

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*UNE MODELISATION ALTERNATIVE DES SYSTEMES DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE :  
ENJEUX ET DIFFICULTES*

MATHIEU CARPENTIER

Référence de publication : Carpentier, Mathieu (2019) Une modélisation alternative des  
modèles de justice constitutionnelle : enjeux et difficultés. Revue française de droit  
constitutionnel (RFDC) (n° 120). p. 843-864.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)



# UNE MODELISATION ALTERNATIVE DES SYSTEMES DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE : ENJEUX ET DIFFICULTES<sup>1</sup>

Lorsqu'on aborde la partie du cours de droit constitutionnel consacrée à la justice constitutionnelle, il est de coutume de présenter aux étudiants l'existence de deux modèles : un modèle américain, reposant sur le juge ordinaire, et un modèle européen, qui confie le contentieux constitutionnel à une juridiction spécialisée. Cette opposition est alors raffinée autour d'une série de critères de démarcation (contrôle diffus/ concentré, par voie d'action ou d'exception, abstrait/concret etc.) ; l'enseignant le plus sophistiqué mentionnera également l'existence de systèmes hybrides, tels le Portugal, qui combinent cour constitutionnelle spécialisée, et exception d'inconstitutionnalité devant le juge ordinaire.

Si l'utilité pédagogique de cette distinction n'est pas douteuse, son caractère scientifique mérite d'être interrogé. De fait, cette remise en cause est désormais un *topos* de la littérature<sup>2</sup>. Il semble bien qu'il faille rendre les armes et renoncer aux modèles de justice constitutionnelle. Au pire, il s'agit d'une mystification idéologique, la thèse des modèles ayant servi à un segment de la doctrine française à installer l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel serait une véritable cour constitutionnelle, se rattachant à un grand modèle ; au mieux il s'agit d'une regrettable impasse scientifique, en raison des nombreux cas d'hybridation et surtout de

---

<sup>1</sup> L'auteur souhaiterait remercier Otto Pfersmann et Xavier Magnon pour la critique serrée à laquelle ils ont soumis une version antérieure de cet article lors de sa présentation au colloque QSQ7. Il souhaite également adresser des remerciements particuliers à Wanda Mastor et à Stéphane Mouton, pour les innombrables discussions, en lien ou non avec l'objet de cet article, qui ont considérablement fait progresser sa réflexion.

<sup>2</sup> Dans la littérature récente, on renvoie notamment à 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 *Mouvements 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 ; O. Pfersmann, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », in *Mélanges Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; G. Tusseau, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, Bologne, Bononia University Press, 2009 ; O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, vol. II, 2009 ; C. Roynier, « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politeia*, n° 26, 2014 ; W. Mastor et Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 7-28 ; M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », *RIDC*, 68, 2016

l'inopérance des distinctions (par exemple un contrôle « abstrait » existe aux États-Unis et un contrôle « par voie d'exception » en Europe).

Il est cependant possible de défendre l'entreprise de modélisation en droit comparé contre les arguments qui concluent à sa stérilité. Pour être viable, une telle entreprise doit cependant se fonder sur d'autres critères de modélisation que ceux généralement mis en œuvre par la doctrine traditionnelle. On trouve d'ailleurs dans la littérature sur la justice constitutionnelle toute une série de critères alternatifs : le contrôle concret vs. abstrait (M. Fromont<sup>3</sup>) ; le contrôle de la loi vs. la protection des droits fondamentaux (F. Rubio Llorente<sup>4</sup>) ; le contrôle de la loi vs. le contrôle de l'application de la loi (F. Fernandez Segado<sup>5</sup>) ; la structure des conflits de normes (O. Pfersmann<sup>6</sup>) ; le droit écrit vs. le droit non écrit (C. Roynier<sup>7</sup>)... Le problème avec certaines de ces modélisations alternatives est qu'un même système constitutionnel peut satisfaire plusieurs des critères présentés comme mutuellement exclusifs. De surcroît toute tentative de modélisation d'un phénomène quelconque est mise au défi de justifier la pertinence des critères retenus : pourquoi tel trait, telle similitude ou telle différence sont-ils pertinents eu égard à la nature de l'objet étudié ? Cet obstacle est redoublé en droit constitutionnel comparé, dans la mesure où, bien souvent, des ressemblances superficielles peuvent s'y avérer trompeuses : ainsi la question du rôle que doivent jouer, au sein de la modélisation, les éléments tirés de la pratique institutionnelle, des conventions de la Constitution etc. n'est pas tout à fait résolue. Deux cours constitutionnelles dont les compétences sont similairement définies par le texte constitutionnel du système auquel elles appartiennent pourront en pratique différer dans leur opération concrète, et cette différence pourra, le cas échéant, justifier qu'on les rattache à l'un ou l'autre des modèles élaborés.

Dans ces conditions, il peut paraître hasardeux de prétendre bâtir de nouveaux modèles de justice constitutionnelle. C'est pourquoi on tentera avant tout de donner quelques pistes pour une modélisation alternative en pointant certains traits dont la pertinence n'a pas été retenue par les modèles classiques. Après avoir, dans un premier temps, essayé de lever quelques ambiguïtés sur ce que l'on doit entendre par modèle en général et modèle de justice constitutionnelle en particulier, j'essaierai dans un second temps, de montrer que le « dernier mot » (ou son absence) de la cour constitutionnelle est un trait pertinent pour l'appréhension

---

<sup>3</sup> M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1993, p. 41-43 ; M. Fromont, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, p. 108.

<sup>4</sup> F. Rubio Llorente, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *AIJC*, 4, 1988, p. 16-25.

<sup>5</sup> F. Fernandez Segado, « La faillite de la bipolarité "modèle américain-modèle européen"... », p. 1111-1116.

<sup>6</sup> O. Pfersmann, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques... », p. 1161-1167.

<sup>7</sup> C. Roynier, « Penser la justice constitutionnelle », p. 167-171.

comparatiste de la justice constitutionnelle, tout en soulignant les difficultés qu'une telle entreprise peut soulever.

## ***I – LA MODÉLISATION EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ***

### *A – Sur la notion de modèle*

Il y a deux sens de « modèle » qu'il faut bien se garder de confondre. Il y a tout d'abord l'acception mimétique du modèle : le modèle est ce que l'on prend pour modèle, c'est-à-dire, ce que l'on imite, où ce dont on s'inspire pour faire telle ou telle chose. Il y a ensuite une notion de modèle comme construction intellectuelle : un modèle est une représentation simplifiée d'un phénomène, permettant de ramener le divers de l'expérience sous un ou plusieurs schémas descriptifs ou explicatifs. Le modèle ainsi entendu se rapproche du concept wébérien d'idéal-type.

Il faut bien se garder de confondre ces deux notions, car de ce que l'on prend quelque chose pour modèle il ne résulte pas qu'existe de cette chose un modèle au sens idéal-typique. Ainsi, on lit parfois que des États comme la Suisse et la Grèce ont, dans une certaine mesure, adopté le « modèle américain de justice constitutionnelle ». Ceci est trompeur. Certes, la Suisse a certes pris pour modèle dans une certaine mesure le *system*<sup>8 e8</sup> américain de justice constitutionnelle, mais cela ne veut nullement dire qu'il faille bâtir un modèle américain de justice constitutionnelle, c'est-à-dire une construction intellectuellement heuristique et scientifiquement cohérente qui permette de faire sens tout à la fois du système américain et du système suisse, par exemple. Tout dépend, pour ce faire, des critères de modélisation que l'on estime pertinents, ou si l'on préfère, du *tertium comparationis* que l'on retient. Le choix de tels critères doit nécessairement reposer sur une *hypothèse de pertinence*, c'est-à-dire l'hypothèse selon laquelle, au regard des intuitions que l'on a de la nature ou de la fonction de l'objet étudié, tel ou tel aspect de ce dernier doit être pris en compte et fournir une base à la comparaison. Ainsi s'il s'agit uniquement d'affirmer que le Tribunal fédéral suisse n'est pas spécialisé dans la justice constitutionnelle, mais est le juge de cassation de droit commun, on peut certes trouver

---

<sup>8</sup> Pour une distinction des notions de système et de modèle, on renvoie à M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles"... », p. 183-184.

des similitudes frappantes avec la Cour suprême américaine ; mais on constate assez rapidement que le contrôle n'est pas diffus, et que le Tribunal fédéral exerce de ce point de vue un monopole sur le contentieux constitutionnel : un tel constat doit amener à réviser l'hypothèse de pertinence qui a permis de ranger ces deux systèmes au sein du même modèle.

