

## Dossier n° 8 Le Contrôle de constitutionnalité

### Documents :

- N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, éd.Cerf, 1996, p. 22 à 25
- COUR SUPREME DES ETATS UNIS, arrêt Marbury versus Madison, 1803 (extraits)
- L. FAVOREU, Le modèle européen de justice constitutionnelle, extrait de *Les Cours constitutionnelles*, Que sais-je, P.U.F., 1996,
- E. ZOLLER, La Cour suprême des Etats-Unis, Droit Constitutionnel, PUF, 1999, extraits

### Exercice

Donnez la définition des notions suivantes : Contrôle de constitutionnalité Contrôle abstrait, contrôle *a priori*, contrôle *a posteriori*, contrôle concentré, contrôle concret, contrôle diffus, exception d'inconstitutionnalité, modèle européen et américain de justice constitutionnelle.

### Bibliographie :

- J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, L.G.D.J., Clefs, politique, 6e éd., 2017
  - L. FAVOREU et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, P.U.F., Q.S.J. n° 1724
  - L. FAVOREU *Les cours constitutionnelles*, P.U.F., Q.S.J. n° 2293
  - M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, conn. du droit, 1996
  - H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, P.U.F., Léviathan, 1994
  - M.-C. PONTTHOREAU *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica 2010 (l'approche est essentiellement contentieuse)
  - D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchretien, Clefs, 1998
  - H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, conn. du droit, 2015
  - M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., Léviathan, 1994
  - M. TROPER, "Justice constitutionnelle et démocratie", *Rev.Fr.Dr.Const.* n° 1, 1990, p. 31 et s.
  - G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, L.G.D.J., 2021.
- Cf. aussi la revue *Pouvoirs*, n° 13, éd. 1986 et 1991, *Le Conseil constitutionnel*.

économique). Alors que l'État de droit s'oppose à l'État absolu compris comme *legibus solutus*, l'État minimal s'oppose à l'État maximal : il faut donc dire que l'État libéral s'affirme dans la lutte contre l'État absolu au nom de l'État de droit et contre l'État maximal au nom de l'État minimal, même si ces deux mouvements d'émancipation ne coïncident pas toujours historiquement et pratiquement.

Par « État de droit », on entend généralement un État où les pouvoirs publics sont régulés par des normes générales (les lois fondamentales ou constitutionnelles) et doivent être exercés dans le cadre des lois qui les réglementent, excepté le droit du citoyen de recourir à un juge indépendant pour faire reconnaître et repousser l'abus ou l'excès de pouvoir. Ainsi entendu, l'État de droit reflète la vieille doctrine, remontant aux classiques et transmise par les doctrines politiques médiévales, de la supériorité du gouvernement des lois sur le gouvernement des hommes, selon la formule « *lex facit regem* »<sup>1</sup>, et toujours vivante à l'âge de l'absolutisme lorsque l'interprétation de la maxime « *princeps legibus solutus* »<sup>2</sup> entendait que le souverain n'était pas soumis aux lois positives que lui-même promulguait mais aux lois divines et naturelles et aux lois fondamentales du règne. D'autre part, lorsqu'on parle d'État de droit, pour la doctrine libérale, il faut ajouter à la définition traditionnelle une déter-

1. H. BRACKTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, sous la dir. de G. E. WOODBINE, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1968, vol. II, p. 33.

2. ULPPIEN, *Dig.*, I, 3, 31.

## 3.

## Les limites du pouvoir de l'État

Jusqu'ici nous avons parlé génériquement d'État limité ou des limites de l'État. Il faut, à présent, préciser que cette expression comprend deux aspects différents du problème qui ne sont pas toujours bien distingués : a) les limites des *pouvoirs* ; et b) les limites des *fonctions* de l'État. La doctrine libérale les comprend tous les deux, même s'ils peuvent être traités séparément et l'un à l'exclusion de l'autre. Le libéralisme est une doctrine de l'État limité tant au regard de ses pouvoirs que de ses fonctions. La notion courante qui sert à représenter le premier aspect est la notion d'*État de droit* ; la notion courante servant à représenter le second est la notion d'*État minimal*. Étant donné que le libéralisme conçoit l'État tant comme État de droit que comme État minimal, on peut envisager un État de droit qui ne soit pas minimal (par exemple l'État social contemporain), et on peut aussi imaginer un État minimal qui ne soit pas un État de droit (comme l'est, par rapport à la sphère économique, le Léviathan hobbesien, qui est un ensemble absolu dans le sens le plus plein du terme et libéral sur le plan

