



**HAL**  
open science

## Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité

Guillaume Tusseau

► **To cite this version:**

Guillaume Tusseau. Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité : Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel. *Jus Politicum : Revue de droit politique*, 2015, VII, pp.217 - 244. hal-03460072

**HAL Id: hal-03460072**

**<https://sciencespo.hal.science/hal-03460072>**

Submitted on 1 Dec 2021

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

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

# Guillaume Tusseau

## LES CAUSES DU CHOIX D'UN MODÈLE DE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ. OBSERVATIONS CRITIQUES SUR UN DOGME EXPLICATIF DE L'ÉTUDE DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

### I NTRODUCTION

1. Au cours des années de son développement, l'étude du contentieux constitutionnel a vu apparaître et se solidifier un certain nombre de *topoi* doctrinaux. Ceux-ci contribuent à la structuration de la discipline et constituent des marqueurs de son identité<sup>1</sup>. Par leur relative résilience et le fait qu'ils fournissent une matrice intellectuelle relativement stable aux développements quotidiens de la discipline, ces éléments finissent par être soustraits à la discussion. Loin d'être soumis aux débats internes au champ d'étude, c'est précisément à partir du cadre qu'ils délimitent que ceux-là sont rendus possibles et se développent.

2. Certains de ces *topoi* sont de nature essentiellement descriptive et visent à organiser l'exposition des données du droit positif. Tel est par exemple le cas, à un niveau « macro », de la distinction entre modèles de justice constitutionnelle<sup>2</sup>. Du point de vue doctrinal et telle qu'elle apparaît notamment dans la littérature comparatiste, la dichotomie entre deux paradigmes — américain et européen — d'organisation du contrôle de la constitutionnalité des lois vise avant tout à faciliter la mise en ordre de diverses formes d'organisation de ce dispositif que révèle l'analyse du droit positif. Quand bien même elle s'exposerait à des critiques à plusieurs égards décisives, cette distinction revêt une dimension essentielle dans la présentation et l'analyse. Elle s'avère un point de départ nécessaire, si c'est même pour être dépassé, de la discussion et de l'argumentation. À un niveau « micro », les auteurs qui avouent leur prédilection pour l'orientation de l'étude du contentieux constitutionnel qui s'est développée, à la fois en Amérique hispanophone<sup>3</sup> et en Allemagne<sup>4</sup>, sous le nom de « droit processuel

---

<sup>1</sup> Voir par exemple à ce sujet A. VERGARA BLANCO, « Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los 'núcleos dogmáticos' », *Revista chilena de derecho*, vol. 41 (3), 2014, p. 957-991.

<sup>2</sup> Sur ce thème, voir par exemple G. TUSSEAU, *Para acabar con los « modelos » de jurisdicción constitucional: Un ensayo de crítica*, 2<sup>a</sup> ed., révisée et augmentée, trad. esp. en collaboration avec T. García Berrio Hernández, pres. E. Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, col. « Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional », vol. 50, 2011, xix+171 p. ; S. BAGNI (dir.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, Bononia UP, coll. « Ricerche di diritto pubblico comparato », 2013, 245 p.

<sup>3</sup> Voir par exemple E. FERRER MAC-GREGOR (dir.), *Derecho procesal constitucional*, pról. Fix-Zamudio H., 5<sup>a</sup> ed., 4 vol., México, Porrúa, 2006, lviii+4094 p. ; E. FERRER MAC-GREGOR & A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (dir.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, 12 vols., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008.

<sup>4</sup> Voir par exemple P. HÄBERLE, « Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts », *Juristenzeitung*, 1973, p. 451-455 ; P. HÄBERLE, « Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht », *Juristenzeitung*, 1976, p. 377-384 ; M. SACHS, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2004, 192 p. ; H. M. HEIMANN, G. KIRCHHOF, C. WALDHOF, *Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht*, München, Beck, 2004, xiv+279 p. ;

constitutionnel », structurent fréquemment l'étude autour d'un triptyque fondamental. Celui-ci distingue (i) la juridiction, c'est-à-dire le rôle du juge, l'organisation juridictionnelle de l'État, les droits et obligations des magistrats, etc. ; (ii) l'action, c'est-à-dire les voies d'accès au juge constitutionnel, les prétentions qui sont exprimées au cours du procès, les conditions de la formulation de la demande, etc. ; (iii) le procès, c'est-à-dire les droits et obligations des parties lors de la production des preuves, l'intervention des tiers, les délais de recours, les nullités, etc. À nouveau, l'objectif servi par de tels concepts tient principalement à la mise en ordre rationnelle des divers éléments présentés.

3. D'autres *topoi* ressortent davantage d'un registre explicatif que d'un registre strictement positif. Concernant les modèles de justice constitutionnelle, tel est notamment le cas de la manière dont est fréquemment expliqué le choix par les autorités de tel ou tel État en faveur de l'une ou l'autre solution-type. À ce titre comme à l'égard de nombreux éléments qui structurent aujourd'hui la discipline, les spécialistes de contentieux constitutionnel sont redevables à Mauro Cappelletti (1927-2004). Celui-ci se montra particulièrement créatif sur le plan des concepts nécessaires à l'étude comparative des recours juridictionnels destinés à assurer le respect des droits fondamentaux. Il identifia ainsi la « juridiction constitutionnelle de la liberté<sup>5</sup> », qui représente l'une des branches essentielles de l'étude du contentieux constitutionnel. Il fut l'un des premiers à tenter une systématisation de la matière offrant des grilles d'intelligibilité opératoires d'un point de vue comparatiste<sup>6</sup>. Il contribua de manière remarquable à la compréhension de la nouvelle forme de société politique juridictionnalisée dont il a examinée la mise en place<sup>7</sup>. La réception et l'audience de ses travaux sont telles que certaines de ses propositions doctrinales apparaissent aujourd'hui comme des évidences indépassables. Dans le domaine des *topoi* explicatifs auxquels ont recours nombre de constitutionnalistes, tel est indéniablement le cas de la thèse qu'il a formulée quant aux raisons pour lesquelles certains constituants font le choix de se doter d'une cour constitutionnelle *ad hoc*, située en marge de l'appareil juridictionnel traditionnel et caractérisée par un certain degré de spécialisation<sup>8</sup>, plutôt que de confier aux juges ordinaires la prise en charge du contentieux constitutionnel.

---

C. HILLGRUBER & C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 3<sup>e</sup> Aufl., Heidelberg, Hamburg, Müller, Verl.-Gruppe Hüthig, Jehle, Rehm, 2011, xx+386 p. ; E. BENDA, E. KLEIN, O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 3<sup>e</sup> Aufl., Heidelberg, Müller, 2012, xxxviii+624 p.

<sup>5</sup> M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale* (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco), Milano, A. Giuffrè, coll. « Quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile », vol. 7, 1955, 154 p. La traduction espagnole a considérablement contribué à diffuser cette conception, voir M. CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco, traducción y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana por Fix-Zamudio H.*, pról. M. Azuela, México, Imprenta universitaria, col. « Publicaciones del Instituto de derecho comparado », 1961, 247 p. Voir également par exemple J. L. CASCAJO CASTRO, « La jurisdicción constitucional de la libertad », *Revista de estudios políticos*, n° 199, 1975, p. 149-198 ; J. BRAGE CAMAZANO, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Porrúa, col. « Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional », 2005, 264 p. ; H. Fix-Zamudio, « Introducción al derecho procesal constitucional », accessible à l'adresse [http://www.colegionacional.org.mx/SACSCMS/XStatic/colegionacional/template/pdf/1997/03%20-%20Hector%20Fix-Zamudio\\_%20Introduccion%20al%20derecho%20procesal%20constitucional.pdf](http://www.colegionacional.org.mx/SACSCMS/XStatic/colegionacional/template/pdf/1997/03%20-%20Hector%20Fix-Zamudio_%20Introduccion%20al%20derecho%20procesal%20constitucional.pdf) (consulté le 29 août 2014), p. 67-73 ; E. FERRER MAC-GREGOR, « Mauro Cappelletti y la jurisdicción constitucional de la libertad », *El siete*, vol. 3, n° 13, 2008, p. 49-52.

<sup>6</sup> Voir en particulier M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, A. Giuffrè, coll. « Studi di diritto comparato », vol. 1, 1968, xii+134 p.

<sup>7</sup> Pour un aperçu suggestif, voir M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », 1990, 397 p.

<sup>8</sup> Pour une présentation elle aussi classique, voir L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, coll. « Que sais-je ? », vol. 2293, 127 p., p. 3, 5-30 ; *Id.*, « La notion de cour constitutionnelle », in P. ZEN-RUFFINEN & A. AUER (dir.), *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing & Lichtenhan, 1996, xx+714 p., p. 15-27.

4. C'est précisément à la formulation de quelques remarques au sujet de cette thèse que sont consacrées les pages qui suivent. À ce titre, l'ambition du présent texte est extrêmement modeste. Il ne discutera pas le présupposé implicite de cette construction, c'est-à-dire l'opposition entre un modèle européen et un modèle américain de justice constitutionnelle, dont on sait le peu de pertinence scientifique. Tout au plus suffit-il à cet égard de rappeler, très brièvement, les différents types de dispositifs de contrôle de constitutionnalité qu'identifiait Humberto Nogueira Alcalá en Amérique du sud en 2003<sup>9</sup> :

1. *Système juridictionnel diffus*, qu'exercent les tribunaux ordinaires (Argentine).
2. *Système juridictionnel concentré au bénéfice d'une cour suprême* (Uruguay).
3. *Système juridictionnel concentré au bénéfice de la cour suprême et de sa chambre constitutionnelle* (Paraguay, Venezuela).
4. *Systèmes mixtes*.
  - 4.1. *Système de contrôle juridictionnel diffus exercé par les tribunaux ordinaires et contrôle concentré exercé par le tribunal suprême* (Brésil).
  - 4.2. *Système de contrôle juridictionnel diffus exercé par les tribunaux ordinaires et contrôle concentré exercé par le tribunal constitutionnel* (Colombie).
5. *Système de contrôle de constitutionnalité dualiste des tribunaux ordinaires et contrôle concentré exercé par les tribunaux constitutionnels* (Pérou, Équateur).
6. *Système de double contrôle concentré de constitutionnalité* par le tribunal constitutionnel (préventif) et la cour suprême (répressif) (Chili).
7. *Système de contrôle concentré uniquement exercé par le tribunal constitutionnel* (Bolivie)<sup>10</sup>.