Distinguer le modèle au sens mimétique et le modèle au sens idéaltypique permet ainsi d'éviter de tomber dans deux travers également dirimants. En premier lieu cette distinction nous prémunit ce que Guillaume Tusseau a appelé l'illusion platonicienne, à savoir le postulat selon lequel existent à l'état nouménal des modèles de justice constitutionnelle que les systèmes juridiques particuliers viennent réaliser phénoménalement. Un modèle n'est pas une essence « déjà là », prête à l'usage mimétique. Il s'agit d'une construction qui est effectuée, *a posteriori*, par une démarche dogmatique ou scientifique. Certes, rien n'interdit aux rédacteurs d'une constitution de s'inspirer des idéaux-types bâtis par la doctrine. Mais ce ne sont alors plus les systèmes juridiques modélisés qui servent de modèle au sens mimétique, mais bien les idéaux-types eux-mêmes. De ce point de vue l'invocation par les rédacteurs d'une Constitution des idéaux-types doctrinaux est une arme à double tranchant dans la mesure où ces derniers sont souvent controversés. En tout état de cause, le but principal – mais non unique – de la construction de modèles en droit comparé est d'ordre scientifique ; on ne saurait en attendre des outils clé-en-main pour une ingénierie constitutionnelle en panne d'inspiration.

En second lieu la distinction du sens mimétique et idéal-typique permet de se prémunir de ce que l'on pourrait appeler l'illusion généalogique. Il est tentant de rapprocher la modélisation en droit comparé de l'entreprise macrocomparatiste de classification des droits en familles<sup>9</sup>. Cette dernière, pour regrouper des systèmes juridiques au sein d'une même famille, se fonde principalement sur un développement historique à partir d'une source commune et fait de greffes juridiques et de fertilisations croisées. En dépit de tentatives récentes, et parfois

---

<sup>9</sup> Voir là-dessus C. Roynier, « Penser la justice constitutionnelle... », p. 162-167 ; G. Tusseau, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Remarques critiques sur un dogme explicatif du droit processuel constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. VII, 2015.

convaincantes, de sauvetage<sup>10</sup>, la viabilité scientifique d'une telle entreprise ne semble pas pleinement démontrée. Surtout, on aurait tort de concevoir la modélisation des systèmes de justice constitutionnelle à l'aune d'une telle démarche généalogique. Il y a à cela plusieurs raisons. La première est que le développement de la justice constitutionnelle est un phénomène relativement récent ; c'est un ajout artificiel auquel il est procédé à la faveur du développement contemporain du constitutionnalisme juridique, et qui s'avère de ce fait indifférent à l'identité profonde du système juridique auquel elle vient se greffer. Ainsi, alors que deux pays tels que le Royaume-Uni et les États-Unis sont traditionnellement rattachés à la famille des droits de *common law*, il fait peu de doute que leurs systèmes respectifs de justice constitutionnelle diffèrent radicalement : l'appartenance (putative ou réelle) de deux systèmes juridiques à une famille commune est sans incidence sur la structuration de leur appareil de justice constitutionnelle.

Une seconde raison est que le caractère construit des modèles idéaltypique repose sur une relation analogique et non généalogique. L'entreprise de modélisation vise à regrouper certains traits au sein d'un idéaltype eu égard à une hypothèse de pertinence. Ces traits peuvent être partagés pour des raisons fortuites, ou en tout cas pour des raisons qui ne tiennent pas à un développement historique sédimenté à partir d'une source commune. On affirmera ainsi que le recours d'*amparo* en Espagne et dans certains États d'Amérique centrale et du sud présente des similitudes suffisamment frappantes avec les *Verfassungsbeschwerden* allemand ou autrichien pour que, selon l'hypothèse de pertinence considérée, on les regroupe au sein du même modèle, alors même que les traditions juridiques considérées sont très différentes. Ceci s'explique par le fait que la classification des familles de droit répond à une double échelle macrocomparatiste : une échelle géographique (classer l'ensemble des systèmes juridiques au monde) et une échelle juridique (classer des droits pris dans leur globalité, et non telle ou telle branche du droit)<sup>11</sup>. Au contraire, la modélisation se situe bien dans une démarche macrocomparatiste en ce qui

---

<sup>10</sup> V. par exemple U. Mattei, « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997 ; J. Husa, « Classifications of Legal Families Today: Is it Time of a Memorial Hymn? », *RIDC*, 56, 2004 ; E. Örucu, « Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach », in M. van Hoecke (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004. Diverses notions ont par ailleurs été envisagées pour remplacer celle de « famille » de droits : ainsi par exemple des notions de « tradition juridique » (v. H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2004 ; T. Rambaud, *Introduction au droit comparé : les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, Puf, 2014), ou encore de « culture juridique » (v. J. Bell, « Comparative Law and Legal Theory », in W. Krawietz, N. McCormick et G. H. von Wright (dir.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994 ; M. van Hoecke et M. Warrington, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 47, 1998).

<sup>11</sup> Le tropisme civiliste des théoriciens des familles de droit classiques a cependant été souligné par de nombreux auteurs.

concerne l'échelle géographique – encore qu'elle ne prétende pas à l'exhaustivité, v. *infra* –, mais il n'en va pas de même de l'échelle juridique puisqu'elle ne s'intéresse qu'à un aspect précis des systèmes juridiques modélisés.

La troisième raison est que contrairement à l'élaboration des familles de droit, la modélisation ne se donne pas pour tâche une classification exhaustive des systèmes de justice constitutionnelle. On peut parfois lire que dans une bonne modélisation, les modèles doivent être mutuellement exclusifs et conjointement exhaustifs<sup>12</sup>. Or comme cela a déjà été remarqué<sup>13</sup>, le modèle n'a pas pour fonction première de classer, mais uniquement de sélectionner, de manière plus ou moins arbitraire, des propriétés pertinentes permettant de faire sens d'un ou de plusieurs phénomènes. Ce qui distingue la modélisation de la classification est double. D'une part la modélisation ne vise pas à l'exhaustivité : la visée n'est pas taxinomique. L'existence de cas de figure n'entrant pas dans un des modèles obtenus n'est pas problématique : ainsi, à supposer que les modèles européen et américain soient des constructions intellectuelles viables (ce qui n'est pas certain), l'existence de systèmes *sui generis* tel que le système grec par exemple, n'est pas de nature à remettre, en soi, la pertinence des modèles. Au regard des paramètres de modélisation et de l'hypothèse de pertinence retenus, le cas grec paraîtra un *hapax* un peu négligeable, et n'enlèvera rien à la pertinence de la modélisation obtenue pour décrire un grand nombre d'autres cas de figure. D'autre part, un modèle est susceptible de degrés, de variations, ou d'approximations à partir, précisément, d'un idéal type. Un élément peut être décrit comme appartenant à un certain modèle, mais à un degré moindre que tel autre. Ainsi, on pourrait tout à fait soutenir que le Conseil constitutionnel appartient au modèle européen de justice constitutionnelle, mais à un degré moindre que par exemple la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Tout repose, pour formuler une telle appréciation, sur le paramètre de modélisation pertinent, ce sous l'angle de quoi on compare les systèmes juridiques.

En définitive, cependant, le principal obstacle qui se pose à toute tentative de modélisation est qu'elle repose sur des critères dont elle doit démontrer la pertinence. C'est ce qu'on a appelé l'hypothèse de pertinence. Or pour évaluer la pertinence de telle ou telle différence ou similitude, on ne peut que s'en remettre à ses intuitions sur ce qu'est la justice constitutionnelle et sur la fonction spécifique qui lui est assignée. C'est ce problème qui va nous occuper dans un second temps.

---

<sup>12</sup> G. Tusseau, « Sur le métalangage du comparatiste », *Revus*, 21, 2003.

<sup>13</sup> M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 192 ; V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 325-338 ; M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles"... », p. 184-185.



## B – QUE MODÉLISER ?

Tant les promoteurs des modèles classiques de justice constitutionnelle que leurs critiques aujourd'hui sont sujets au même travers : prendre pour argent comptant des critères de modélisation pourtant relativement confus, que ce soit pour en déduire des modèles purs (américain/kelsénien) ou au contraire pour en dénoncer l'inopérance. Comme on a tenté de le montrer, ces critères ne sont pas scientifiquement satisfaisants, c'est pourquoi la question de savoir *ce que l'on cherche au juste à modéliser* mérite d'être posée.

