contraste, les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale peuvent certes être renversées par une intervention du pouvoir constituant, mais la Cour s'est estimée compétente pour contrôler, sur le fondement de l'article 79 (3) de la Loi fondamentale, les lois de révision, dans des limites certes strictement encadrées¹¹⁶.

On obtient ainsi une vision du « dernier mot » beaucoup plus nuancée que ce qu'avancent généralement les théories du *weak form judicial review*¹¹⁷. Elle permet en premier lieu d'attirer au sein d'une modélisation de la justice constitutionnelle des systèmes juridiques qui n'étaient que rarement pris en compte auparavant – tel le Royaume-Uni, réputé n'avoir pas de contrôle de constitutionnalité des lois en raison du double cliché de la souveraineté du Parlement d'une part et de l'impossibilité de la justice constitutionnelle dans un système de constitution non rigide d'autre part. Elle permet en second lieu d'apporter une grille de lecture nouvelle des systèmes de justice constitutionnelle déjà largement pris en considération par les modèles traditionnels.

CONCLUSION

Le propos développé ici a avant tout valeur de programme. Il n'a pas été question de bâtir de nouveaux modèles de justice constitutionnelle, tâche qui nécessitera une étude beaucoup plus approfondie, mais uniquement de dégager certains paramètres pertinents pour une nouvelle modélisation.

Cette dernière a un prix. Elle invite à renoncer à un point de vue par trop organique sur la justice constitutionnelle et à mettre en doute la pertinence de la distinction entre modèle américain et modèle européen. Il apparaît en effet que le seul critère de démarcation entre les systèmes appartenant à l'un ou à l'autre modèle est purement organique – c'est le critère de la spécialisation – et que son importance est en réalité faible, quelles que soient les raisons historiques qui aient amené les diverses Constitutions à choisir pour l'une ou l'autre solution. Il y a certes de nombreuses différences entre la Cour suprême américaine et la Cour

¹¹⁵ CC, Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*.

¹¹⁶ V. l'évolution de la Cour entre ses jurisprudences BVerfGE 30, 1 (1970) et BVerfGE 104, 279 (2004). On renvoie là-dessus à l'analyse d'O. LEPSIUS, « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *NCCC*, 27, 2010.

¹¹⁷ S. Gardbaum admet néanmoins que les révisions constitutionnelles puissent s'interpréter comme privant les juridictions constitutionnelles du dernier mot (S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, p. 31).

constitutionnelle fédérale allemande, mais ces différences sont surévaluées par les modèles traditionnels aux dépens de ressemblances peut-être plus profondes.

Plutôt que de s'interroger sur le caractère ordinaire ou spécialisé de l'organe, il convient donc de porter l'analyse sur les types de recours devant le juge constitutionnel. Le choix d'un recours ou d'une combinaison de recours traduit une certaine conception du rôle du juge constitutionnel, qui se manifeste à divers degrés dans ses relations avec les juridictions ordinaires d'une part et les organes politiques de l'autre. Une modélisation adéquate de la justice constitutionnelle, y compris dans ses aspects contentieux et processuels, implique la prise en compte de la position que le juge constitutionnel occupe au sein du système juridique et de l'édifice constitutionnel.

Ce que révèle une étude des principaux systèmes de justice constitutionnelle est que les arrangements institutionnels déterminant la place du juge constitutionnel diffèrent grandement selon le type de recours disponible, selon le degré de « séparation acoustique » qui existe entre le juge constitutionnel et les juridictions ordinaires et selon les diverses manières dont le juge peut avoir le « dernier mot » face aux organes politiques. Ce constat met en évidence des conceptions et des manifestations de l'office du juge constitutionnel qui diffèrent considérablement d'un pays à l'autre. Si, par cette voie, le droit constitutionnel comparé permet de nuancer les vues très binaires sur la légitimité du juge constitutionnel que l'on trouve parfois tant en doctrine que chez les théoriciens, il aura apporté une preuve supplémentaire de son utilité.