mination ultérieure : la constitutionnalisation des droits naturels, autrement dit la transformation de ces droits en droits juridiquement protégés, c'est-à-dire en véritables droits positifs. Dans la doctrine libérale, l'État de droit signifie non seulement subordination des pouvoirs publics de n'importe quel degré aux lois générales du pays qui constitue une limite purement formelle, mais aussi subordination des lois à la limite matérielle de la reconnaissance de certains droits fondamentaux reconnus constitutionnellement, et donc par principe « inviolables » (cet adjectif se trouve dans l'article 2 de la Constitution italienne). De ce point de vue, on peut parler d'État de droit au sens fort pour le distinguer de l'État de droit au sens faible, qui est l'État non despotique, c'est-à-dire régi non par les hommes mais par les lois, et de l'État de droit dans un sens encore plus faible, tel que l'incarne le modèle kelsenien, selon lequel, une fois établie la Constitution juridique de l'État, tout État est État de droit (et la notion même d'État de droit perd ainsi toute force significative).

De l'État de droit au sens fort, qui est celui de la doctrine libérale, relèvent tous les mécanismes constitutionnels qui excluent ou entravent l'exercice arbitraire et illégitime du pouvoir et en interdisent ou en découragent l'abus, ou l'exercice illégal. Parmi ces mécanismes, les plus importants sont : 1) le contrôle du pouvoir exécutif par le pouvoir législatif, ou plus exactement du gouvernement auquel revient le pouvoir exécutif par le Parlement auquel revient en dernière instance le pouvoir législatif et d'orientation politique ; 2) le contrôle éventuel du Parlement dans l'exercice

du pouvoir législatif ordinaire par une cour juridictionnelle chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois ; 3) une autonomie relative du gouvernement local sous toutes ses formes et de n'importe quel degré par rapport au gouvernement central ; 4) une magistrature indépendante du pouvoir politique.

C'est dans l'arrêt « Marbury v. Madison » que la Cour suprême des Etats-Unis a affirmé le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

Les circonstances de l'affaire posaient à la Cour un problème particulièrement délicat. La veille du dernier jour de son mandat, le Président sortant des Etats-Unis, John Adams, avait nommé William Marbury à un poste de juge de paix fédéral. Cette nomination était régulière et définitive, mais elle n'avait pas été officiellement notifiée à l'intéressé, et le nouveau Président, Thomas Jefferson, ordonna à son secrétaire d'Etat, Madison, de ne pas y donner suite. William Marbury s'adressa à la Cour suprême afin qu'elle enjoigne au secrétaire d'Etat de lui envoyer une copie de l'acte de nomination et de l'installer dans ses fonctions. D'après une loi de 1789 sur l'organisation judiciaire, la Cour était effectivement compétente pour délivrer une injonction à cette fin. Mais elle ne tenait guère à user de ce pouvoir car, dans les circonstances politiques de l'époque, sa décision n'aurait vraisemblablement pas été exécutée, et son prestige en aurait beaucoup souffert. Pour éviter d'avoir à se prononcer sur le fond, elle se déclara incompétente au motif que la loi de 1789 sur l'organisation judiciaire était contraire à la Constitu-

La question de savoir si une loi contraire à la Constitution peut devenir une règle applicable dans le pays est une question d'intérêt primordial pour les Etats-Unis ; mais, heureusement, infiniment moins complexe qu'importante. (...)