La première critique que l'on peut adresser à la thèse classique des modèles est qu'elle s'en tient à un point de vue excessivement organique<sup>14</sup>. Ce que l'on cherche à modéliser, ce sont des cours, des juridictions, des organes. Il en résulte la confusion de nombreux critères de modélisation entre eux. Par exemple on confond le caractère spécialisé ou non de l'organe (juge ordinaire c/ juge constitutionnel) et le caractère diffus ou concentré de son contrôle ; et si on les distingue du moins l'on considère que cela va de pair. L'exemple portugais, et, à l'inverse l'exemple suisse, ou, dans une certaine mesure, irlandais voire canadien<sup>15</sup>, montrent que ces deux critères ne sont pas identiques. Ici, les critiques des modèles traditionnels voient dans l'hybridation un constat d'échec de la modélisation. En réalité, il suffit de renoncer à l'un des paramètres de la modélisation. On pourrait procéder ainsi pour les autres critères. De fait, il apparaît que la seule vraie différence entre le système américain et les systèmes européens est l'existence ou non d'un organe spécialisé. Mais même là, on s'aperçoit qu'un tel critère de modélisation est trop grossier. Prenez la Cour suprême mexicaine, qui est, pour les litiges de droit commun, l'équivalent fonctionnel de la cour suprême américaine ; lorsque cette cour est saisie d'un recours d'*amparo*, contre une décision judiciaire par exemple, voire d'un *amparo contra leyes*, on s'aperçoit que, tout ordinaire que soit le juge, il ne s'en comporte pas moins comme une cour constitutionnelle. Ainsi, les moyens invocables devant elle sont restreints aux moyens d'inconstitutionnalité, ce qui rend impossible une stratégie d'évitement de la question constitutionnelle (telle que par exemple aux États-Unis, la quatrième « règle » élaborée par le juge Brandeis dans son opinion concordante sur l'arrêt *Ashwander*<sup>16</sup>, qui indique que lorsque le litige peut être résolu par d'autres moyens, le juge doit se garder d'examiner la

---

<sup>14</sup> Ce travers a également été dénoncé par O. Pfersmann, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques... », p. 1155-1161.

<sup>15</sup> L'Irlande et le Canada associent à un système « de type américain » de justice constitutionnelle certains traits des systèmes « de type européen », en particulier la saisine politique *a priori* par le chef de l'État (ou au Canada son représentant) : v. Constitution irlandaise, art. 26 et, pour le Canada, le *Supreme Court Act*, 1985, art. 53.

<sup>16</sup> *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936).

constitutionnalité de la loi). De la même manière, il arrive qu'une chambre spécialisée de la plus haute juridiction ordinaire concentre le contentieux constitutionnel (la Sala Constitucional au Paraguay ou au Costa Rica par exemple), et se comporte de fait, comme une cour constitutionnelle, en particulier lorsque cette compétence n'est pas susceptible d'être exercée par la Cour suprême réunie en formation plénière<sup>17</sup>.

Ensuite, c'est un constat largement partagé que la notion de modèle européen repose sur une simplification, à bien des égards, excessive. Admettons que l'existence d'un juge spécialisé fasse une différence (et cela en fait une dans une large mesure, bien sûr) : il demeure impossible de ramener la procédure contentieuse à une saisine par voie d'action, donnant lieu à un contrôle abstrait, comme on le lit souvent. Passons sur la notion de contrôle abstrait/concret, qui est en réalité d'une grande confusion. Mais on peut admettre qu'il existe en Europe trois grands types de procédures contentieuses qui sont parfois enchevêtrées au sein d'un même organe : d'une part la saisine politique ou institutionnelle ; d'autre part le recours individuel direct type *amparo* ou *Verfassungsbeschwerde*, pouvant aller jusqu'à l'*actio popularis*<sup>18</sup> comme c'était le cas par exemple en Hongrie avant 2012 ; enfin la question préjudicielle posée par une juridiction ordinaire. On s'aperçoit alors que non seulement la saisine du juge constitutionnel n'est pas forcément par voie d'action, mais que le couple action/exception est insuffisant. Ainsi, la question préjudicielle – et ses avatars – qui est centrale en Europe, comme Louis Favoreu l'avait d'ailleurs bien vu<sup>19</sup>, n'est ni une saisine par voie d'action, ni une exception d'inconstitutionnalité, puisque dans certains systèmes juridiques, comme en Italie, elle peut être relevée d'office ; certes, dans la plupart des cas, la question préjudicielle trouve bien son origine dans un moyen soulevé par exception, mais les deux opérations n'en demeurent pas moins distinctes. Quant à la saisine politique et au recours individuel direct, certes, il s'agit formellement d'une saisine par voie d'action, mais il est évident que leur fonction, voire leur finalité, est tout à fait différente.

---

<sup>17</sup> Ainsi, au Costa Rica, les décisions de la *Sala constitucional* sont en insusceptibles de recours (v. la *Ley de jurisdicción constitucional* (loi n° 7135 du 11 octobre 1989), article 11), et rien n'indique qu'elles puissent être rendues en formation plénière. En revanche au Paraguay, la *Sala constitucional* peut être dessaisie au profit de la formation plénière de la cour suprême (v. la *Ley organica de la corte suprema de justicia* (loi n° 609 du 23 juin 1995), article 16).

<sup>18</sup> Cette dernière était, on le sait, écartée par Kelsen (v. H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 45, 1928, p. 245.

<sup>19</sup> L. Favoreu, « Modèle européen et modèle américain de contrôle de constitutionnalité », *AIJC*, 4, 1988, p. 60.

Pour toutes ces raisons, on a suggéré, suivant une tendance d'ailleurs de plus en plus partagée en doctrine<sup>20</sup>, de remplacer l'approche purement organique des modèles classiques (a-t-on affaire au juge ordinaire ou non ?) par une approche fonctionnelle. Le postulat, aussi peu original soit-il, est que la justice constitutionnelle est une fonction de l'État. Certes, il en va de même de la justice en général, mais pour des raisons historiques, idéologiques, politiques la fonction de justice constitutionnelle s'est cristallisée comme une fonction à part entière, y compris pour les pays de système diffus et/ou de mainmise du juge ordinaire. Personne ne remet en cause la possibilité pour la Cour suprême américaine de trancher des litiges en qualité de juge d'appel de dernière instance ; en revanche, qu'il soit confié au juge en général, et en particulier au juge suprême, une fonction de justice constitutionnelle et, en particulier, de contrôle de constitutionnalité des lois, fait l'objet de remises en causes perpétuelles. C'est la raison pour laquelle nous appellerons désormais « cour constitutionnelle » ou « juge constitutionnelle » toute cour, ou tout juge, fussent-ils « ordinaires » qui remplissent une telle fonction de justice constitutionnelle<sup>21</sup>.

Ce que le droit comparé doit alors permettre de modéliser, c'est la manière dont les juges remplissent cette fonction. Et de ce point de vue, sans proposer des modèles à proprement parler, je souhaiterais proposer des paramètres de modélisation, *des tertia comparationis* dont on soutiendra qu'ils s'avèrent pertinents au regard des développements récents du droit constitutionnel comparé.

---

<sup>20</sup> V. notamment l'important article de X. Magnon, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une "juridiction constitutionnelle", une "cour constitutionnelle" et une "cour suprême" ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014.

<sup>21</sup> La question de savoir quelle en quoi consiste cette fonction. Suivant une classification désormais classique, nous avons proposé de retenir trois fonctions de justice constitutionnelle : le contrôle de constitutionnalité des normes (dont principalement, mais non exclusivement, la loi) ; la garantie des droits fondamentaux, y compris à l'occasion de recours en responsabilité dirigés contre la puissance publique ; la résolution des conflits entre organes de pouvoirs constitutionnels (M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles"... », p. 186188). Cette définition fonctionnelle est sans doute contestable, et elle mériterait d'être discutée dans un travail séparé.