Il ne s'agit pas davantage de discuter directement la possibilité, les modalités et l'intérêt de l'introduction d'une démarche de type explicatif ou causal<sup>11</sup> dans l'analyse juridique comparative, par ailleurs remarquablement abordés dans un texte de Ran Hirschl<sup>12</sup>. Il ne s'agit pas davantage de formuler une ou des thèses visant à identifier les causes du développement de la justice constitutionnelle en général<sup>13</sup>. Il est de ce point de vue tout à fait indifférent de considérer que celui-ci

---

<sup>9</sup> Pour une présentation actualisée, voir par exemple J. O. FROSINI & L. PEGORARO, « Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification? », in A. HARDING & P. LEYLAND (dir.), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009, 385 p., p. 345-376 ; C. STORINI & J. ESCUDERO SOLIZ, « El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano », *Revista general de derecho público comparado*, n° 9, 2011, accessible à l'adresse :

[http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=410613&d=1](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410613&d=1) (consulté le 22 septembre 2014).

<sup>10</sup> H. NOGUEIRA ALCALÁ, « Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales », *Revista de derecho*, vol. 14, 2003, p. 43-66, p. 62. Voir également H. NOGUEIRA ALCALÁ, « Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias », *Provincia*, 2005, p. 27-93 ; N.P. SAGÜÉS, « Reflexiones sobre las variables de éxito y fracaso de un Tribunal Constitucional », *Pensamiento constitucional*, vol. VIII (8), 2002, p. 431-444, p. 435-436. Pour des propositions de « modélisations » alternatives, voir L. MEZZETTI, « Sistemi e modelli di giustizia costituzionale », in *Id.* (dir.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, pref. G. De Vergottini, Padova, Cedam, 2009, x+815 p., p. 1-98 ; G. TUSSEAU, *Para acabar con los « modelos » de jurisdicción constitucional*, *op. cit.*, p. 111-144.

<sup>11</sup> Voir par exemple G.H. VON WRIGHT, *Explanation and Understanding*, Ithaca, New York, Cornell UP, 1971, xvi+230 p.

<sup>12</sup> R. HIRSCHL, « On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law », in S. CHOUDHRY (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, x+448 p., p. 39-66.

<sup>13</sup> À ce titre, voir par exemple M. SHAPIRO, « The Success of Judicial Review », in S.J. KENNEY, W.M. REISINGER, J.C. REITZ (dir.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, foreword J.H.H. Weiler, Basingstoke, London, MacMillan Press, New York, St. Martin's Press, 1999, xix+254 p., p. 193-219 ; M. SHAPIRO, « The Success of Judicial Review and Democracy », in M. SHAPIRO & A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford UP, 2002, xi+417 p., p. 149-183 ; G. SILVERSTEIN, « Sequencing the DNA of Comparative Constitutionalism: A

obéit à une nécessité logique<sup>14</sup>, répond au besoin pratique de garantir la séparation verticale des pouvoirs<sup>15</sup>, se fonde sur le souci généreux de la protection des droits de l'homme, résulte d'une sournoise entreprise destinée à substituer la « juristocratie » ou la « kritarchie » à la démocratie<sup>16</sup> ou encore dérive, à l'instar de ce que Gouverneur Morris (1752-1816) opposait à un Sénateur du Kentucky afin de justifier le pouvoir des juges de contrôler la constitutionnalité des lois, « d'une autorité plus élevée que cette Constitution[ ...] de la constitution de l'homme, de la nature des choses, du progrès nécessaire des affaires humaines<sup>17</sup>. »

L'optique retenue est essentiellement méta-doctrinale. Elle n'intéresse pas tant l'étude du contentieux constitutionnel positif que le choix des outils intellectuels au moyen desquels celle-ci procède. En ce sens, il s'agit moins d'envisager les causes respectives de l'instauration d'une juridiction constitutionnelle *ad hoc* ou de l'habilitation des juges ordinaires à garantir le respect de la constitution en elles-mêmes que la thèse développée à ce sujet par un auteur particulier, et reproduite de manière relativement constante par les auteurs qui se sont occupés par la suite de rendre compte de l'apparition de certaines manières d'organiser la justice constitutionnelle. Aussi s'agit-il, en le présentant (I) puis en formulant quelques observations critiques à son sujet (II), d'examiner la consistance d'un élément solidement ancré parmi l'ensemble des outils intellectuels de la dogmatique du contentieux constitutionnel.

## I. LA THÈSE EXPLICATIVE DE MAURO CAPPELLETTI

5. Les spécialistes de contentieux constitutionnel conviennent que l'explication de l'existence et de la diffusion de la justice constitutionnelle à travers des États extrêmement variés sur les plans politique, économique, social, culturel, juridique, géographique, *etc.* comporte un certain nombre de difficultés. Lorsqu'un phénomène, tel que l'adoption de systèmes de garantie juridictionnelle de la

---

Thought Experiment », *Maryland LR*, vol. 65, 2006, p. 48-67 ; A. VON BRÜNNECK, « Constitutional Review and Legislation in Western Democracies », in C. LANDFRIED (dir.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 264 p., p. 219-261, p. 249-251.

<sup>14</sup> Pour une critique de cet argument, voir en particulier M. TROPER, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in E. ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain. A French-American Dialogue*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, ix+228 p., p. 215-228.

<sup>15</sup> C.J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, trad. fr. A. Bertrand (dir.), Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de la science politique », 1958, xvi+564 p., p. 127-128 ; O. BEAUD, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMANN (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, ix+188 p., p. 49-72 ; E. SMITH, « The Legitimacy of Judicial Review of Legislation – A Comparative Approach », in *Id.* (dir.), *Judicial Review Under Old Constitutions*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1995, xix+402 p., p. 363-402, p. 367 ; G. SILVERSTEIN, « Sequencing the DNA of Comparative Constitutionalism: A Thought Experiment », *op. cit.*, p. 52-53 ; M. SHAPIRO, « The Success of Judicial Review », *op. cit.*, p. 194-196 ; M. SHAPIRO, « The Success of Judicial Review and Democracy », *op. cit.*, p. 149-150 ; M. SCHOR, « Mapping Comparative Judicial Review », *Washington University Global Legal Studies Law Review*, vol. 7, 2008, p. 257-287, p. 264 ; J. RIVERO, « Rapport de synthèse », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, préf. A. Tunc, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Droit public positif », 1987, 540 p., p. 517-529, p. 518 ; H.W. EHRMANN, *Comparative Legal Cultures*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1976, xiv+172 p., p. 139 ; H. SCHOLLER, « La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence », *Revue de la recherche juridique*, 1993, p. 1163-1172, p. 1164.

<sup>16</sup> Voir par exemple R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), London, Harvard UP, 2004, 286 p.

<sup>17</sup> In *Debates in the Senate of the United States on the Judiciary, during the First Session of the Seventh Congress*, Philadelphia, Thos. Smith, 1802, 324 p., p. 317.



constitution, est présenté, ainsi que le font de nombreux auteurs<sup>18</sup>, sous forme de vagues, quatre grands types d'explications peuvent être formulés<sup>19</sup> : (i) une cause unique rend compte des différents exemples du phénomène ; (ii) un développement parallèle des différentes situations trouve son origine dans des causes locales identiques ; (iii) un effet « boule de neige », conduit à ce que l'apparition d'un système de justice constitutionnelle dans un État s'avère un facteur déterminant de son instauration dans un autre ; (iv) des causes variées conduisent les différents États à adopter une réponse semblable, en raison de la croyance partagée en son efficacité en vue d'un certain but. Aussi s'accorde-t-on à considérer qu'aucune explication univoque ne permet de rendre compte à elle seule de la quasi-universalisation de la justice constitutionnelle.

6. Au contraire, les raisons pour lesquelles des constituants décident de doter leur système de justice constitutionnelle d'une architecture concentrée ou d'une architecture déconcentrée semblent avoir été identifiées d'assez longue date par Mauro Cappelletti<sup>20</sup>, dont l'analyse est très largement reproduite par de très nombreux auteurs. Selon lui,

Les raisons pour lesquelles confier le contrôle de constitutionnalité aux juridictions ordinaires sont assez convaincantes. Tous les juges doivent appliquer le droit au cas à juger. Lorsque des normes incompatibles apparaissent applicables, le juge doit décider laquelle doit prévaloir. Il existe des critères traditionnels à cette fin, tels que *lex posterior derogat legi priori* et *lex specialis derogat legi generali*. Lorsqu'il existe une constitution écrite qui ne peut pas être modifiée par la législation ordinaire, se trouve établie une hiérarchie des normes, et tout comme une loi prévaut sur un acte administratif, une disposition constitutionnelle prévaut sur une loi ordinaire : *lex superior derogat legi inferiori*. Selon ce raisonnement, lorsque les juridictions déclarent une loi incompatible avec une disposition constitutionnelle, elles ne font que remplir leur fonction juridictionnelle normale et fondamentale consistant à 'appliquer le droit'. La simplicité et la logique de ce raisonnement sont telles qu'il peut sembler difficile à première vue de comprendre pourquoi un grand nombre d'États européens qui ont adopté des constitutions écrites ne sont pas parvenus à employer le système américain, et ont dû en passer par l'établissement d'une cour constitutionnelle spéciale située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire<sup>21</sup>.

L'opposition entre les systèmes déconcentrés et les systèmes concentrés recoupe significativement celle entre les systèmes juridiques de *common law* et ceux de « droit écrit », également dits « romano-germaniques » ou de « droit civil ». Des différentes présentations que Cappelletti offre de sa thèse, deux groupes de facteurs explicatifs principaux peuvent être isolés. Le premier tient aux types de dispositifs institutionnels susceptibles de garantir l'uniformité de l'interprétation constitutionnelle (A), tandis que le second a trait à la culture juridique des pays civilistes, et notamment à la mentalité des juges (B).

---

<sup>18</sup> Voir par exemple A. MAVČIČ, *The Constitutional Review*, 2<sup>nd</sup> ed., Lake Mary, Fl., Vandephas Publishing, 2013, 237 p., p. 18-21.

<sup>19</sup> S.P. HUNTINGTON, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, Okla., University of Oklahoma Press, 1991, xvii+366 p., p. 31-34.