Le droit originel du peuple à établir pour son futur gouvernement les principes qui, de l'avis général, doivent assurer le bonheur de la nation est l'un des fondements sur lesquels s'est érigée toute la structure sociale américaine. L'exercice de ce droit originel est très étendu, mais il ne saurait être trop souvent répété. Les principes ainsi établis sont donc considérés comme fondamentaux. Et comme l'autorité dont ils procèdent est l'autorité suprême, qui ne peut que rarement agir, ils sont conçus pour être permanents. Cette volonté initiale et suprême définit l'organisation du gouvernement et assigne aux différents départements gouvernementaux leurs pouvoirs respectifs. Elle peut s'en tenir là, ou fixer certaines limites que ces administrations ne doivent pas enfreindre.

L'institution du gouvernement des Etats-Unis correspond à ce second cas. Les pouvoirs du législatif sont définis et délimités, et une Constitution est écrite pour que ces limites ne soient pas mal interprétées ou oubliées. A quoi servirait donc que les pouvoirs soient limités et que ces limites soient fixées par écrit, si elles pouvaient à tout moment être transgressées par ceux que l'on entend restreindre ? (...)

C'est une proposition trop évidente pour être contestée que de dire que la Constitution prime sur tout acte législatif qui lui est contraire ; s'il en était autrement, le Parlement pourrait altérer la Constitution par une simple loi.

Il n'y a pas de moyen terme dans cette alternative. Ou bien la Constitution est supérieure à la loi, interchangeable par des moyens ordinaires ; ou bien elle est au même niveau que les actes législatifs ordinaires et, comme les autres actes législatifs, amendable lorsque le Parlement a envie de l'amender. Si l'on admet la première hypothèse, on doit considérer qu'un acte législatif contraire à la Constitution n'est pas une loi ; si au contraire on adopte la deuxième hypothèse, alors les Constitutions écrites sont, quant au peuple, des tentatives absurdes de limiter un pouvoir qui par nature n'est pas limitable.

Assurément, tous ceux qui ont élaboré des Constitutions écrites les ont conçues comme représentant la loi fondamentale et suprême de la nation ; en conséquence, le principe de tout gouvernement de cet ordre doit être qu'une loi du Parlement contraire à la Constitution est nulle. Cette théorie est essentiellement applicable à une Constitution écrite et, partant, doit être considérée par cette Cour comme un des principes fondamentaux de notre société. (...)

L'arrêt Marbury versus Madison, extraits 1803

On a qualifié cet arrêt de « coup de maître », car la Cour avait réussi à instituer le contrôle de constitutionnalité à propos d'une affaire qui n'en faisait pas apparaître toutes les virtualités, et qui suscita donc peu de protestations. En refusant d'exercer une compétence particulière que le Congrès lui avait attribuée, la Cour s'était placée au-dessus du législateur et s'était reconnu le droit de paralyser toutes les lois qui lui paraîtraient contraires à la Constitution.

Dans les extraits reproduits ci-après, le Chief Justice Marshall expose les principaux arguments que l'on peut invoquer en faveur du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

Si une loi du Parlement contraire à la Constitution est nulle, doit-elle, indépendamment de sa validité, lier les tribunaux et les obliger à lui donner effet ? Ou, en d'autres termes, bien qu'elle ne soit pas une loi, constitue-t-elle une règle aussi opérante qu'une loi ? Admettre cela reviendrait à renverser dans les faits ce qui a été établi en théorie, et pourrait paraître à première vue une absurdité trop énorme pour qu'il soit besoin d'insister. Nous accorderons néanmoins à ce problème un peu plus d'attention.

C'est dans une très large mesure le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est la loi. Ceux qui ont pour tâche d'appliquer la règle aux cas particuliers doivent nécessairement expliciter et interpréter la règle. Quand deux lois sont en conflit, les tribunaux doivent trancher sur l'application de chacune d'elles. En supposant, par exemple, qu'une loi soit en opposition avec la Constitution, et qu'un cas particulier relève aussi bien de la loi que de la Constitution, en sorte que la Cour ait à décider, soit d'appliquer la Constitution en ignorant la loi, soit d'appliquer la loi en ignorant la Constitution, elle devra déterminer quelle est celle des deux règles en conflit qui s'applique au cas particulier. C'est là une tâche essentielle du pouvoir judiciaire. Si les tribunaux doivent se référer à la Constitution, et si la Constitution est supérieure à tout acte législatif ordinaire, c'est la Constitution et non la loi ordinaire qui doit régir le cas auquel toutes deux sont applicables.