## **II – UN TERTIUM COMPARATIONIS NOUVEAU : LE DERNIER MOT DES JUGES CONSTITUTIONNELS**

### *A – Le « nouveau modèle » de justice constitutionnelle faible*

Les travaux récents de droit constitutionnel comparé ont porté l'attention sur certains systèmes de contrôle de constitutionnalité « faible » ou « dialogique »<sup>22</sup>, qui ne se laissent guère analyser à l'aune des modèles classiques de justice constitutionnelle. Il en va ainsi des systèmes adoptés au Canada, au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande et dans l'État de Victoria ainsi que dans le district de Canberra en Australie, qui, en dépit de leurs importantes différences, reposent sur deux principes communs de protection des droits fondamentaux : tout d'abord l'exercice partagé du contrôle de constitutionnalité par le législateur et le juge, avec notamment un contrôle *ex ante*<sup>23</sup> exercé par le législateur lui-même<sup>24</sup> ; et d'autre part l'absence de « dernier mot » du juge constitutionnel. Les analyser à l'aune des modèles classiques n'est pas impossible : dans la plupart des cas il s'agit d'un contrôle diffus (encore qu'exercé parfois par un nombre limité de juridictions) confié au juge ordinaire. Mais une telle grille d'analyse apparaît tout à fait réductrice et n'apparaît guère pertinente pour comprendre ce qui fait l'originalité de tels systèmes.

---

<sup>22</sup> La littérature est très abondante. On se contentera de citer les principaux travaux : J. Hiebert, « Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model? », *Modern Law Review*, 69, 2006 ; M. Tushnet, « Dialogic Judicial Review », *Arkansas Law Review*, 61, 2008 ; M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2008 ; 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. Pour une présentation très complète en français, v. M. Altwegg-Boussac, « Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle : la garantie des droits entre constitutionnalismes politique et juridique », *Jus Politicum*, vol. VII, 2015.

<sup>23</sup> Ainsi, a été mis en place au Royaume-Uni un *Joint Committee on Human Rights* (JCHR, v. *Standing Orders of the House of Commons – Public Business 2002(2)*, art. 152 B), une commission paritaire qui regroupe 6 membres de la chambre des Lords et 6 membres de la chambre des Communes et qui, entre autres fonctions, examine la compatibilité des projets et propositions de lois avec le *HRA* (v. J. Hiebert, « Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights? », *International Journal of Constitutional Law*, 4, 2006). Au Canada, s'est développée une pratique des « *charter statements* » (énoncés de la Charte), sorte d'étude d'impact constitutionnel, par laquelle le gouvernement expose les raisons pour laquelle le projet de loi qu'il présente au Parlement est compatible, voire met en œuvre, telle ou telle disposition de la Charte des droits et libertés. Cette pratique est en passe de devenir obligatoire : le gouvernement a déposé le 6 septembre 2017 un projet de loi en ce sens (*Bill C-51*) qui est toujours en discussion au Parlement à l'heure où nous écrivons ces lignes.

<sup>24</sup> Le rôle et le statut exact que remplit pour les inventeurs du « nouveau modèle » le contrôle *ex ante* effectué par le législateur a été soumis à une critique très fine par Sujit Choudhry (S. Choudhry, « The Commonwealth Constitutional Model or Models? », *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013). Le contrôle est-il purement stratégique, et destiné à prévenir la censure du juge (qui, quoique juridiquement inerte ou renversable, n'en est pas moins politiquement désastreuse) ? Ou bien s'agit-il d'un authentique instrument de protection des droits ?

C'est la raison pour laquelle les auteurs ont regroupé ces systèmes de justice constitutionnelle au sein d'un « nouveau modèle ». Celui-ci est construit à partir des deux principes exposés ci-dessus ; on développera ici surtout le second. La notion de « dernier » mot semble renvoyer à l'effet des décisions du juge constitutionnel. Seulement lorsque les modèles classiques envisagent l'effet de la décision d'inconstitutionnalité (ainsi d'ailleurs que celles de constitutionnalité assorties d'une interprétation conforme), ils utilisent des paramètres dont l'application aux systèmes de justice constitutionnelle « faible » ne s'avère pas avère pas adéquate : le caractère *erga omnes* ou *inter partes* de la décision et (ce qui n'est pas la même chose) la question de savoir si la décision a pour effet d'annuler (ou en tout cas d'abroger) la disposition censurée ou uniquement de la rendre inapplicable<sup>25</sup>. Les systèmes réunis au sein du « nouveau modèle » diffèrent d'ailleurs souvent sur ce point : ainsi, alors que la décision d'incompatibilité d'une loi avec le *Human Rights Act* (ciaprès *HR4*) – la loi de 1998 qui a introduit la Convention européenne des droits l'homme dans l'ordre interne britannique, et qui prévoit de telles déclarations en son article 4 – ne produit au Royaume-Uni aucun effet, et ne prive la loi ni de sa validité ni de son applicabilité, il n'en va pas de même au Canada, où l'effet des décisions de la Cour suprême (et d'ailleurs des juridictions inférieures) en matière d'application de la Charte des droits et libertés<sup>26</sup> est à peu près identique à celles de la Cour suprême américaine. Ce qui caractérise le « dernier mot » ou son absence ne se laisse donc pas ramener à la question de l'effet juridique des décisions, du moins si l'on suppose que la réunion du Royaume-Uni et du Canada au sein d'un même modèle est pertinente.

Ce « nouveau modèle » repose sur l'idée que dans les systèmes qu'il décrit la décision d'inconstitutionnalité n'est pas *finale*. Cette absence de finalité peut prendre plusieurs formes : dans certains cas, elle tient au fait que le législateur peut prévenir la décision d'inconstitutionnalité ou la renverser par un acte exprès (exemple de la « clause *notwithstanding* » de l'article 33 de la Charte canadienne) ; dans d'autre cas, cela tient au fait que le juge ne dispose que d'un pouvoir d'interprétation conforme (comme c'est le cas en Nouvelle Zélande<sup>27</sup>)

---

<sup>25</sup> Pour un point de vue critique, v. M. Carpentier, « Validity versus Applicability. A (Small) Dose of Skepticism », *Diritto e Questioni Pubbliche*, 18, 2018.

<sup>26</sup> La Charte canadienne des droits et libertés constitue la première partie du *Constitution Act* de 1982.

<sup>27</sup> New Zealand Bill of Rights Act de 1990, article 6.

ou qu'elle dispose, en sus<sup>28</sup>, de la possibilité d'émettre une déclaration d'incompatibilité<sup>29</sup>, laquelle ne produit par elle-même aucun effet<sup>30</sup>. Il est notable que le « dernier mot » réservé au législateur s'exprime de manière différente dans chacun de ces systèmes : alors qu'il faut une action positive du législateur au Canada, seule une abstention suffit au Royaume-Uni ou dans l'État de Victoria. De fait, le législateur fédéral canadien (à la différence de ses homologues provinciaux au Québec ou en Ontario) n'a jamais fait usage de la clause *notwithstanding*. Mais on s'aperçoit cependant que le Parlement de Westminster (ou le gouvernement britannique par la voie de la législation déléguée) a presque toujours<sup>31</sup> répondu aux déclarations d'incompatibilité émises par les cours britanniques en prenant les mesures nécessaires à la disparition des dispositions contraires au *Human Rights Act*<sup>32</sup>. La différence entre dernier mot « tacite » ou « exprimé » n'est donc pas par elle-même déterminante – mais l'on verra qu'elle est la source de sérieuses difficultés.

En tout état de cause, l'appartenance au nouveau modèle est susceptible de degrés. Ainsi ni les cours néozélandaises ou australiennes (dans les deux entités australiennes considérées) n'ont le pouvoir d'émettre des déclarations formelles d'incompatibilité (comme au Royaume-Uni) et encore moins d'écarter provisoirement l'application de loi contraire à leurs chartes des droits fondamentaux (comme au Canada), mais elles disposent uniquement d'un pouvoir d'interprétation conforme, dont elles usent d'ailleurs avec parcimonie. On peut reconnaître que

---

<sup>28</sup> HRA, Article 3. Les juges britanniques pu faire un usage très extensif de cette faculté d'interprétation conforme. Ainsi, dans l'affaire *Ghaidan v. Godin-Mendoza* ([2004] UKHL 30) l'*Appellate committee* de la Chambre des Lords (le prédécesseur de l'actuelle Cour suprême) a pu interpréter, dans une affaire de succession à un bail de location, l'expression « conjoint survivant » (*surviving spouses*) aux couples homosexuels, auquel à l'époque le droit de se marier n'était pas ouvert. Suivant les recommandations formulées par Lord Steyn dans son opinion séparée sur l'arrêt *Ghaidan*, les juges britanniques tendent à avoir prioritairement recours à l'interprétation conforme et à ne prononcer qu'en dernier ressort une déclaration d'incompatibilité. (V. C. Crawford, « Dialogue and Rights-compatible Interpretation under section III of the Human Rights Act 1998 », *King's Law Journal*, 25, 2014 ; A. Kavanagh, « What's so Weak about "Weak-Form Review"? The Case of the UK Human Rights 1998 », *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2015, p. 1022).