<sup>20</sup> M. CAPPELLETTI & J. CLARKE ADAMS, « Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations », *Harvard LR*, vol. 79, 1966, p. 1207-1224, p. 1215-1216 ; M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, *op. cit.*, p. 61-70 ; *Id.*, « Judicial Review in Comparative Perspective », *California LR*, vol. 58(5), 1970, p. 1017-1053, p. 1038-1050 ; M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 461-693, p. 463-464 ; *Id.*, « Communication orale », *ibid.*, p. 494-501, p. 496-499.

<sup>21</sup> M. CAPPELLETTI & J.C. ADAMS, « Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations », *op. cit.*, p. 1214.

### A. Le problème de l'uniformité de l'interprétation constitutionnelle

7. Garantir la suprématie de la constitution implique de s'assurer qu'une interprétation univoque en est donnée et s'impose à l'ensemble des acteurs juridiques. Or les systèmes juridiques de *common law* disposent dans cette perspective d'un mode de fonctionnement qui, spontanément, assure ce résultat. Au contraire, les États qui connaissent un système de droit écrit ne connaissent pas le principe du *stare decisis*<sup>22</sup>. Ce mécanisme assure que les juridictions inférieures sont liées par les décisions des juridictions supérieures, de sorte que la multiplicité des organes d'application du droit ne conduise pas à une multiplicité des solutions retenues et à une insécurité juridique démesurée. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, les décisions d'inconstitutionnalité rendues par les juridictions suprêmes dans une affaire donnée produisent dès lors un effet général ou *erga omnes*, quand bien même l'effet officiellement reconnu à leur jugement est limité au cas d'espèce. Les éventuels désaccords entre juridictions inférieures quant à la constitutionnalité de tel ou tel dispositif juridique sont tôt ou tard résolus de manière uniforme par la juridiction suprême, au terme de l'exercice des voies de recours.

Au contraire, dans les systèmes relevant de la tradition romano-germanique, l'absence de *stare decisis* exclut tout moyen juridique de parvenir à une interprétation uniforme de la constitution. L'effet relatif de la chose jugée conduit à ce qu'une seule et unique loi puisse être déclarée constitutionnelle et appliquée dans un litige donné par un juge particulier, tandis qu'elle est considérée inconstitutionnelle et donc laissée inappliquée dans un autre litige par un autre juge ou par le même juge. De graves difficultés tenant à l'incohérence des solutions de droit retenues en sont par exemple résultées au Brésil<sup>23</sup> ou au Japon, qui a fait le choix d'un système déconcentré sans *stare decisis*<sup>24</sup>. En Argentine, dans une affaire jugée le 17 octobre 1923 et mettant en cause la constitutionnalité d'une loi fiscale, la Cour suprême a expressément affirmé que « bien que la situation du plaignant vis-à-vis du nouveau taux de l'impôt puisse être identique à celles qui existaient vis-à-vis des taux qui faisaient l'objet du procès, l'inconstitutionnalité alors déclarée n'a aucun effet si ce n'est à l'égard du montant dont la décharge faisait l'objet du recours et du jugement<sup>25</sup>. » Ce dispositif a entraîné des conséquences particulièrement pénibles pour les requérants pendant des périodes de crise économique, où une décision des juges constitutionnels imposant de laisser les citoyens accéder à leurs avoirs que détenaient les banques ne valait que pour le demandeur et uniquement pour le compte bancaire concerné<sup>26</sup>.

8. Simultanément, l'existence fréquente d'une pluralité d'ordres de juridictions (judiciaires, administratives, militaires, financières, *etc.*) en leur sein ou bien d'un

---

<sup>22</sup> Voir par exemple à ce sujet N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge UP, 2008, xv+189 p. ; M.J. GERHARDT, *The Power of Precedent*, Oxford, New York, Oxford UP, 2008, 340 p. ; M. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, 107 p. ; T. BUSTAMANTE & C. BERNAL PULIDO (dir.), *On the Philosophy of Precedent*, Stuttgart, Franz Steiner, 2012, 144 p.

<sup>23</sup> M.A. CASTRO E CAMARGO, « A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira », *Revista general de derecho público comparado*, n° 3, 2008, p. 1-31, p. 6-9.

<sup>24</sup> M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, *op. cit.*, p. 63-64 ; K. HAYASHIDA, « Constitutional Court and Supreme Court of Japan », in K.D. BRACHER, C. DAWSON, W. GEIGER (dir.), *Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz Zum 65. Geburtstag*, Bd. 2 « Staats- und Verfassungsrecht », Tübingen, J.C.B. Mohr, 1966, xiv+999 p., p. 407-426.

<sup>25</sup> *Pereyra Iraola*, Fallos 139:65 (1923). Voir également *Zemba de Fiamberti*, Fallos 183:76 (1939) ; *Gregolinsky y Cía*, Fallos 202:184 (1945) ; *Malenky*, Fallos 264:364 (1973).

<sup>26</sup> P. NAVIA & J. RÍOS-FIGUEROA, « The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America », *Comparative Political Studies*, vol. 38, 2005, p. 189-217, p. 207.

ordre juridictionnel unique coiffé par une juridiction suprême extrêmement nombreuse, et fonctionnant dès lors en formations plus ou moins autonomes, ajoute à la nécessité, pour les États relevant de cette tradition, de se doter d'une juridiction *ad hoc*.

Selon Cappelletti, le seul moyen pour les constituants européens d'aboutir à l'effet *erga omnes* que revêtent en pratique les décisions constitutionnelles des juridictions de *common law* consiste à renoncer à la décentralisation – verticale ou horizontale – du contrôle. Selon ce raisonnement, pour atteindre les résultats du modèle américain, il était nécessaire, dans le contexte juridique européen, de créer un autre modèle de contrôle de constitutionnalité, et de confier de manière exclusive la garantie de la constitution à un organe *ad hoc* spécialisé. Cette « règle technique », formulant le moyen nécessaire pour parvenir au résultat qu'est l'interprétation uniforme de la constitution, est également commandée par un second groupe de facteurs explicatifs.

### ***B. Le problème de l'idéologie juridictionnelle dominante***

9. Il est nécessaire aux yeux de Cappelletti d'insister sur certains éléments de sociologie des personnels judiciaires et sur l'idéologie qui les anime. Dans les systèmes de *common law*, les juges sont parfaitement accoutumés à l'idée qu'ils exercent un pouvoir normatif distinct de celui du législateur, et relativement autonome par rapport à lui. Forts de cette conception de la séparation des pouvoirs, ils éprouvent moins de scrupules à empiéter sur la fonction des représentants élus, au point, parfois, d'invalider les normes que ceux-ci ont produites au motif qu'elles violent la constitution.

Telle n'est pas l'attitude des juges des États de droit romano-germanique. Ceux-ci ne sont pas recrutés à travers des processus largement teintés de considérations politiques. Ils entrent en général dans la magistrature très tôt après leurs études et y font carrière. L'évolution de cette carrière est notamment fonction de leur socialisation à une conception selon laquelle leur mission est d'appliquer la loi. De ce fait, ils s'avèrent largement incapables de se détacher de leur rôle de « bouches de la loi », telles que les présente Montesquieu<sup>27</sup>, pour se livrer à des opérations d'interprétation constitutionnelle. La coloration politique et morale des textes constitutionnels contemporains les distingue nettement des lois ordinaires. Leur liaison avec des valeurs abstraites est plus nette et appelle d'autres méthodes que celles applicables à l'interprétation législative. Selon les deux grands idéaux-types de raisonnement juridique dégagés par Robert Alexy, les juges continentaux sont aptes à appliquer le droit dans un contexte de subsomption, mais ne sont pas en mesure de se livrer aux opérations de conciliation et de pondération qu'implique le fait de mettre en œuvre des normes constitutionnelles<sup>28</sup>. Aller jusqu'à envisager de censurer une loi, conçue comme la source du droit par excellence, n'apparaît pas « culturellement correct<sup>29</sup> ». Aussi certains auteurs estiment-ils pouvoir établir une forme d'éthos professionnel particulier aux juges constitutionnels<sup>30</sup>, qui serait

---

<sup>27</sup> C. DE MONTESQUIEU [1748], *De l'esprit des lois*, éd. V. Goldschmidt, Paris, GF-Flammarion, 1979, vol. 1, 507 p., p. 298-301 (I, XI, VI).

<sup>28</sup> Voir par exemple R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, p. 433-449.

<sup>29</sup> W. MASTOR, « Opiner à voix basse... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, xlv+1166 p., p. 725-751, p. 734.

<sup>30</sup> Voir par exemple en ce sens J. BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN, « El juez constitucional », *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2008, p. 15-42.



étranger aux magistrats européens, tandis que certains juges judiciaires devenus juges constitutionnels notent eux-mêmes la nécessité de modifier leur tournure d'esprit<sup>31</sup>. C'est pourquoi, lorsqu'ils ont souhaité mettre en place des juridictions constitutionnelles, les constituants n'ont pu se reposer sur les juges ordinaires, qui n'étaient pas susceptibles de prendre en charge la dimension politique de cette activité, mais ont dû confier la garantie de la constitution à une institution plus adaptée à cette tâche : une juridiction constitutionnelle *ad hoc*, composée selon des critères spécifiques<sup>32</sup>. Dans le même sens, Paul Duez note qu'en France les mœurs judiciaires, la timidité historique des juges et leur manque de prestige social constituent un obstacle au contrôle de constitutionnalité<sup>33</sup>.