Ceux qui contestent le principe selon lequel la Constitution doit être considérée devant un tribunal comme la loi suprême, sont nécessairement conduits à soutenir que les tribunaux doivent fermer les yeux sur la Constitution pour ne voir que la loi. Pareille doctrine saperait le fondement même de toutes les Constitutions écrites. Avant dire qu'une loi absolument nulle d'après les principes et la théorie de notre gouvernement est néanmoins dans la pratique absolument obligatoire, ou encore qu'alors même que le Parlement agirait dans un sens expressément défendu, la loi qu'il aurait ainsi votée sans tenir compte de l'interdiction expresse, serait dans la pratique effective. Cela reviendrait à donner au Parlement une toute-puissance de fait et réelle, tout en prétendant confiner ses pouvoirs dans des limites étroites ; autrement dit, imposer des limites et déclarer que ces limites peuvent être transgressées à plaisir. (...)

L'Etat de droit implique que la liberté de décision des organes de l'Etat est, à tous les niveaux, limitée par l'existence de normes juridiques supérieures, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge. Le juge est donc la clef de voûte et la condition de réalisation de l'Etat de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée ; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection. Le culte du droit aboutit en fait à la sacralisation du juge : alors que l'Etat légal repose sur la figure du « représentant », au nom de la primauté de la « volonté générale » et l'Etat providence sur celle de l'« énarque », au nom des exigences de la « Raison », l'Etat de droit met en avant la figure du « juge », en donnant la primauté à l'« éthique » (1) ; investi du rôle de « gardien des valeurs », le juge est chargé de les défendre contre la volonté capricieuse des majorités et contre la domination d'une raison instrumentale exclusivement soucieuse d'efficacité.

Ce rôle dévolu au juge ne prend sa véritable portée que par rapport aux élus ; comme l'avait souligné la doctrine du début du siècle, le contrôle de constitutionnalité des lois est bien le critère essentiel de l'Etat de droit et la condition de sa substitution à l'Etat légal : alors qu'en 1789 la garantie des droits est confiée à la loi, dont le juge est le serviteur, dans le système de l'Etat de droit, c'est au juge constitutionnel qu'elle incombe, par le contrôle exercé sur la loi. De ce fait, il y a bien antinomie entre l'Etat de droit et la conception traditionnelle de la démocratie fondée sur le suffrage universel ; et l'extension du contrôle de constitutionnalité peut apparaître contraire à la logique démocratique.

Aussi le juge est-il confronté à un problème récurrent de légitimité : ce problème s'est posé depuis longtemps pour le juge administratif ; il est particulièrement aigu pour le juge constitutionnel, compte tenu du pouvoir que celui-ci détient sur la loi. Un travail doctrinal de réévaluation du concept de démocratie, qui aboutit à ériger le juge constitutionnel en défenseur des citoyens, a dès lors été nécessaire. Le pouvoir des juges a pris cependant des formes nouvelles au début des années 90, à partir du moment où des magistrats se sont mis, dans plusieurs pays occidentaux, à traquer les pratiques de corruption politique : l'opération « main pulite » (mains propres), lancée le 17 février 1992 en Italie par une petite équipe de juges milanais, a eu pour effet de discréditer la « classe politique » italienne tout entière, en entraînant la fin de la 1<sup>re</sup> République ; de même, l'obstination dont ont fait preuve en France certains juges d'instruction pour dévoiler les mécanismes de financement occultes des partis, en dépit de l'adoption d'une loi d'amnistie, a contribué à la dégradation du climat politique. On voit apparaître les figures nouvelles du juge « inquisiteur » (2), mieux encore « purificateur », qui se donne la mission

d'assainir et de moraliser la vie politique ; favorisant certaines dérives, voire certaines entorses aux principes de l'Etat de droit, la puissance ainsi acquise, en s'appuyant sur l'« opinion publique », ne peut que raviver le spectre du « gouvernement des juges » (3).