<sup>29</sup> HRA Article 4

<sup>30</sup> Notons que les compétences des juridictions britanniques sous l'empire du HRA n'épuisent pas leurs compétences de justice constitutionnelle. Ainsi, en vertu de la théorie des « constitutional statutes », le juge écartera l'application de la loi postérieure lorsque la loi antérieure, avec laquelle elle est en conflit, revêt une nature constitutionnelle. Cette théorie, à l'état latent dans la reconnaissance par la Chambre des Lords de la primauté du droit de l'UE au moyen du cadre constitutionnel défini par l'European Communities Act (ECA) de 1972 (v. *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport (no 2)* [1991] 1 AC 603), a été explicitée et élargie par la suite, non sans certaines résistances (v. *Thoburn v Sunderland City Council*, [2002] EWHC 195 (Admin) ; *BH (AP) and another v The Lord Advocate and another (Scotland)*, [2012] UKSC 24). Le contrôle faible en matière de droits fondamentaux (sous l'empire du HRA) coexiste donc avec un contrôle plus fort dans d'autres domaines. On a ainsi vu récemment la Cour suprême britannique, à qui on demandait à la fois d'écarter l'application d'une loi en raison de sa contrariété avec une directive européenne (c'est-à-dire en réalité avec l'ECA 1972 qui introduit les directives futures dans l'ordre interne) et d'émettre une déclaration d'incompatibilité en vertu de l'article 4 du HRA, accueillir le premier moyen et déclarer, pour cette raison, ne plus y avoir lieu à statuer sur le second (v. *Walker v Innospec Limited and others*, [2017] UKSC 47).

<sup>31</sup> Sauf dans un cas, qui concerne le droit de vote des détenus, sur lequel on reviendraplus bas.

<sup>32</sup> V. A. Kavanagh, « What's so Weak about "Weak-Form Review"?... », p. 1023-1028.

ces systèmes sont, du point de vue du nouveau modèle, plus faibles que le système britannique et *a fortiori* que le système canadien.

## *B – INTÉRÊT ET DIFFICULTÉS DE LA NOTION DE « DERNIER MOT »*

### 1 – Dernier mot et rigidité constitutionnelle

Dans un précédent travail, nous avons suggéré d'étendre la discussion du « dernier mot » au-delà du seul nouveau modèle de contrôle de constitutionnalité « faible »<sup>33</sup>, et d'en faire un paramètre de modélisation de la justice constitutionnelle dans son ensemble<sup>34</sup>. La capacité d'une cour constitutionnelle à imposer l'autorité de ses décisions aux organes politiques (Parlement et exécutif) est un bon indicateur du rôle qu'on entend lui faire jouer au sein de l'édifice institutionnel. Pour ce faire, il convient de porter son attention sur trois facteurs qui sont susceptibles de dénier le dernier mot aux cours constitutionnelles. Le nouveau modèle s'est exclusivement concentré sur le premier facteur : la possibilité pour le législateur ordinaire de renverser une décision d'inconstitutionnalité, que ce soit de manière expresse (Canada) ou tacite (Royaume-Uni). Mais même dans un modèle de contrôle « fort » deux autres facteurs peuvent venir limiter l'autorité des décisions du juge constitutionnel<sup>35</sup> : en premier lieu, la possibilité du lit de justice constitutionnel ; et en second lieu l'impossibilité pour le juge de contrôler la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle<sup>36</sup>. Pour le dire autrement, plus la

---

<sup>33</sup> Certains auteurs ont d'ailleurs étendu la notion de contrôle faible au-delà du seul cadre du *Commonwealth* : R. Hirschl, « The Nordic Counternarrative: Democracy, Human Development and Judicial Review », *International Journal of Constitutional Law*, 9, 2011, spéc. p. 45. Sur la possibilité de trouver des formes « quasi-faibles » de justice constitutionnelle dans des systèmes de contrôle fort, notamment en Asie, v. M. Tushnet et R. Dixon, « Weak-Form Review and its Constitutional Relatives: An Asian Perspective », in R. Dixon et T. Ginsburg, *Comparative Constitutional Law in Asia*, Cheltenham, Elgar, 2014.

<sup>34</sup> V. M. Carpentier, « Pour de nouveaux “modèles”... », p. 213-218. Dans ce même article nous avons également proposé une autre piste de modélisation, centrée sur l'autorité du juge constitutionnel (c'est-à-dire du juge qui remplit une fonction de juge constitutionnel) à l'égard des autres juges du système juridique considéré. Le juge constitutionnel se voit rarement confier la totalité du contentieux constitutionnel tel que défini plus haut – même, en Autriche, qui pousse très loin la concentration dans les mains de la cour constitutionnelle : le risque de conflits, en particulier de conflits d'interprétation existe, et la possibilité pour le juge constitutionnel de faire valoir son interprétation de la Constitution varie selon les configurations institutionnelles, qui sont largement indépendantes de l'intégration du juge constitutionnel au sein (et au sommet) de la hiérarchie juridictionnelle.

<sup>35</sup> Il existe de nombreux autres facteurs susceptibles de venir limiter l'autorité du juge constitutionnel sur les organes politiques et de lui dénier ainsi le dernier mot. Pour une analyse détaillée, on ne peut que renvoyer à G. Tusseau, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, n° 55, 2012.

<sup>36</sup> Pour une défense théorique très aboutie du contrôle de constitutionnalité des révisions inconstitutionnelles, on renvoie à Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 179-196

Constitution est difficile à réviser, et/ou plus le juge constitutionnel peut contrôler la révision elle-même, plus il sera susceptible d'avoir le dernier mot. Ainsi la rigidité constitutionnelle permet à bien des égards d'expliquer l'activisme de la Cour suprême américaine<sup>37</sup> ; et la compétence, généralement auto-attribuée, de contrôle des lois constitutionnelles permet d'expliquer la prééminence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande<sup>38</sup> ou de la Cour suprême indienne. Cette dernière a ainsi développé une doctrine de la structure fondamentale (*basic structure*) de la constitution<sup>39</sup>, qui lui permet d'écarter les amendements constitutionnels qui y seraient contraires<sup>40</sup>, y compris d'ailleurs l'amendement (le 42<sup>e</sup>) qui déniait à la Cour le droit d'effectuer un tel contrôle<sup>41</sup> !

Par contraste, un système de contrôle fort peut apporter des limitations au dernier mot du juge constitutionnel, en particulier lorsque la constitution est suffisamment peu rigide pour permettre un lit de justice rapide, et/ou lorsque la cour constitutionnelle n'a pas le pouvoir de contrôler la validité substantielle, voire procédurale, des révisions constitutionnelles. En effet il semble qu'il n'y ait qu'une différence de degré entre d'un côté une *notwithstanding clause* telle que celle que l'on trouve à l'article 3 de la Charte canadienne et le lit de justice à la française : il semble que la seule différence pratique soit qu'alors que le législateur ordinaire peut au Canada renverser, dans certaines matières<sup>42</sup>, un arrêt de la Cour suprême, il faut en France une majorité qualifiée des 3/5<sup>e</sup>, obtenue au terme d'une procédure plus contraignante. On pourrait même comparer la déclaration d'incompatibilité au Royaume-Uni avec une décision QPC du Conseil constitutionnel qui reporterait *sine die* l'entrée en vigueur de l'abrogation de la loi

---

<sup>37</sup> La Cour suprême des États-Unis s'estime en revanche incompétente pour contrôler la validité des révisions constitutionnelles, qui constitue une « question politique ». V. *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). Il est vrai que l'article V de la Constitution américaine, relatif à la révision, ne comporte aucune clause d'éternité ni, plus généralement, aucune limite substantielle au pouvoir de révision, si ce n'est le principe (fort peu démocratique, mais qui découle de la conception américaine du fédéralisme) d'égalité de représentation des États au Sénat fédéral.

<sup>38</sup> Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire des *Écoutes téléphoniques*, BVerfGE 30, 1 (1970), dont la solution, relativement restrictive, a été élargie et assouplie dans l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Surveillance acoustique* (Recueil BVerfGE 104, 279), même si le juge constitutionnel allemand n'a jamais fait une application positive de cette jurisprudence et préfère utiliser une technique proche de l'interprétation conforme.

<sup>39</sup> Après quelques errements doctrinaux quant au fondement de cette compétence, la Cour suprême indienne a fixé sa jurisprudence autour de la notion de structure fondamentale dans l'arrêt *Kesavananda. v. State of Kerala* AIR 1973 SC 1461.