10. Ces deux séries d'éléments expliquent aux yeux de Cappelletti la manière particulièrement insatisfaisante dont la justice constitutionnelle a fonctionné en Europe lorsqu'elle a été organisée de manière déconcentrée. Ainsi, la septième disposition transitoire de la Constitution italienne prévoyait que « Tant que la Cour constitutionnelle ne sera pas entrée en fonction, le jugement des différends prévus par l'article 134 a lieu dans les formes et dans les limites des règles antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution ». Entre 1948 et 1956, faute pour les autorités politiques de réunir les majorités nécessaires à la nomination des juges constitutionnels, ce sont donc les juges ordinaires qui ont pris en charge l'application de la Constitution. Or, de l'avis de nombreux juristes, cette expérience s'est avérée calamiteuse. La Cour de cassation a plutôt cherché à faire obstacle à l'application de la Constitution. Elle a notamment opéré, parmi les normes constitutionnelles, une distinction entre « norme *precettive* », susceptibles d'être appliquées par les juges, et « norme *programmatische* », réputées se limiter à guider l'action des pouvoirs publics, sans pouvoir faire l'objet d'une sanction juridictionnelle avant d'avoir été convenablement concrétisées<sup>34</sup>. Or les constituants entendaient préciser que les normes programmatiques, parmi lesquelles de nombreux droits fondamentaux, puissent servir, après la Seconde Guerre mondiale, à un renouveau du droit italien. C'est pourquoi, à l'inverse de la juridiction judiciaire suprême, dès sa première décision, la Cour constitutionnelle rejeta cette distinction, et affirma la pleine justiciabilité de l'ensemble des normes constitutionnelles et leur caractère de paramètre du contrôle de constitutionnalité :

La distinction entre normes prescriptives et normes programmatiques peut s'avérer déterminante pour décider de l'abrogation d'une loi ou de son maintien en vigueur, mais elle n'est pas décisive dans le cadre des jugements de légitimité constitutionnelle, puisque l'inconstitutionnalité d'une loi peut également

<sup>31</sup> Voir par exemple P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », in F. DELPÉRÉE & P. FOUCHER (dir.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Centre d'études constitutionnelles et administratives », Vol. 13, 1998, 201 p., p. 25-42, p. 30-31.

<sup>32</sup> Voir dans le même sens E. LAMBERT, « Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour suprême des États-Unis », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, xiii+832 p., p. 469-505, p. 504-505 ; H. NOGUEIRA ALCALÁ, « Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias », *op. cit.*, p. 29 ; Nogueira Alcalá H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, col. « Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional », vol. 2, 2004, xx+303 p., p. 44 ; G. VANBERG, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2005, xii+193 p., p. 79-80 ; G. FERNANDES DE ANDRADE, « Comparative Constitutional Law: Judicial Review », *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2001, p. 977-989.

<sup>33</sup> P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, xiii+832 p., p. 211-249, p. 244-245.

<sup>34</sup> Cass. Pen., sections unies, 7 février 1948, *Foro italiano*, II, 1948, p. 57. Voir P. CALAMANDREI, « Come si fa a disfare una Costituzione », in Aa. Vv., *Dieci anni dopo: 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, Laterza, 1955, x+598 p., p. 209-316 ; M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, *op. cit.*, p. 77.

découler, dans des cas déterminés, de son incompatibilité avec des normes qui sont dites programmatiques, et ce d'autant plus que dans cette catégorie sont fréquemment incluses des normes constitutionnelles de contenu très varié : de celles qui se limitent à esquisser des programmes génériques dont la réalisation future est incertaine, puisque subordonnée à la présence de conditions qui la permettent, à des normes dont le programme, si l'on veut lui donner ce nom, est si concret qu'il ne peut pas ne pas lier immédiatement le législateur et se répercuter sur l'interprétation de la législation précédente et sur le maintien de l'efficacité de certaines de ses parties ; il existe donc des normes qui fixent des principes fondamentaux, et qui ont une incidence sur l'ensemble de la législation<sup>35</sup>.

De plus, l'établissement d'une juridiction constitutionnelle spécifique, distincte des juridictions ordinaires heurterait moins une conception relativement rigide de la séparation des pouvoirs, selon laquelle il ne revenait pas aux juges de censurer l'action du législateur, qui exprime, selon la mystique rousseauiste, la volonté générale<sup>36</sup>. En laissant à l'identique la fonction d'application de la loi des juges ordinaires, l'instauration d'une juridiction constitutionnelle *ad hoc* permet à nouveau de maintenir la conception de la séparation des pouvoirs dominante dans ces États. Ainsi que le note par exemple un président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le respect de la majesté de la loi impose que « Seul un tribunal, qui occupe une position particulière dans le domaine du droit constitutionnel doit pouvoir déclarer les actes du législateur inconstitutionnels<sup>37</sup> ».

11. C'est sur le fondement de cette analyse, qui éclaire indubitablement certains éléments majeurs de la trajectoire de différenciation des systèmes de justice constitutionnelle, que s'appuient de très nombreux auteurs<sup>38</sup>. À ce titre, les causes

---

<sup>35</sup> Sent. 1/1956.

<sup>36</sup> Sur ce thème, voir en particulier D. FONSECA, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Thèse de Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009, 790 p.

<sup>37</sup> G. MÜLLER, « La Cour constitutionnelle fédérale de la République fédérale d'Allemagne », *Revue de la Commission internationale des juristes*, vol. 6(2), 1965, p. 211-238, p. 224.

<sup>38</sup> Voir par exemple R.R. LUDWIKOWSKI, « Constitution Making in the Countries of Former Soviet Dominance: Current Developments », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 23, 1993, p. 155-268, p. 258-259 ; R.R. LUDWIKOWSKI, *Constitution-Making in the Region of Former Soviet Dominance*, Durham, London, Duke UP, 1996, ix+641 p., p. 214 ; H. SCHWARTZ, « A Brief History of Judicial Review », in A. SHEDLER, L. DIAMOND, M. PLATTNER (dir.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, Co., Lynne Rienner, 1999, x+393 p., p. 145-150, p. 148 ; H. SCHWARTZ, « Surprising Success: The New Eastern European Constitutional Courts », *op. cit.*, p. 197-198 ; A. RUIZ MIGUEL, « Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional », *Doxa*, n° 23, 2000, p. 145-160, p. 148 ; R.F. UTTER & D.C. LUNDGAARD, « Comparative Aspects of Judicial Review: Issues Facing the New European States », *Judicature*, vol. 77, 1994, p. 240-247, p. 241 ; K. VON BEYME, « The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems », *op. cit.*, p. 25, 30-31 ; L. GARLICKI, « Constitutional Courts versus Supreme Courts », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5 (1), 2007, p. 44-68, p. 45 ; L. GARLICKI, « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens / développements récents », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 227-246, p. 231 ; J. RÍOS-FIGUEROA, « Institutions for Constitutional Justice in Latin America », in J. RÍOS-FIGUEROA & G. HELMKE (dir.), *Courts in Latin America*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2011, x+342 p., p. 27-54, p. 37 ; G. VANBERG, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, *op. cit.*, p. 79-80 ; A. HARDING, P. LEYLAND, T. GROPP, « Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective », in A. HARDING & P. LEYLAND (dir.), *Constitutional Courts*, *op. cit.*, p. 1-27, p. 11-12 ; D. LANDAU, « The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America », *The George Washington International LR*, vol. 37, 2005, p. 687-744 ; L. FAVOREU & W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2011, 161 p., p. 9-14 ; K.S. ROSENN, « The Protection of Judicial Independence in Latin America », *Miami Inter-American LR*, vol. 19, 1987-1988, p. 1-35, p. 33 ; G. FERNANDES DE ANDRADE, « Comparative Constitutional Law: Judicial Review », *op. cit.* ; V.C. JACKSON & M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, 2<sup>nd</sup> ed., New York, Foundation Press, 2006, lxxv+1776 p., p. 467-468 ; H. HAUSMANINGER, « Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia », *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol. 12, 1997, p. 25-37 ; V. BARSOTTI, V. VARANO, « Standing to Raise Constitutional Issues in Italy », in R.S. KAY (ed.),

que Cappelletti présente afin d'expliquer le choix des constituants en faveur de l'un ou l'autre des deux modèles de justice constitutionnelle font figure de point d'ancrage incontournable de l'analyse constitutionnaliste. Elles revêtent un rôle structurant pour la discipline et la détermination du cadre intellectuel dans lequel sont susceptibles d'être formulées des hypothèses de recherche. Sur le plan de la politique institutionnelle, ces considérations ont indéniablement contribué de manière non négligeable à infléchir les processus constituants des États de l'ancien bloc soviétique vers la mise en place de cours constitutionnelles *ad hoc*. Toutefois, le pouvoir explicatif de cette thèse n'est pas sans se heurter à un certain nombre de limites.

## II. OBSERVATIONS CRITIQUES

12. Sans qu'il s'agisse ici de tester empiriquement chacun des différents facteurs explicatifs traditionnellement mis en valeur<sup>39</sup>, deux types d'observations peuvent être formulés. D'un point de vue interne à la démarche de Cappelletti, tout d'abord, il apparaît que certaines des hypothèses explicatives retenues manquent soit de solidité, soit de précision (A). D'un point de vue externe, il importe ensuite, à l'instar d'un courant important de l'étude du contentieux constitutionnel, d'attirer l'attention sur des facteurs explicatifs que sa thèse ignore indûment (B).

### A. Critique interne : les facteurs explicatifs contestables

13. En premier lieu, les exemples d'États qu'il est possible de rattacher à la « famille » des droits romano-germaniques et qui ont développé des formes de contrôle de constitutionnalité proches du modèle américain ne sont pas si exceptionnels. En Grèce, le pouvoir de contrôler de manière incidente la constitutionnalité des lois se développa dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>40</sup>. C'est pourquoi il est possible de relativiser l'idée que les juges européens et, plus largement, ceux qui évoluent dans un environnement de droit civil, ne sont pas culturellement aptes à exercer le contrôle de constitutionnalité<sup>41</sup>. Au Portugal, c'est à la même époque que les tribunaux affirmèrent leur pouvoir d'écarter la loi inconstitutionnelle. Sous l'influence de la justice constitutionnelle qui s'était développée dans son ancienne colonie brésilienne, l'ancienne métropole adopta un

---

*Standing to Raise Constitutional Issues. Comparative Perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2005, x+365 p., p. 41-65, p. 44 ; K. ASMAL, « Constitutional Courts – A Comparative Survey », *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 24(3), 1991, p. 315-340, en particulier p. 317-318.

<sup>39</sup> Voir par exemple à ce titre F. RAMOS ROMEU, « The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions », *Review of Law & Economics*, vol. 2 (1), 2006, p. 103-135.

<sup>40</sup> Voir par exemple P. VELERIS, « La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1967, p. 439-477 ; C. PAPANIKOLAOU, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Grèce (l'art. 93 al. 4 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975) », in J. GIUDICELLI & C. PAPANIKOLAOU, *La justice constitutionnelle : Italie-Grèce*, préf. C. Goyard, Paris, LGDJ, coll. « Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II », 1997, xii+196 p., p. 115-196, p. 129-138 ; E. SPILIOPOULOS, « Judicial Review of Legislative Acts in Greece », *Temple Law Quarterly*, vol. 56 (2), 1983, p. 463-502, p. 469-475 ; E. KASTANAS, *Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1993, viii+127 p.