Cet équilibre montre cependant qu'une conception nouvelle de la démocratie tend à prévaloir dans les sociétés contemporaines. La démocratie n'est plus synonyme de pouvoir sans partage des élus : elle suppose encore le respect du pluralisme, la participation plus directe des citoyens aux choix collectifs et la garantie des droits et libertés (4) ; l'Etat de droit est devenu un élément constitutif d'une démocratie élargie, qui est aussi une « démocratie de substance », fondée sur des droits, et une « démocratie de procédure », impliquant le respect de certaines règles par les autorités publiques (Y. Mény, conclusion du colloque sur l'Etat de droit au quotidien, 11-12 octobre 1993).

Dans cette perspective, l'existence du juge constitutionnel apparaît, non plus comme une entorse, mais comme un instrument de réalisation de l'exigence démocratique : qu'un mécanisme de contrôle préventif l'amène à contribuer à la formation de la loi, et par conséquent à l'expression de la volonté générale (5) ou qu'il soit amené à écarter l'application des lois qu'il juge contraires à la Constitution, le juge constitutionnel est là pour contrebalancer la loi de la majorité par le respect des droits fondamentaux ; et l'extension du bloc de constitutionnalité traduit l'importance croissante de cette dernière dimension. Cette conception nouvelle de la démocratie ne s'exprime pas seulement par le développement du rôle du juge : le recours à des experts, pour éclairer le sens des décisions à prendre, l'appel à des « sages », pour énoncer des solutions praticables et rechercher les voies d'un consensus, la mise en place enfin d'instances de régulation indépendantes, pour assurer une meilleure protection des libertés et arbitrer les intérêts en présence, révèlent une humilité nouvelle du politique et la promotion de nouveaux acteurs s'appuyant sur d'autres principes de légitimité que l'élection ; indissociable d'une crise de la représentation, la promotion de l'Etat de droit s'inscrit donc dans un mouvement plus général de réévaluation des formes de la démocratie, qu'elle contribue à légitimer. (\*)

(1) Cf. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, 1992. Du même auteur, lire également *La justice constitutionnelle en Europe*, coll. « Clefs », Paris, Montchrestien, 1992.

(2) Cf. Jean-Denis Eudin, *revue Pouvoirs*, n° 55, Paris, Editions du Seuil, 1992, p. 82.

(3) Cf. Sur tous ces points les contributions de Carlo Guarnieri et d'Antoine Garapon, *infra*, p. 53.

(4) Cf. Laurent Co-en-Tanguy, *Les métamorphoses de la démocratie*, Paris, Editions Odile Jacob, 1989.

(5) Cf. M. Troper in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 1.

L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, PUF, Q.S.J n° 2293, 3 éd. 1996, p. 5-15

## LE MODÈLE EUROPÉEN DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Ce modèle européen, qui connaît aujourd'hui une trentaine d'illustrations, n'aurait pas existé sans Kelsen. Par ses travaux et par son projet de Constitution autrichienne de 1920, le maître de Vienne a mis au point un nouveau type de justice constitutionnelle s'opposant au modèle américain.

Dans le système américain, la justice constitutionnelle est confiée à l'ensemble de l'appareil judiciaire et elle ne se distingue pas en fait de la justice ordinaire dans la mesure où tous les litiges, quelle que soit leur nature, sont jugés par les mêmes tribunaux et sensiblement dans les mêmes conditions. La dimension constitutionnelle peut être présente dans tous les litiges et ne nécessite pas un traitement particulier : il n'existe pas à vrai dire de contentieux constitutionnel, pas plus qu'il n'existe de contentieux administratif ou judiciaire, car il n'y a aucune raison de distinguer parmi les affaires portées devant le même juge.

Le modèle européen est tout autre. Le contentieux constitutionnel, que l'on distingue du contentieux ordinaire, est du ressort exclusif d'un tribunal spécialement

constitué à cet effet et qui peut statuer, sans qu'il y ait à proprement parler litiges, sur saisine directe d'autorités politiques ou juridictionnelles, voire de particuliers, par des décisions ayant effet absolu de chose jugée.

Les Européens ont ainsi relevé le défi magistralement exprimé par Tocqueville en 1835 :

« Les Américains ont... confié à leurs tribunaux un immense pouvoir politique ; mais en les obligeant à n'attaquer les lois que par des moyens judiciaires, ils ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir.