<sup>40</sup> V. J.L. Halperin, « La doctrine indienne de la structure basique de la Constitution. Un socle indérogable et flexible ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009 ; A. Le Pillouër, « Les contraintes d'un paradoxe : les lois constitutionnelles inconstitutionnelles.

Réflexions à partir du cas indien », *Droits*, n° 55, 2012.

<sup>41</sup> *Minerva Mills Ltd. and Ors. v. Union Of India and Ors.*, AIR 1980 SC 1789.

<sup>42</sup> Hors ces matières – qui couvrent il est vrai, un champ très large des droits et libertés fondamentaux, mais qui n'épuisent pas l'intégralité du domaine couvert par la Charte et, *a fortiori*, par les autres instruments constitutionnels canadiens –, seul un lit de justice constitutionnel peut venir renverser une décision de la Cour suprême canadienne. Dans ce cas, le dernier mot du juge est non seulement *de facto*, mais également *de jure*. On verra plus bas un tel exemple d'inapplicabilité de la clause *notwithstanding*.



inconstitutionnelle. Bien entendu, un tel constat ne doit pas nous amener à ranger le Conseil constitutionnel français dans la catégorie du modèle « faible » : d'une part parce que l'intervention du pouvoir constituant n'est pas anodine – et ne saurait s'apparenter à une seule exigence de majorité qualifiée – et d'autre part parce que, contrairement à la Cour suprême britannique, par exemple, le Conseil peut bien sûr abroger immédiatement une loi, voire en supprimer certains effets rétroactivement.

Cette grille de lecture se heurte néanmoins à plusieurs difficultés – ce qui n'anéantit cependant pas nécessairement ses chances de succès.

## 2 – Deux contre-exemples

La première difficulté concerne l'échelle de rigidité constitutionnelle sur laquelle notre modélisation se fonde pour expliquer l'appartenance d'un système au « modèle faible » ou à l'une des variantes du « modèle fort ». Le problème est que certains contre-exemples viennent remettre en cause le bien-fondé d'une telle modélisation. Ainsi la Constitution canadienne est l'une des plus rigides au monde<sup>43</sup>, avec plusieurs niveaux de rigidité selon les matières<sup>44</sup> ; cela ne l'a pas empêché de développer un système « faible » de contrôle de constitutionnalité. Certes, comme le reconnaît Mark Tushnet il s'agit certes de la variante la plus « forte » du modèle faible<sup>45</sup>, étant donné qu'*aussi longtemps que* le législateur n'a pas activé la clause *notwithstanding*, l'effet d'une décision de la Cour suprême est proche de celui de son homologue américaine. Mais il demeure que le législateur ordinaire a toujours la possibilité *de jure* de revenir sur une décision de contrariété à la Charte de la Cour suprême. On pourrait certes interpréter l'exercice de la clause *notwithstanding* comme l'équivalent fonctionnel d'une révision constitutionnelle implicite opérée par le législateur (soit, pour les matières couvertes par la charte, le degré zéro de la rigidité constitutionnelle). Une telle interprétation est cependant coûteuse : d'une part parce que le droit constitutionnel Canadien ne confère pas un tel rang constitutionnel à la loi qui active la clause *notwithstanding* ; et d'autre part parce que les Parlements des provinces

---

<sup>43</sup> V. R. Albert, « The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada », *Alberta Law Review*, 53, 2015, p. 93-96.

<sup>44</sup> V. R. Albert, *ibid.* V. aussi R. Dixon et D. Landau, « Tiered Constitutional Design », *George Washington Law Review*, 86, 2018. La Charte des droits et libertés est soumise au degré le moins contraignant de rigidité constitutionnelle, qui est cependant assez exigeant : il faut une résolution de la Chambre des communes et du Sénat (avec donc, l'adoption d'un texte identique), puis une ratification par deux tiers des provinces qui regroupent la moitié de la population totale selon le dernier recensement (article 38 du *Constitution Act* de 1982).

<sup>45</sup> M. Tushnet, « The Rise of Weak-Form Judicial Review », in T. Ginsburg et R. Dixon (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, p. 325.

peuvent également mettre en œuvre cette dernière, et qu'il semble difficilement concevable de leur attribuer un pouvoir implicite de révision de la constitution fédérale.

Un autre contre-exemple est le cas indien. La constitution indienne est modérément rigide, puisqu'elle exige (en son article 368) une simple majorité qualifiée des deux tiers des votants dans chacune des deux chambres du Parlement<sup>46</sup>. Dans certaines matières, la révision ne peut entrer en vigueur que si la moitié des États l'a ratifiée. Par ailleurs, comme on l'a vu, la Cour suprême indienne s'est estimée compétente pour contrôler la conformité à la constitution des lois de révisions. On pourrait s'attendre à ce que cette dernière bénéficie d'un « dernier mot » particulièrement robuste. Les choses sont en réalité bien plus contrastées<sup>47</sup>, en raison de deux aspects de la pratique constitutionnelle indienne.

Le premier aspect concerne la doctrine dite de l'éclipse<sup>48</sup> selon laquelle une décision d'inconstitutionnalité n'affecte pas la validité de la loi censurée, mais uniquement son applicabilité (rien que de très classique), de sorte que cette dernière peut toujours être ressuscitée (au terme, donc, d'une « éclipse ») par un amendement constitutionnel venant modifier l'étendue du droit violé par la loi censurée. Certes formellement il en va ainsi pour tous les systèmes de contrôle « fort » qui ne confient pas au juge constitutionnel le pouvoir d'abroger ou d'annuler une loi ; mais le fait que le droit constitutionnel ait élaboré une doctrine spécifique montre que ce qui est fort rare aux États-Unis, par exemple, est bien plus commun en Inde.

Le deuxième aspect concerne le *Ninth Schedule* (neuvième annexe) de la Constitution : l'article 31B de cette dernière dispose qu'aucune loi ni aucun règlement placé par le pouvoir constituant dans la neuvième annexe ne pourront être considérés comme invalides en ce qu'ils violeraient les droits fondamentaux garantis par la III<sup>e</sup> partie de la Constitution. La neuvième annexe n'est donc rien d'autre qu'une liste de textes législatifs ou réglementaires (fédérés ou fédéraux) qu'un amendement constitutionnel vient immuniser contre tout contrôle juridictionnel de constitutionnalité futur ou passé<sup>49</sup>. La différence entre les deux méca-

---

<sup>46</sup> L'article 368 précise d'ailleurs bien que c'est le Parlement qui exerce le pouvoir constituant.

<sup>47</sup> Voir notamment. M. Tushnet et R. Dixon, « Weak-Form Review and its Constitutional Relatives: An Asian Perspective », p. 108-115. De manière générale on ne peut que recommander de consulter, au sujet du système indien de justice constitutionnelle – comparé en particulier au système britannique – le très éclairant ouvrage de C. Chandrachud, *Balanced Constitutionalism. Courts and Legislatures in India and the United Kingdom*, New Delhi, Oxford University Press, 2017.

<sup>48</sup> C. Chandrachud, *Balanced Constitutionalism*, p. 34-38.

<sup>49</sup> Chandrachud, *Balanced Constitutionalism*, p. 49 *sq.* rapproche cette procédure de la clause *notwithstanding* canadienne, même s'il insiste également sur le fait qu'elle en diffère par certains aspects, à commencer par son caractère constituant, et non législatif ordinaire. Par ailleurs, la Cour suprême indienne a appliqué au *Ninth schedule* la doctrine de la structure fondamentale : I.R. *Coelho v. State of Tamil Nadu* AIR 2007 SC 861.

éclipse et *Ninth Schedule*, est que la première vient modifier l'étendue des droits constitutionnellement garantis, alors que la deuxième, exemple particulièrement pur de la théorie de l'aiguilleur, se contente d'immuniser une loi inconstitutionnelle sans modifier par ailleurs le champ d'application des droits violés par cette loi.

Dans le cas indien, on a assisté ainsi à pas moins de seize lits de justice entre 1951 et 1990<sup>50</sup> faisant usage de l'un ou de l'autre mécanisme. Autrement dit, la doctrine de la structure fondamentale et le contrôle exercé par la Cour suprême sur les amendements (classiques ou de *Ninth Schedule*) ne lui ont pas pour autant permis d'asseoir un dernier mot dans les faits plus robustes que celui des juridictions britanniques, dont la quasi-totalité des déclarations d'incompatibilité ont été suivies d'effet par l'intervention du Parlement ou d'une législation déléguée.