<sup>41</sup> Voir en ce sens C. PAPANIKOLAOU, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Grèce (l'art. 93 al. 4 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975) », *op. cit.*, p. 180 ; A.R. BREWER-CARIAS, « Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law » in *Id.* (dir.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2011, xxviii+933 p., p. 5-191, p. 14.

système de contrôle diffus. La Constitution de 1911 confirma ce pouvoir dans son article 63 : « Lorsque, dans les affaires soumises à son jugement, l'une des parties conteste la validité de la loi ou de textes émanant du pouvoir exécutif ou d'institutions titulaires de l'autorité publique dont l'application est demandée, le pouvoir judiciaire apprécie sa légitimité constitutionnelle ou leur conformité à la Constitution et aux principes qu'elle consacre. » La réflexion constitutionnelle suisse est également très riche. Dès 1848, fut organisé un contrôle diffus de constitutionnalité des seules lois cantonales, la souveraineté de la loi fédérale demeurant intacte. En outre, témoignant de préoccupations sensibles à la même époque en Amérique latine, un recours de protection des droits de l'homme fut mis en place (art. 105 C 1848 ; art. 113.3 C 1874). C'est hors de toute habilitation expresse que la Cour suprême norvégienne a admis le contrôle incident de la constitutionnalité des lois<sup>42</sup>. L'historiographie dominante le fait remonter à une décision du 1<sup>er</sup> novembre 1866, mais il semble que la pratique soit bien antérieure<sup>43</sup>. Par la suite, les tribunaux islandais se reconnurent le même pouvoir en 1900 (Lyrd. VI.176) et ceux du Danemark dans les années 1910, toujours sur le fondement d'une influence étasunienne (UFR. 1913.457)<sup>44</sup>. C'est de manière prétorienne que les juges roumains se sont auto-habilités à contrôler la constitutionnalité des lois dans l'affaire dite « des tramways », avant que la Constitution consacre ce pouvoir explicitement<sup>45</sup>. La première section de la Haute Cour de cassation et de justice a décidé, par un arrêt n° 261 du 16 mars 1912 confirmant la décision des juges inférieurs, que les juges ordinaires disposaient de la faculté de déclarer des lois contraires à la Constitution. Selon la Cour, dont le raisonnement emprunte largement à la consultation de Henri Berthélemy et Gaston Jèze ainsi qu'à l'argumentation de John Marshall,

Considérant que lorsqu'une loi invoquée dans une cause quelconque est contraire à la Constitution, le juge en présence de ce conflit ne peut pas se soustraire au jugement du procès ; que tout comme en cas de contradiction entre deux lois ordinaires il est du droit et du devoir du juge de les interpréter et de décider laquelle des deux doit être appliquée et qu'il est tout autant de son devoir d'agir de même au cas où l'une de ces deux lois est la Constitution : considérant que dans ces limites on ne saurait contester au pouvoir judiciaire le droit de vérifier la constitutionnalité d'une loi ; qu'en effet ce droit résulte en premier lieu et tout naturellement et logiquement de la nature et des attributions de ce pouvoir qui sont d'appliquer les lois et par conséquent la loi constitutionnelle également, qu'il n'existe dans la Constitution aucune disposition qui enlève ce droit au pouvoir judiciaire.

---

<sup>42</sup> Voir J. HUSA, *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang, 2002, 209 p., p. 127.

<sup>43</sup> R. SLAGSTAD, « The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System », in E. SMITH (dir.), *Judicial Review Under Old Constitutions*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1995, xix+402 p., p. 81-111.

<sup>44</sup> J. HUSA, *Nordic Reflections on Constitutional Law*, op. cit., p. 127.

<sup>45</sup> Voir par exemple G. JÈZE, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *Revue du droit public*, 1912, p. 138-156 ; L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913, xix+285 p., p. 100-101 ; E. MICLESCO, « Technique de la Cour de cassation roumaine pour l'examen de l'inconstitutionnalité des lois », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 3 Vols., Paris, Sirey, 1934, xxxi+309 p., ix+573 p., xvii+546 p., vol. 3, p. 69-76. Voir le texte de l'arrêt, « L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie », *Revue du droit public*, 1912, p. 365-368. Voir également A.R.F. RADULESCO, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Roumanie*, Paris, Les presses modernes, 1935, 140 p. ; G. CONAC, « Une antériorité roumaine : le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxii+1148 p., p. 399-427.



Par la suite la Constitution a ratifié cette évolution, tout en opérant une concentration du contrôle (art. 103 C 1923). Le contrôle décentralisé n'apparaît donc pas intrinsèquement étranger à la culture civiliste.

14. En deuxième lieu, l'opposition qu'établit Mauro Cappelletti en matière d'application du principe du précédent est quelque peu artificielle. Les pays de droit romano-germanique ne l'ignorent pas, dans la mesure où les juridictions inférieures sont conduites, du fait de la succession des voies de recours, à se plier aux décisions des juridictions suprêmes. Il en résulte qu'une décision d'une cour suprême de l'un de ces États rendue dans une affaire précise, et revêtue de l'autorité relative de la chose jugée, n'en est pas moins de nature à avoir un effet *erga omnes*<sup>46</sup>. Ainsi que le note par exemple Antonis Manitakis à propos de la longue tradition de contrôle diffus des tribunaux grecs, malgré le principe de l'effet *inter partes* des jugements, « les déclarations d'inconstitutionnalité des Cours supérieures, et notamment celles prononcées par le Conseil d'État en assemblée plénière, ont souvent un impact considérable et créent, à cause de l'autorité dont jouit la haute juridiction administrative, un *précédent jurisprudentiel*<sup>47</sup>. » Dans le même sens, la Cour suprême argentine, pourtant réputée comme l'une des plus attachée au principe de l'effet *inter partes* de ses décisions, a quasiment imposé dès sa création que « les juridictions inférieures doivent aligner leurs procédures et leurs décisions sur celles de la Cour suprême dans les cas semblables<sup>48</sup> ».

Inversement, le principe du *stare decisis* et *quieta non movere* fonctionne aux États-Unis d'une manière qui n'a rien de rigide, et qui n'exclut pas, notamment, les revirements de jurisprudence et donc les changements d'interprétation de la Constitution. Dans les termes du président Rehnquist, « Le *stare decisis* n'est pas un commandement inexorable, mais un "principe de politique (*policy*) et non une formule mécanique d'adhésion à la dernière décision" [...]. C'est particulièrement vrai en matière constitutionnelle, parce que dans ces affaires, "la correction par le législateur est pratiquement impossible"<sup>49</sup> ». Il n'exclut pas davantage des frondes ponctuelles des juridictions inférieures<sup>50</sup>, voire de véritables mouvements en faveur

---

<sup>46</sup> Voir en particulier D.N. MACCORMICK & R.S. SUMMERS (dir.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, Ashgate, 1997, x+585 p. ; L. PEGORARO, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, pról. G.A. Figueroa Mejía, presentación J.J. PÉREZ COLUNGA, Santiago de Querétaro, Fundación universitaria de derecho, administración y política, 2011, 650 p., p. 275-277 ; L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Bononia UP, coll. « Ricerche di diritto pubblico comparato », 2014, 318 p., p. 109 ; P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », *op. cit.*, p. 222-223 ; A.R. BREWER-CARIAS, « Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law » in *Id.* (dir.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge, New York, *op. cit.*, p. 15 ; L.G. MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 3<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos tribunais, 2013, 544 p.

<sup>47</sup> A. MANITAKIS, « Fondement et légalité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 40, 1988, p. 39-55, p. 52. Voir de même E. SPILIOPOULOS, « Judicial Review of Legislative Acts in Greece », *op. cit.*, p. 486-487.

<sup>48</sup> *García Aguilera*, Fallos 9:53 (1870). Voir également, plus récemment, *Halabi*, Fallos 332:111 (2009). Voir N.P. SAGÜÉS, « Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino », *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 12, 2008, p. 333-356 ; J. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, « Efectos de la sentencias constitucionales en el derecho argentino », *Cuestiones constitucionales*, n° 21, 2009, p. 295-318.

<sup>49</sup> *Payne v. Tennessee* 501 US 808 (1991). Voir par exemple à ce sujet E. ZOLLER, « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006 ; S. BRENNER & H.J. SPAETH, *Stare Decisis*, New York, Cambridge UP, 1995, xii+151 p. ; J. KNIGHT & L. EPSTEIN, « The Norm of *Stare Decisis* », *American Journal of Political Science*, vol. 40(4), 1996, p. 1018-1035.

<sup>50</sup> Voir par exemple J.K. BEATTY, « State Court Evasion of United States Supreme Court Mandates During the Last Decade of the Warren Court », *Valparaiso University LR*, vol. 6, 1972, p. 260-285 ; J.H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, xviii+494 p., p. 140-142 ; E.H. CAMINKER, « Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? », *Stanford LR*, vol. 46, 1994, p. 817-873.



d'une autonomie accrue des juridictions étatiques dans le cadre d'un « nouveau fédéralisme juridictionnel »<sup>51</sup>.

15. En troisième lieu, la question de l'effet personnel des décisions de constitutionnalité, d'une part, et celle de la concentration du contrôle de constitutionnalité entre les mains d'un seul organe ou au contraire de sa diffusion au profit d'une pluralité de juridictions sont totalement indépendantes l'une de l'autre, aussi bien sur le plan conceptuel que sur le plan pratique. Il est parfaitement possible qu'un contrôle de constitutionnalité totalement déconcentré aboutisse à des décisions valant *erga omnes*, tandis qu'un contrôle concentré aboutit à des décisions *inter partes*. Des exemples de la première hypothèse sont connus au Paraguay et au Nicaragua<sup>52</sup>. Concernant la seconde, il est possible de retenir l'exemple des décisions des cours constitutionnelles rendues sur recours direct abstrait ou sur renvoi préjudiciel des juges ordinaires. Leur effet s'étend d'ordinaire *erga omnes* si elles prononcent l'inconstitutionnalité. Tel est par exemple le cas en Allemagne (art. 31 LCCF), en Italie (art. 136 C), en Bolivie (art. 78 CPC), en Colombie (art. 48.1 Ley estatutaria de la administración de justicia n° 270 du 7 mars 1996 ; art. 21 du décret 2067 de 1991) ou en Équateur (art. 95 LOGJCC). Mais en Belgique, une décision de la Cour constitutionnelle *ad hoc* rendue sur renvoi préjudiciel n'a jamais d'effet *erga omnes*. Selon l'article 28 de la Loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, « La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 26, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle ». Il s'agit uniquement d'une autorité relative — puisqu'elle ne concerne que l'affaire en cause — dite « renforcée<sup>53</sup> » — puisqu'elle s'impose aux autres juridictions susceptibles d'en connaître<sup>54</sup>.