« Si le juge avait pu attaquer les lois de façon théorique et générale, s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique ; devenu le champion ou l'adversaire d'un parti, il eût appelé toutes les passions qui divisent le pays à prendre part à la lutte. Mais quand le juge attaque une loi dans un débat obscur et dans une application particulière, il dérobe en partie l'importance de l'attaque aux regards du public. Son arrêt n'a pour but que de frapper un intérêt individuel ; la loi ne se trouve blessée que par hasard. »

### I. — Le choix du modèle européen

Comment les Européens ont-ils pu adopter le système impliquant un affrontement direct et ouvert avec le législateur alors que la révérence envers celui-ci les avait empêchés au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle d'adopter le système américain, apparemment pourtant moins attentatoire aux droits du Parlement ?

#### 1. Le rejet du modèle américain. —

2. L'adoption du modèle kelsénien. — Le succès du modèle kelsénien après la seconde guerre mondiale tient à plusieurs causes que l'on retrouve dans la plupart des pays qui l'ont adopté.

A) *Raisons historiques.* — a) Elles peuvent être invoquées tout d'abord par l'Allemagne et l'Autriche. — Dans ces deux pays, en effet, l'idée d'un Tribunal d'Empire ayant déjà les attributions d'une Cour constitutionnelle, du moins en ce qui concerne les litiges fédéraux, est exprimée dès 1848, et réalisée, du moins en Autriche, en 1867 (v. *infra*, p. 31).

On peut également invoquer dans le même sens pour la France, le précédent de la « jurie constitutionnaire » de Sieyès ; et pour l'Espagne le Tribunal des garanties constitutionnelles de la II<sup>e</sup> République.

b) *Plus près de nous*, d'autres raisons peuvent être avancées. Ce sont, tout d'abord, les terribles leçons des expériences nazi et fasciste qui sont directement la source de la création des Cours constitutionnelles en Allemagne et en Italie, et du rétablissement de la Cour autrichienne. C'est également la volonté d'établir une véritable démocratie après les périodes de dictature qui explique sans doute la création des Tribunaux espagnol et portugais. Et dans ces divers cas, si l'on choisit le modèle kelsénien plutôt que le modèle américain, c'est, au-delà des controverses doctrinales de l'avant-guerre, parce qu'on n'a plus confiance dans les juges ordinaires. En outre, on ne craint plus de porter atteinte à la souveraineté du législateur car le législateur a failli à sa mission ; il a montré qu'il pouvait être oppresseur et fait apparaître ainsi la nécessité de se défendre aussi contre lui.

B) *Raisons théoriques.* — La construction de Hans Kelsen telle qu'elle est exposée dans son étude de 1928 et dans la thèse de son disciple, Charles Eisenmann, apparaît aujourd'hui comme étonnamment moderne. Kelsen et Eisenmann ont démontré que la constitution d'un Tribunal constitutionnel, chargé notamment de contrôler la constitutionnalité des lois, était parfaitement conforme à la théorie de la séparation des pouvoirs. Et par là même, ils ont supprimé les derniers obstacles.

a) *Selon Kelsen tout d'abord*, la Constitution devant être la norme fondamentale, c'est-à-dire celle dont découlent toutes les autres, il convient « de lui assurer la plus grande stabilité possible » en rendant sa révision difficile ; étant précisé que la notion de Constitution doit être entendue au sens large car « les Constitutions modernes contiennent non seulement des règles sur les organes et la procédure de la législation, mais encore un catalogue de droits fondamentaux des individus ou libertés individuelles... La Constitution n'est pas alors uniquement une règle de procédure, mais aussi une règle de fond ». La garantie de la Constitution repose principalement sur la possibilité d'annulation des actes qui lui sont contraires, mais en aucun cas « il ne faut confier l'annulation des actes irréguliers à l'organe même qui les a faits » car :

« L'organe législatif se considère dans la réalité comme un créateur libre du droit et non comme un organe d'application du droit, lié par la Constitution, alors qu'il l'est théoriquement, bien que dans une mesure relativement restreinte. Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation des actes inconstitutionnels — c'est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel. »

b) Deux objections peuvent être faites à ce système : il serait incompatible avec la souveraineté du Parlement et contraire à la séparation des pouvoirs.