### 3 – Droit et fait dans la modélisation en droit comparé

Ce que révèlent ces difficultés, c'est l'impossibilité pour la modélisation en droit constitutionnel comparé de s'en tenir à des considérations de pur droit. À vrai dire, il ne s'agit pas de souligner, ce qui est désormais un *topos*, la nécessité de prendre en compte la pratique politique et institutionnelle, singulièrement en droit constitutionnel. La question porte plutôt sur le danger que la prise en compte de la pratique fait peser sur la modélisation en droit comparé. En effet, tout modèle repose sur une simplification du phénomène étudié. Ainsi le nouveau modèle de « contrôle faible » repose, on l'a vu, sur deux principes extrêmement vagues, de manière à ramener sous un même modèle l'ensemble des systèmes juridiques qui les instancient à un degré ou un autre, même si, par exemple, l'absence de dernier mot se manifeste de manières très différentes selon que l'on a affaire au Canada, au Royaume-Uni ou à la Nouvelle-Zélande. La simplification affecte non seulement le *tertium comparationis*, mais également les *comparanda* eux-mêmes : ce que l'on cherche à modéliser, ce sont avant tout des instruments juridiques convergents, ce qui permet d'assurer l'unité du modèle. La prise en compte de la pratique comme élément du *comparandum*<sup>51</sup> amène à remettre en cause cette unité. Ainsi le cas indien

---

<sup>50</sup> Le fait que le pouvoir constituant n'ait plus jugé utile de renverser une décision de la Cour suprême depuis près de trente ans ne laisse pas d'interroger.

<sup>51</sup> Cette dernière est un des chevaux de bataille de l'approche fonctionnaliste du droit comparé. V. K. Zweigert et H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, trad. P. Weir, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 34-42 ; et pour une explication éclairante, R. Michaels, « The Functional Method of Comparative Law », in M. Reimann et R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 342.

montre qu'alors que tous les éléments juridiques *stricto sensu* (texte constitutionnel, jurisprudence constitutionnelle) semblent exclure toute ressemblance entre la cour suprême indienne et le contrôle faible des cours britanniques ou canadiennes, la pratique de la révision constitutionnelle doit permettre de nuancer ce point de vue. La question qui se pose alors est celle de la pertinence d'une modélisation à partir du dernier mot des cours constitutionnelles. Une bonne illustration de ce problème se trouve dans le débat qui a récemment opposé Stephen Gardbaum et Aileen Kavanagh<sup>52</sup>. Cette dernière conteste l'idée selon laquelle le Royaume-Uni devrait figurer au sein du « nouveau modèle » de contrôle faible, dès lors que toutes les déclarations d'incompatibilité émises par l'une des dix juridictions habilitées par l'article 4 du HRA, ont, à l'exception d'une, été suivies de la modification en conséquence de la loi dans un délai relativement bref<sup>53</sup>. Écarter ce constat d'un revers de main comme relevant de la politique et non pas du droit serait faire preuve d'une singulière *conjunctivitis professoria*. Comme l'a noté l'un des inventeurs du nouveau modèle, Mark Tushnet lui-même : « Il serait impossible de distinguer le système du HRA d'une forme de contrôle fort si les lois que les cours ont déclaré incompatibles avec la Convention étaient toujours modifiées de manière à supprimer cette incompatibilité<sup>54</sup>. » Aileen Kavanagh en conclut que non seulement le Royaume-Uni ne saurait être rangé au sein du nouveau modèle, mais que de surcroît ce dernier ne dispose d'aucune consistance réelle.

Il y a à cela plusieurs raisons. En premier lieu, la déclaration d'incompatibilité concerne une norme, le *HRA*, qui est à l'interface entre l'ordre interne britannique et la Convention européenne des droits de l'homme. Même s'il a pu exister des divergences d'appréciation et d'interprétation entre les juridictions britanniques et la Cour EDH, il demeure que la jurisprudence constante de la Chambre des Lords et aujourd'hui de la Cour suprême exige des juridictions britanniques qu'ils se conforment à la jurisprudence claire et constante de la Cour de Strasbourg<sup>55</sup>. Certes, cela laisse une marge d'interprétation ou de désaccord possible, mais il demeure que l'absence de réaction du Parlement à une déclaration d'incompatibilité émise sur le fondement d'une jurisprudence de la Cour EDH a toutes les chances d'exposer le Royaume-Uni à une condamnation par cette dernière<sup>56</sup>. Il y a donc une obligation juridique

---

<sup>52</sup> A. Kavanagh, « A Hard Look at the Last Word », *Oxford Journal of Legal Studies*, 35, 2015 ; A. Kavanagh, « What's so Weak about "Weak-Form Review" ? » ; S. Gardbaum, « What's so Weak about "Weak-Form Review" ? A reply to Aileen Kavanagh », *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2015 ; A. Kavanagh, « What's so Weak about "Weak-Form Review" ? A Rejoinder to Stephen Gardbaum », *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2015.

<sup>53</sup> Autour de deux ans, v. C. Chandrachud, *Balanced Constitutionalism*, p. 120.

<sup>54</sup> M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, p. 31

<sup>55</sup> R (Alconbury Developments) v. Secretary of State, [2003] 2 AC 295, para 26.

<sup>56</sup> C. Chandrachud, *Balanced Constitutionalism*, p. 209 ; A. Kavanagh, « A Hard Look at the Last Word », p. 839.

indirecte, résultant de la Convention elle-même, pour le Parlement de se plier à une déclaration d'incompatibilité, par elle-même pourtant dénuée de tout effet juridique<sup>57</sup>.

Ensuite, la question s'est posée de savoir si une « convention de la constitution » tendant à rendre obligatoire la modification ou l'abrogation par le législateur des dispositions incompatibles n'était pas en voie de cristallisation<sup>58</sup>. Il est d'ailleurs possible de se poser la même question concernant la clause *notwithstanding* au Canada : telle la renonciation au droit de dissolution dans la Constitution Grévy, le manque d'inclination du Parlement du Canada à activer l'article 33 de la Charte semble concourir à former une nouvelle norme *contra legem* tendant à interdire un tel recours à l'avenir. Cette question est encore sujette à de nombreux débats ; mais même indépendamment de la reconnaissance d'une telle convention de la Constitution, il demeure que la pratique, tant canadienne que britannique, tend à conférer *de facto* le dernier mot aux juridictions. Il en résulte l'effondrement du nouveau modèle de contrôle faible, dès lors que seuls y demeurent inclus les systèmes qui telles les deux entités australiennes et la Nouvelle-Zélande ne comportent aucun autre outil de contrôle de constitutionnalité que l'interprétation conforme (outil qui certes peut s'avérer plus puissant qu'il ne paraît au premier abord). Or à ce compte, il faudrait ranger les juridictions judiciaires et administratives françaises, par exemple, au sein du nouveau modèle, dès lors qu'elles aussi pratiquent la technique d'interprétation conforme.

Dans sa réponse aux attaques d'Aileen Kavanagh, Stephen Gardbaum reconnaît aisément qu'il convient de prendre en compte la pratique constitutionnelle. Selon lui, cependant, cette pratique est plus contrastée que ce qu'il paraît au premier abord. Sur les vingt-six déclarations d'incompatibilité définitives<sup>59</sup> émises par les juridictions britanniques depuis

---

<sup>57</sup> De surcroît, comme l'a reconnu la CEDH dans l'arrêt de 1976 *Handyside c. Royaume-Uni* (à la fin du paragraphe 48), les décisions juridictionnelles internes sont prises en compte dans l'établissement de la marge d'appréciation nationale, l'émission d'une déclaration d'incompatibilité par une cour britannique devrait faire obstacle à ce que le Royaume-Uni puisse invoquer sa marge d'appréciation devant la cour de Strasbourg.

<sup>58</sup> J. King « Parliament's Role following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act », in M. Hunt, H. Hooper et P. Yowell (dir.), *Parliaments and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 182 ; A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act 1998*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 226 ; A. Vermeule « The Atrophy of Constitutional Powers », *Oxford Journal of Legal Studies*, 32, 2012. V. aussi, dans le cadre d'une discussion sur l'arrêt *A v. SSHD* (dit *Belmarsh Case*), [2005] 2 AC 68, qui constitue la première déclaration d'incompatibilité émise sur une loi postérieure au *Human Rights Act*, K. Ewing et J. C. Tham, « The Continuing Futility of the Human Rights Act », *Public Law*, 2008, p. 684.