Au contraire, dans la plupart des systèmes concentrés, la décision ne vaut en général qu'à l'égard du type d'argumentation développé par les demandeurs, aussi bien en termes de dispositions mises en cause que de paramètres de contrôle mobilisés, si elle conclut à la constitutionnalité, et donc au rejet du recours<sup>55</sup>. L'article 38.2 LOTC espagnole prévoit à ce titre que « Les décisions rejetant les demandes, rendues dans le cadre des recours en inconstitutionnalité et des conflits

---

<sup>51</sup> Voir par exemple R.F. WILLIAMS, « In the Supreme Courts's Shadow: Legitimacy of State Rejection of Supreme Court Reasoning and Result », *South Carolina LR*, vol. 35, 1984, p. 353-404 ; T. MORAWETZ, « Deviation and Autonomy: The Jurisprudence of Interpretation in State Constitutional Law », *Connecticut LR*, vol. 26, 1994, p. 635-657 ; L. FRIEDMAN, « The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism », *Hastings Constitutional LQ*, vol. 28, 2000, p. 93-144.

<sup>52</sup> Voir par exemple N. LÖSING, « La justicia constitucional en Paraguay y Uruguay », *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2002, p. 109-133, p. 115-116 ; P. PÉREZ TREMP, « La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América latina », *Revista del Foro constitucional iberoamericano*, n° 2, 2003, p. 66-81.

<sup>53</sup> Voir par exemple J. VAN COMPERNOLL & M. VERDUSSEN, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, 2003, accessible à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-14/la-reception-des-decisions-d-une-cour-constitutionnelle-sur-renvoi-prejudiciel-l-exemple-de-la-cour-d-arbitrage-de-belgique.52019.html> (consulté le 12 octobre 2014).

<sup>54</sup> Un dispositif identique existe au Luxembourg (art. 15 LCC). Mais simultanément, l'art. 6 LCC précise qu'une juridiction ne peut pas saisir la Cour constitutionnelle si celle-ci a déjà statué sur une question ayant le même objet. Une forme d'effet de précédent est donc aménagée par la loi elle-même. Voir par exemple N. KUHN, E. ROUSSEAU., « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise : dernière pierre à l'édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale », *RIDC*, 2001, p. 453-482, p. 467-468.

<sup>55</sup> La France, en matière de questions prioritaires de constitutionnalité (art. 23-2 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel), ainsi que la Turquie, où l'art. 152 C empêche pendant une durée de dix ans toute nouvelle question d'inconstitutionnalité visant une disposition déclarée constitutionnelle, offrent néanmoins des contre-exemples.

de protection de l'autonomie locale, empêcheront que la question soit posée de nouveau ultérieurement par l'une quelconque de ces deux voies si elle est fondée sur la même violation d'une disposition constitutionnelle identique. » Tel est également le cas en Italie (voir par exemple sent. 225/1994)<sup>56</sup>, au Portugal (STC 85/85 ; 15/88 ; 473/92)<sup>57</sup> ou au Pérou (art. 37 LOTC). En effet, ainsi que le note Gustavo Zagrebelsky, « alors que les décisions qui font droit au recours [préjudiciel] se prononcent *sur la loi*, et en déclarent l'inconstitutionnalité, les décisions de rejet se prononcent uniquement *sur la question*, qu'elles déclarent infondée<sup>58</sup> ». Ces dernières décisions repoussent simplement l'argumentation que le juge et — éventuellement — les parties exposent afin d'explicitier les doutes qu'ils entretiennent quant à la constitutionnalité des textes ou des normes en cause. Elles ne confèrent pas un irrémédiable brevet de constitutionnalité aux actes attaqués. Elles n'excluent en rien qu'une autre argumentation puisse emporter la conviction de la juridiction constitutionnelle, et n'ont donc d'effet que sur le juge qui a posé la question, dans le cadre de l'affaire pendante. La déconnexion entre l'existence d'une juridiction constitutionnelle établie selon le modèle européen, d'une part, et l'effet *erga omnes* de ses décisions peut même se présenter de manière plus générale. Ainsi, au Portugal, lorsqu'une question de constitutionnalité se pose devant un tribunal ordinaire et est ensuite transmise, par la voie des recours, au Tribunal constitutionnel (art. 280 C), celui-ci — bien qu'il soit une juridiction constitutionnelle *ad hoc* — rend une décision dont l'effet n'est qu'*inter partes*. De même, l'effet des décisions rendues par l'un des premiers tribunaux constitutionnels concentrés, archétype historique de la construction doctrinale des modèles de justice constitutionnelle, le Tribunal de garanties constitutionnelles espagnol de la Seconde République, ne s'étendait qu'au litige tranché. L'extension de l'effet personnel de ses jugements s'opérait de manière pragmatique, lorsqu'elle était nécessaire, à travers des décrets émanant du pouvoir exécutif<sup>59</sup>. Structure organique de la justice constitutionnelle et effet des décisions sont donc indépendants l'un de l'autre.

16. En quatrième lieu, de manière générale, ainsi que l'illustre cet exemple espagnol, il existe de nombreuses autres manières pour un système décentralisé de garantie de la constitution ne connaissant pas le principe anglo-américain du précédent d'assurer l'effet général des décisions rendues en la matière, que celle consistant à mettre en place une juridiction constitutionnelle *ad hoc*. À titre d'exemple, au Mexique, la procédure de « *suplicia de la queja deficiente* » permet d'étendre la portée de décisions pourvues d'un simple effet *inter partes*, qui est celui prévu à titre de principe par l'article 107.II C. L'article 73 de la Loi d'amparo confirme l'effet strictement circonscrit des décisions rendues en la matière. Mais l'article 76 permet dans une certaine mesure de contourner cette limitation. Il prévoit que les juges devront pallier les lacunes de la demande formulée par le justiciable, afin d'éviter que lui soient appliquées des normes

---

<sup>56</sup> R. RICCI, *Le procès constitutionnel en Italie. L'élaboration d'un droit processuel constitutionnel*, préf. J.-C. Escarras, Paris, Aix-en Provence, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », 1996, 160 p., p. 85-86 ; R. ROMBOLI, « La tipologia de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental », *Revista española de derecho constitucional*, vol. 16, n° 48, 1996, p. 35-80, p. 60-61.

<sup>57</sup> A. MARTÍN DE LA VEGA, « Sentencia desestimatoria y reversibilidad del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley. Una perspectiva desde el derecho comparado », in E. FERRER MAC-GREGOR & A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (dir.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, op. cit., vol. 5, xl+850 p., p. 485-509, p. 496. Voir en particulier R. MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade católica editora, 1999, 945 p.

<sup>58</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, 392 p., p. 183-184.

<sup>59</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., p. 336, 398.

estimées, par ailleurs, dans des décisions dépourvues d'effet *erga omnes*, inconstitutionnelles<sup>60</sup>. En outre, malgré le fait qu'aucune juridiction constitutionnelle *ad hoc* n'existe et que le Mexique s'inscrit résolument dans la tradition du droit civil censément dépourvue de *stare decisis*, il est prévu que si cinq décisions d'inconstitutionnalité identiques sont rendues successivement, un effet *erga omnes* s'attache dorénavant à l'invalidation normative (art. 222 et s. Ley de amparo). De manière encore plus claire, la Constitution du Honduras affirme tout simplement que « les décisions [de la Cour suprême] qui déclarent l'inconstitutionnalité d'une norme seront d'application immédiate et produiront des effets généraux » (art. 316 C). De ce fait, la nécessité pour les États dotés d'un système juridique romano-germanique de se doter d'une juridiction *ad hoc* s'ils souhaitaient atteindre l'effet général reconnu, par la force du *stare decisis*, aux décisions de la Cour suprême des États-Unis, n'est pas établie.

17. En cinquième lieu, l'existence d'une juridiction *ad hoc* ne constitue pas une garantie certaine d'uniformité dans l'interprétation de la constitution. Ceci tient notamment à ce qu'il est possible que les juridictions ordinaires conservent certaines facultés d'interprétation de la constitution qui laissent toujours ouvertes la possibilité de divergences, voire de conflits. Tel est notamment le cas dans les systèmes « dualistes », « intégraux » ou « parallèles », tels que les connaissent le Venezuela<sup>61</sup>, le Pérou<sup>62</sup> ou, du fait du refus de la Cour suprême d'admettre un monopole de la Cour constitutionnelle en la matière, la Fédération de Russie<sup>63</sup>.

18. Ces divers éléments conduisent donc à nuancer fortement la portée explicative de la thèse formulée par Mauro Cappelletti quant aux raisons pour lesquelles les constituants s'orientent vers l'un ou l'autre des deux modèles de justice constitutionnelle. Outre qu'elle souffre de la faiblesse des facteurs que mettent également en valeur à sa suite de nombreux spécialistes du contentieux constitutionnel, il importe par ailleurs de relever que cette thèse néglige d'importantes raisons pour lesquelles l'instauration d'une juridiction *ad hoc* peut être prisee.

## ***B. Critique externe : les facteurs explicatifs négligés***

19. L'étude du *design* des institutions constitutionnelles<sup>64</sup> et, parmi elles, des juridictions constitutionnelles, gagne considérablement en pouvoir explicatif si elle opère un double mouvement. Le premier consiste à éviter les généralisations pour

---

<sup>60</sup> H. FIX-ZAMUDIO, « Síntesis del derecho de amparo », in Aa. Vv., *Panorama de derecho mexicano*, t. 1, México, Universidad nacional autónoma de México, 1965, 358 p., p. 146-147 ; J.V. CASTRO, *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, pról. F. Tena Ramírez, México, Editorial Jus, col. « Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales. Colección de estudios jurídicos », n° 4, 1953, 148 p.

<sup>61</sup> A.R. BREWER-CARÍAS, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, 120 p.

<sup>62</sup> D. GARCÍA BELAUNDE, « La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo », in « La justicia constitucional a finales del siglo XX », *Revista del Instituto de ciencia política y derecho constitucional*, vol. 7, n° 6, 1998, p. 139-154.

<sup>63</sup> P. KRUG, « Departure from the Centralized Model: The Russian Supreme Court and Constitutional Control of Legislation », *Virginia Journal of International Law*, vol. 37, 1996-1997, p. 725-787.

<sup>64</sup> Voir par exemple D.S. LUTZ, *Principles of Constitutional Design*, Cambridge, New York, Melbourne, Cambridge UP, 2006, xiv+261 p. ; S. VOIGT (dir.), *Design of Constitutions*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, Edward Elgar, 2013, xx+758 p.

porter l'attention sur des études de cas beaucoup plus circonscrites<sup>65</sup>, quitte, dans un second temps, à généraliser. Le second tient à l'utilisation d'une forme d'herméneutique du soupçon<sup>66</sup>, qui conduit, ainsi qu'y invitent les explications stratégiques du développement de la justice constitutionnelle<sup>67</sup>, à ne pas négliger les facteurs d'ordre strictement politique qui peuvent conduire à choisir l'un ou l'autre modèle de justice constitutionnelle.

20. Premièrement, ainsi que le prouvent les exemples offerts par plusieurs États lors du processus de décolonisation, il est parfois possible que l'intégration de la justice constitutionnelle au sein des fonctions des juges ordinaires s'explique, très pragmatiquement, non par les raisons précédentes, mais par le coût, en termes financiers, de la mise en place d'une structure institutionnelle supplémentaire. De plus, certains États ne disposent pas toujours d'un personnel qualifié suffisant pour envisager la mise en place, outre d'un système juridictionnel efficace sur l'ensemble du territoire, d'une juridiction constitutionnelle *ad hoc* composée de juges spécialisés<sup>68</sup>.

Ce type de contraintes n'en a pas moins un effet sur la structure institutionnelle de la garantie de la constitution. C'est ainsi qu'il a conduit nombre d'États africains à avoir recours à un système qui, faisant fi de la distinction binaire entre modèle américain et modèle européen, était apparu à Cuba en 1940 (art. 171 et 172 C)<sup>69</sup>. Ce dispositif était par exemple illustré par la Constitution du Burundi, qui prévoyait que la Cour suprême comportait (i) une chambre de cassation, compétente en matière de recours contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions non administratives, (ii) une chambre judiciaire, compétente pour les infractions commises par les mandataires politiques ou publics, (iii) une chambre administrative compétente en matière électorale et en matière de recours contre les décisions des juridictions administratives et (iv) une chambre constitutionnelle qui supervisait l'élection présidentielle et les opérations de referendum, et statuait sur la constitutionnalité des lois et des engagements

---

<sup>65</sup> Sur l'antagonisme entre ces deux démarches du point de vue comparatiste, voir en particulier A. PRZEWORSKI & H. TEUNE, *The Logic of Comparative Social Inquiry*, New York, London, Toronto, Sydney, Wiley-Interscience, 1970, xiv+153 p.

<sup>66</sup> Voir en particulier P. RICŒUR, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, Seuil, coll. « Points. Essais », vol. 298, 1965, 575 p., p. 30-46.

<sup>67</sup> Voir par exemple T. GINSBURG, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2003, xi+295 p. ; R. HIRSCHL, « The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional revolutions », *Law & Social Enquiry*, vol. 25, 2000, p. 91-149 ; *Id.*, *Towards Juristocracy*, *op. cit.* ; J. FINKEL, « Judicial Reform as Insurance Policy: Mexico in the 1990s », *Latin American Politics and Society*, vol. 47, 2005, p. 87-113 ; J.S. FINKEL, *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press, 2008, x+157 p. ; H. SHAMBAYATI & E. KIRDIŞ, « In Pursuit of 'Contemporary Civilization': Judicial Empowerment in Turkey », *Political Research Quarterly*, vol. 62, 2009, p. 767-780 ; M. MANDEL, « Legal Politics Italian Style », in C.N. TATE & T. VALLINDER (dir.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London, New York University Press, 1995, xii+556 p., p. 261-286 ; M.L. VOLCANSEK, « Bargaining Constitutional Design in Italy: Judicial Review as Political Insurance », *West European Politics*, vol. 33(2), 2010, p. 280-296 ; P. PASQUINO, « Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy », *Ratio Juris*, vol. 11, 1998, p. 38-50, p. 46-47.

<sup>68</sup> A.S. OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Évolutions et enjeux », *AJJC*, n° 13, 1997, p. 31-45, p. 33 ; I. DIALLO, « A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », *AJJC*, n° 20, 2004, p. 93-120, p. 104 ; G. MANGIN, « Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone », in G. CONAC (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique*, vol. I *Organisation, finalités, procédure*, Paris, Economica, coll. « Université de Paris I. Centre d'études juridiques et politiques du monde africain », 1988, ix+437 p., p. 131-155, p. 135.

<sup>69</sup> Voir par exemple D. GARCÍA BELAUNDE, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba, 1940-1952*, estudio preliminar y epílogo J.F. Palomino Manchego, Lima, Instituto iberoamericano de derecho constitucional, Col. Biblioteca peruana de derecho constitucional, vol. 27, 2002, 186 p. ; M. PRIETO Valdés, « El sistema de defensa constitucional cubano », *Revista cubana de derecho*, n° 26, 2005, p. 27-55.



internationaux à la demande du Président de la République<sup>70</sup>. Sous des appellations diverses, une division quadripartite des cours suprêmes en chambres judiciaire, administrative, financière et constitutionnelle se retrouvait, dans les années 1950-1960, au Tchad<sup>71</sup>, au Mali (art. 49 C 1959 ; art. 43 et 44 C 1960), au Gabon (art. 59 C 1961)<sup>72</sup>, en Côte d'Ivoire (art. 57 C 1960), au Maroc (Titre X C 1962), au Dahomey (art. 47 C 1959 ; art. 57 C 1960), en Haute-Volta (art. 57 C 1960), au Sénégal (art. 62 C 1960 ; art. 82 C 1963), au Niger (art. 48 C 1959 ; art. 57 C 1960), au Soudan (art. 44 à 47 C 1959) au Togo (art. 70 C 1963) ou encore au Congo (art. 58 C 1961).

21. Deuxièmement, la singularisation organique de la fonction de garantie de la constitution revêt une portée symbolique importante. Plutôt que d'en faire l'appendice nécessaire de la fonction de juger, il peut sembler souhaitable au constituant de la faire apparaître comme une fonction en soi de l'État. Ainsi que le suggèrent les dispositions constitutionnelles françaises (Titre VII C), belges (Titre III, Ch. V C), mauritaniennes (Titre VI C), roumaines (Titre VI C), croates (Titre V C), andorranes (Titre VIII C), espagnoles (Titre IX C), slovènes (Titre VIII C), moldaves (Titre V C), bulgares (Ch. VIII C), ukrainiennes (Titre XII C), gabonaises (Titre VI C), béninoises (Titre V C), maliennes (Titre IX C), ivoiriennes (Titre VII C), sud-coréennes (Ch. VI C), péruviennes (Titre V C), chiliennes (Ch. VIII C) ou hongroises (art. 24 C), qui distinguent les normes relatives au pouvoir judiciaire de celles relatives à la justice constitutionnelle, les cours constitutionnelles *ad hoc* peuvent alors apparaître comme relevant d'une forme de quatrième pouvoir ou de pouvoir neutre ou préservateur<sup>73</sup> tel qu'a pu l'imaginer Benjamin Constant<sup>74</sup>.

22. Troisièmement, l'existence d'un organe *ad hoc* distinct permet que lui soient confiées, dans le cadre de la protection de l'ordre constitutionnel, des missions qui, selon la culture juridique dominante *hic et nunc*, ne sembleraient pas convenir à des juges. C'est ainsi qu'avec l'établissement de nouvelles juridictions constitutionnelles, se sont multipliées leurs « autres fonctions<sup>75</sup> », c'est-à-dire celles qui ne relèvent pas du seul contrôle de la validité de la loi ordinaire, mais ont par exemple trait au contrôle des élections, à la formulation d'un certain nombre d'avis, à la licéité des activités des formations politiques, à la déchéance des droits fondamentaux, à l'empêchement des autorités suprêmes de l'État, *etc.*

---

<sup>70</sup> P. RUTAKE & C. SIGEJEJE, « Les juridictions suprêmes en Afrique francophone. Le cas du Burundi », in G. CONAC (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique*, vol. I, *op. cit.*, p. 159-180, spéc. p. 161-162.

<sup>71</sup> A. N'GARABAYE, « La Cour suprême du Tchad », *ibid.*, p. 351-365.

<sup>72</sup> Voir G. PAMBOU-TCHIVOUNDA, « Une juridiction constitutionnelle au Gabon (À propos de la chambre constitutionnelle de la Cour suprême au Gabon) », in G. CONAC (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique*, vol. II *La jurisprudence : Droit constitutionnel, Droit social, Droit international, Droit financier*, Paris, Economica, coll. « Université de Paris I. Centre d'études juridiques et politiques du monde africain », 1989, xvi+299 p., p. 96-105.

<sup>73</sup> V. FERRERES COMELLA, « The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism », *Texas LR*, vol. 82, 2003-2004, p. 1705-1736, p. 1711-1712 ; C.F. ZURN, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge UP, 2007, viii+366 p., p. 282.

<sup>74</sup> B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, H. Nicolle, Gide, 1814, xvi+166 p., p. 1-8 ; B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Intro. E. Laboulaye, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1, Paris, Guillaumin et Cie, 1872, lxiv+563 p., p. 18-29 ; B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, H. Grange (éd.), Paris, Aubier, coll. « Bibliothèque philosophique », 1991, 506 p., p. 359-453 ; B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Paris, Alexis Eymery, 1815, xii+321 p., p. 33-57.

<sup>75</sup> Voir en particulier S. BALDIN, *Le « altre » funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2000, 154 p.