<sup>59</sup> Au 1<sup>er</sup> avril 2018, si nos recherches sont exactes, 26 déclarations définitives ont été émises, 9 ont été annulées par une juridiction supérieure, et 3 font toujours l'objet d'un appel devant la Cour suprême. La dernière déclaration en date, à notre connaissance, se trouve dans une décision du 29 novembre 2017 de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *Smith v Lancashire Teaching Hospitals NHS Foundation Trust* [2017] EWCA Civ 1916 : la Cour a jugé qu'était incompatible avec les articles 8 et 14 de la Conv EDH l'article 1A du *Fatal Accidents Act 1976* qui exclut les concubins – ou du moins le concubin survivant – du droit à réparation du préjudice d'affection (*bereavement damages*).

l'entrée en vigueur du HRA, certes vingt-cinq ont été suivies d'effet, le législateur (primaire ou délégué) ayant modifié la loi en conséquence, ou ayant (pour les déclarations les plus récentes) exprimé son intention de le faire. Mais le vingt-sixième cas n'est pas anodin. Il s'agit au contraire d'une question politiquement très controversée, qui porte sur le droit de vote des détenus. À la suite de l'arrêt *Hirst c/ RoyaumeUni* de la Cour EDH du 6 octobre 2005, la Registration Appeal Court d'Écosse<sup>60</sup> a déclaré, dans une décision *Smith v. Scott*, l'article 3 du *Representation of the People Act* de 1983, qui dénie le droit de vote aux détenus, incompatible avec l'article 3 du protocole 1 de la Convention EDH<sup>61</sup>. Alors même qu'un projet de loi avait été présenté par le secrétaire d'État à la justice afin de remédier l'incompatibilité, la législation britannique n'a à ce jour pas été amendée en ce sens<sup>62</sup>.

Selon Gardbaum, cet épisode est révélateur à plusieurs titres<sup>63</sup>. Tout d'abord il montre qu'en dépit d'une pratique constante de mise en conformité, le législateur britannique conserve la possibilité de laisser une déclaration d'incompatibilité sans effet. Ce faisant, il ne viole pas l'autorité de la décision juridictionnelle, mais, au contraire, il agit selon la lettre même de l'article 4 du *HRA*. En second lieu, le caractère politiquement très controversé de la question du droit de vote des détenus n'est lui aussi, pas anodin. Sur certains aspects techniques ou relativement consensuels<sup>64</sup>, ou encore lorsque la juridiction qui émet la déclaration d'incompatibilité la formule de manière relativement étroite de manière à n'entraîner qu'une modification à la marge de la législation, la question du dernier mot importe en réalité peu. En revanche, lorsque la question est politiquement sensible et divise l'opinion, l'argument contre-majoritaire revient naturellement sur le devant de la scène. Or alors qu'au Canada (à deux reprises)<sup>65</sup> ou en Afrique du Sud<sup>66</sup>, les cours ont définitivement expurgé leur ordre juridique de

---

<sup>60</sup> Il s'agit d'une cour composée de trois juges désignés en son sein par la *Court of Session*, la plus haute juridiction civile d'Ecosse (v. *Representation of the People Act* 1983, article 57).

<sup>61</sup> *Smith v. Scott*, [2007] CSIH 9.

<sup>62</sup> Dans une déclaration au Parlement du 2 novembre 2017, le secrétaire d'État à la justice a réaffirmé la position constante du gouvernement britannique sur ce sujet. (V. dans le *Hansard*, HC Deb, 2 nov. 2017, vol 630, col 1007).

<sup>63</sup> S. Gardbaum, « What's so Weak about "Weak-Form Review"? A Reply to Aileen Kavanagh », p. 1042-1044.

<sup>64</sup> Il convient néanmoins de souligner, au débit de Gardbaum, que certaines déclarations d'incompatibilité portaient sur des questions politiquement brûlantes et qu'elles n'en ont pas moins été suivies d'une abrogation ou d'une modification des dispositions déclarées incompatibles : l'insémination artificielle postérieure au décès du conjoint (*Blood and Tarbuck v. SSH*, arrêt non reporté de l'*Administrative Court* de la *High Court*, 28 février 2003) ; le terrorisme (*Belmarsh Case* précité) ; l'obligation pour les personnes qui ont été condamnées pour crimes sexuels de se présenter régulièrement au poste de police (*R (F&Thompson) v. SSHD*, [2010] UKSC 17).

<sup>65</sup> *Sauvé v. Canada (Attorney General)* [1993] 2 S.C.R. 438 ; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Office)*, [2002] 3 S.C.R. 519. Le droit de vote (article 3 de la Charte des droits et libertés) fait partie des droits expressément exclus par l'article 33 de la Charte de son propre champ d'application. La décision par laquelle une cour canadienne censure une loi qui restreint indûment le droit de vote ne peut être renversée par l'activation de la clause *notwithstanding*.

<sup>66</sup> *Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention* 2004 (5) BCLR 445 (CC).

dispositions législatives déniaient le droit de vote aux détenus, alors même que l'opinion était très divisée, au Royaume-Uni c'est le Parlement souverain, qui par son inaction même, a eu le dernier mot sur cette question.

Ce que ce débat autour du *HRA* et, plus largement, de la cohérence du nouveau modèle de contrôle faible révèle, c'est l'impossibilité de faire l'économie, dans l'élaboration d'un modèle en droit comparé, de l'interprétation des faits et de la pratique pertinents. La consistance d'un modèle, ainsi que sa cohérence interne, peut ainsi dépendre d'interprétations largement contestées : le cas du droit de vote des prisonniers au Royaume-Uni est-il un *hapax* sans conséquence alors que la pratique des déclarations d'incompatibilité montre une prééminence des juridictions ? ou bien révèle-t-il l'essence même du système britannique de protection des droits fondamentaux ?

## CONCLUSION

Dans cet article, on a tenté de montrer les enjeux, l'intérêt et les limites de la démarche de modélisation en droit constitutionnel comparé. Dans un premier temps, on est parti de la définition, désormais largement acceptée, du modèle comme construction idéal-typique (et non comme objet mimétique) pour souligner certaines défaillances des modèles classiques de justice constitutionnelle. Dans un second temps, on a souhaité présenter certaines des difficultés qui sont susceptibles d'affecter une tentative de modélisation alternative. On est ainsi parti du nouveau modèle de justice constitutionnelle faible ; on s'est proposé de se servir de l'un de ses deux critères, le dernier mot, pour l'étendre à un nombre plus large de systèmes de justice constitutionnelle, au moyen

d'une grille d'analyse centrée sur la rigidité constitutionnelle. Les limites rencontrées se révèlent alors être de deux types. La première limite est qu'une telle grille d'analyse se heurte à divers contre-exemples qui viennent en ébranler les fondements ; la seconde est que la manière dont on définit le *tertium comparationis*, ici, le critère de modélisation, dépend essentiellement d'une interprétation non seulement des énoncés juridiques, mais aussi de la pratique institutionnelle. Le débat sur la cohérence du nouveau modèle ne fait qu'illustrer cette seconde difficulté.

Est-ce à dire qu'il faille renoncer à cette modélisation alternative, voire, par dépit, à toute modélisation en droit constitutionnel comparé ? Il convient de résister à cette conclusion. Le succès d'un modèle ne se mesure pas à l'aune d'une simple correspondance avec l'objet

modélisé ; il ne s'agit pas, par la modélisation, de révéler l'essence objective de tel ou tel système de justice constitutionnelle. Bien au contraire, la construction, par le comparatiste, d'un idéal-type vise à obtenir ce que les philosophes appellent un équilibre réfléchi<sup>67</sup> entre d'un côté ses intuitions sur les fonctions de son objet (par exemple sur l'office du juge constitutionnel) et de l'autre ses interprétations des droits positifs qu'il cherche à étudier. L'hypothèse de pertinence qu'il formule pour l'élaboration des critères de modélisation se trouve ainsi doublement exposée aux critiques : d'un côté seront contestées les intuitions sur la fonction de l'objet ; de l'autre le seront les interprétations des droits et de leurs pratiques. Le comparatiste est alors amené à réviser son hypothèse de pertinence, et ainsi à affiner sa connaissance du phénomène modélisé. Pour cette raison, les difficultés qu'il rencontre en chemin lui apprennent autant, si ce n'est davantage, sur l'objet de son étude que le résultat auquel, de manière parfois bien incertaine, il parvient.

---

---

<sup>67</sup> J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1997, p. 71-78.