23. Quatrièmement, du point de vue des gouvernants, l'un des avantages essentiels d'une juridiction constitutionnelle *ad hoc* tient au fait qu'elle conduit à soustraire la garantie de la constitution aux professions juridictionnelles ordinaires, dont les autorités constituantes peuvent avoir toutes les raisons de se méfier<sup>76</sup>. Cet élément est le point de départ d'une explication stratégique de la mise en place d'une juridiction constitutionnelle *ad hoc*. Selon Ran Hirschl, par exemple, celle-ci « s'intéresse aux luttes concernant le pouvoir politique, aux intérêts des élites et des autres parties prenantes influentes, aux conflits de conceptions du monde et aux préférences politiques, tout autant qu'aux choix concrets et aux incitations et y voit les vecteurs principaux de la constitutionnalisation<sup>77</sup> ». Telle a par exemple été l'expérience italienne<sup>78</sup>. De même, en Allemagne, l'autohabilitation du *Reichsgericht* le 5 novembre 1925 était avant tout portée par la classe extrêmement conservatrice des juges. La mise en place d'une juridiction constitutionnelle spécifique, entre les mains de laquelle aurait été concentré le contentieux constitutionnel, était avant tout sollicitée par les démocrates. Telle est également l'une des explications qu'il est possible de donner de la position de Kelsen en faveur d'une juridiction constitutionnelle distincte des juridictions ordinaires, composées de juges hostiles aux valeurs qui avaient sa préférence<sup>79</sup>. En Égypte, c'est avant tout pour éviter que les juges ordinaires qui s'y étaient autohabilités exercent le contrôle de constitutionnalité que fut mise en place une Cour constitutionnelle suprême<sup>80</sup>. Ce type de réflexion n'a pas non plus été étranger au choix du constituant sud-africain. Alors qu'elle s'y était montrée hostile tout au long du XX<sup>e</sup> siècle et avait fait prévaloir la souveraineté du parlement qu'elle dominait, la minorité blanche voyait, au moment de la transition démocratique, l'intérêt de la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité susceptible de préserver ses droits fondamentaux contre le législateur, qui serait dorénavant vraisemblablement dominé par ses adversaires politiques. En 1991, l'ANC organisa un débat sur la question de la mise en place du contrôle de constitutionnalité. Elle s'y résolut malgré l'intérêt qu'elle pouvait avoir à mettre en place une législature omnipotente. Mais cette compétence ne devait pas revenir aux juges ordinaires en place. Décrédibilisés et compromis avec le régime d'apartheid, il était inenvisageable de leur confier le soin de mettre en œuvre le nouvel ordre constitutionnel. Ce rôle, qui revêt une large dimension politique, fut donc confié à une Cour constitutionnelle *ad hoc*, susceptible d'assurer le succès de la

---

<sup>76</sup> V. FERRERES COMELLA, « The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism », *op. cit.*, p. 1706-1707 ; V. FERRERES COMELLA, « The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms », in A. HARDING & P. LEYLAND (dir.), *Constitutional Courts*, *op. cit.*, p. 174-195, p. 175-176 ; J.E. FERREJOHN « Constitutional Review in the Global Context », *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 6, 2002-2003, p. 49-59 ; P. NAVIA & J. RÍOS-FIGUEROA, « The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America », *op. cit.*, p. 198 ; H. SCHWARTZ, « A Brief History of Judicial Review », in A. SHEDLER, L. DIAMOND, M. PLATTNER (dir.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, Co., Lynne Rienner, 1999, x+393 p., p. 145-150, p. 147 ; A. HARDING, P. LEYLAND, T. GROPPI, « Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 13 ; K. LACH & W. SADURSKI, « Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity », in A. HARDING & P. LEYLAND (dir.), *Constitutional Courts*, *op. cit.*, p. 52-80, p. 59 ; K. ASMAL, « Constitutional Courts – A Comparative Survey », *op. cit.*, p. 317-318.

<sup>77</sup> R. HIRSCHL, « The Realist Turn in Comparative Constitutional Politics », *Political Research Quarterly*, vol. 62, 2009, p. 825-833, p. 826.

<sup>78</sup> Voir par exemple R. ROMBOLI, « La relación entre la Corte constitucional y la autoridad de la jurisdicción común en el control de constitucionalidad de la ley », *Revista peruana de derecho público*, vol. 13 (25), 2012, p. 13-31, p. 15.

<sup>79</sup> P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum. Revue de droit politique*, n° 5, 2010, p. 3, accessible à l'adresse [http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP5\\_Wachsmann\\_Cseil-constit\\_corr02.pdf](http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP5_Wachsmann_Cseil-constit_corr02.pdf).

<sup>80</sup> C.B. LOMBARDI, « Egypt's Supreme Constitutional Court: Managing Constitutional Conflict in an Authoritarian, Aspirationaly 'Islamic' State », in A. HARDING & P. LEYLAND (dir.), *Constitutional Courts*, *op. cit.*, p. 217-241, p. 217-219.

transformation constitutionnelle engagée<sup>81</sup>. Au Japon, certaines des propositions destinées à surmonter le conservatisme de la Cour suprême en matière de contentieux constitutionnel reposent précisément sur l'instauration d'une Cour constitutionnelle *ad hoc*<sup>82</sup>.

De manière générale, nombreux sont les États qui, élaborant une nouvelle constitution, notamment au sortir d'une période d'autoritarisme politique, voient tout l'intérêt de mettre en place une juridiction constitutionnelle spécifique plutôt que de confier à des juges professionnels souvent compromis avec l'ancien système le soin de contribuer à finir de le renverser sur le plan juridique<sup>83</sup>. De ce point de vue, la possibilité de nommer au sein de ce nouvel organe constitutionnel d'autres personnes que les seuls juges professionnels est un avantage considérable. Il permet notamment de s'assurer, ainsi que le permet le mode de nomination des juges à la Cour suprême des États-Unis, selon un système qui n'est pas celui de la carrière, une certaine connexion entre monde et préoccupations politiques, d'une part, et exercice de la justice constitutionnelle d'autre part.

## CONCLUSION

24. La thèse explicative énoncée par Mauro Cappelletti n'avait certainement pas pour ambition de détailler les causes nécessaires et suffisantes du choix entre modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle. Aussi s'est-on limité à présenter, d'une manière qui n'a elle-même rien de systématique ni d'exhaustif, un certain nombre de contre-arguments destinés à en éprouver la pertinence.

La réfutation qui en découle ne doit pas uniquement être comprise comme un échec. Elle présente plusieurs intérêts notables du point de vue de la méthodologie de l'étude du contentieux constitutionnel. D'abord, comprise comme une théorie scientifique selon l'épistémologie poppérienne, toute explication s'expose à la réfutation. La possibilité même de la repousser au terme d'une argumentation empirique constitue l'une des marques de son caractère véritablement

---

<sup>81</sup> B. OOMEN, « Soul of a Nation? The Inception, Interpretation and Influence of South Africa's 1996 Constitution », in M. FRISHMAN & S. MULLER (dir.), *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation*, The Hague, Hague Academic Press, coll. « From Peace to Justice Series », 2010, xvii+205 p., p. 57-70, p. 60-61, 65 ; R. SPITZ & M. CHASKALON, *The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement*, Oxford, Hart Publishing, 2000, xviii+461 p., p. 191-209 ; T. GINSBURG, *Judicial Review in New Democracies*, *op. cit.*, p. 55-57 ; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, *op. cit.*, p. 89-97.

<sup>82</sup> S. MATSUI, « Why Is the Japanese Supreme Court So Conservative? », *Washington University LR*, vol. 88, 2010-2011, p. 1375-1423, p. 1416-1419.

<sup>83</sup> H. HAUSMANINGER, « Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia », *Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 12, 1997, p. 25-38, p. 26-27 ; W. HOFFMANN-RIEM, « Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and in Europe », *German LJ*, vol. 5 (6), 2004, p. 685-701, p. 696, 698 ; D.L. HOROWITZ, « Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers », *Journal of Democracy*, vol. 17(4), 2006, p. 125-137, p. 126 ; L. GARLICKI, « Constitutional Courts versus Supreme Courts », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5 (1), 2007, p. 44-68, p. 45 ; F. VASILESCU, « Le rôle et les compétences de la Cour constitutionnelle », in Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le rôle de la cour constitutionnelle dans la consolidation de l'État de droit*, Bucarest, 8-10 juin 1994, CDL-STD(1994)010, accessible sur [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD\(1994\)010-f.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD(1994)010-f.aspx) (consulté le 12 octobre 2014) ; J. RÍOS-FIGUEROA, « Institutions for Constitutional Justice in Latin America », *op. cit.*, p. 37-38 ; L. SABALIUNAS, « Comparative Perspectives on Judicial Review in Lithuania », *Europe-Asia Studies*, vol. 48, 1996, p. 783-795, p. 785 ; P. KRUG, « Departure from the Centralized Model: The Russian Supreme Court and Constitutional Control of Legislation », *op. cit.*, p. 739, 784.

scientifique<sup>84</sup>. Aussi la valeur de sa proposition explicative de ce point de vue ne saurait-elle être négligée. Ensuite, l'analyse de Cappelletti a l'immense mérite d'illustrer une démarche relevant de l'étude causale des phénomènes juridiques<sup>85</sup>. Aussi encourage-t-elle le renouvellement des méthodes, des outils et de l'imagination des juristes, en les invitant à associer aux approches purement internes au champ juridique l'examen des facteurs endogènes et exogènes susceptibles d'avoir une incidence sur la technique du droit positif. De ce fait, notamment du point de vue comparatiste, elle représente une invitation bienvenue à la réflexion sur ses propres méthodes que doit s'imposer la science juridique<sup>86</sup>. À ce titre, enfin, une fois réfutée en tant que thèse scientifique, cette explication du choix d'un modèle de justice constitutionnelle par les constituants, si répandue qu'elle fait figure de *topos* de la discipline, ne peut plus perdurer au sein de la doctrine constitutionnaliste. Si elle le fait, ce n'est que parce qu'elle a troqué le statut de thèse scientifique pour celui de dogme.

*Guillaume Tusseau est Professeur des Universités à l'École de droit de Sciences Po et membre de l'Institut Universitaire de France.*

---

<sup>84</sup> K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, trad. fr. N. Thyssen-Rutten, & P. Devaux, préf. J. Monod, Paris, Payot, coll. « Bibliothèque scientifique », 1973, 480 p., en particulier p. 36-39, 76-91 au sujet de la « falsifiabilité ». Voir également K.R. Popper, *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*, trad. fr. M.-I. De Launay, Paris, Payot, coll. « Bibliothèque scientifique », 1985, 610 p.

<sup>85</sup> Voir également, dans un sens différent, M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011, 294 p.

<sup>86</sup> De manière particulièrement stimulante, voir récemment L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, *op. cit.* ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, xiii+432 p.