A la première objection, après avoir remarqué « qu'il ne peut pas être question de la souveraineté

d'un organe étatique particulier, la souveraineté appartenant tout au plus à l'ordre étatique lui-même », Kelsen répond que « la législation est subordonnée à la Constitution absolument comme la justice et l'administration le sont à la législation » et si « contrairement à ces vues, on continue d'affirmer l'incompatibilité de la justice constitutionnelle avec la souveraineté du législateur c'est simplement pour dissimuler le désir de la puissance politique qui s'exprime dans l'organe législatif de ne pas se laisser – en contradiction patente avec le droit positif – limiter par les normes de la Constitution ». On ne saurait mieux qualifier l'attitude de ceux qui réclament l'instauration de l'État de droit mais refusent son application au législateur. Car, comme le dit Charles Eisenmann dans les dernières lignes de sa thèse : « Deux partis s'offrent et deux seulement : ou laisser au législateur le soin de respecter la Constitution, ou confier à des juges le soin d'en assurer le respect par lui. Entre eux deux, il faut choisir. Le choix peut-il être douteux ? »

A la deuxième objection, on sait que Kelsen oppose sa célèbre théorie du « législateur négatif » selon laquelle certes, « annuler une loi c'est poser une norme générale », mais la différence essentielle entre la confédération et la simple annulation des lois c'est que la « libre création » qui caractérise la première, fait complètement défaut à la seconde car, à la différence de celle du législateur (positif), « l'activité du législateur négatif au contraire, de la juridiction constitutionnelle, est absolument déterminée par la Constitution » (p. 226). Cette construction gênait quand même la doctrine française qui, favorable à la justice constitutionnelle, choisissait cependant le système américain parce que refuser d'appliquer une loi (avec autorité relative de chose jugée) ne constituait pas une atteinte à la séparation des pouvoirs. Ce à quoi Eisenmann répondait s'adressant principalement à Duguit, Hauriou et Jèze (thèse, p. 107) :

« Il n'y a pas entre les deux systèmes envisagés une différence de nature, mais simplement la différence – de degré – d'une annulation relative ou limitée à une annulation absolue ou définitive... Songe-t-on à admettre que le Conseil d'État ne juge que quand il refuse d'annuler un acte qui lui est soumis, qu'il administre au contraire lorsqu'il annule une décision administrative individuelle, qu'il légifère enfin – du point de vue matériel – lorsqu'il annule un règlement ? N'est-il pas curieux de trouver chez des théoriciens aussi éminents du droit public cette adhésion – d'un instant – au dogme civiliste de l'autorité relative de chose jugée ? »

On peut ajouter qu'aujourd'hui on considère dans la plupart des pays qui ont adopté le modèle kelsénien (voir *infra*) que la juridiction constitutionnelle se situe en dehors des trois pouvoirs dont elle est chargée de faire respecter les attributions respectives. Dès lors le problème ne se pose plus.

C) *Raisons institutionnelles ou politiques.* — Le doyen Hauriou disait déjà en 1929 : « On se rend compte, de la nécessité de contrôler les parlements parce que leur législation mue par les passions électorales, est devenue une dangereuse menace pour les

libertés » (*Précis*, 2<sup>e</sup> éd., p. 636). Cette nécessité est devenue impérieuse lorsque les régimes parlementaires ou semi-parlementaires ont évolué vers un système dans lequel s'exerce, sans limites, un pouvoir majoritaire composé de la majorité parlementaire soudée à un Gouvernement stable et monolithique, parfois renforcé par un chef de l'État élu de même tendance. Face au bloc majoritaire, l'opposition a besoin de protection ; et la majorité elle-même a besoin d'un contre-poids car sinon on n'est plus en régime parlementaire. L'omnipotence d'un pouvoir majoritaire stable et homogène fait naître la nécessité d'une justice constitutionnelle dans les régimes parlementaires ou semi-parlementaires européens de type continental. C'est ce qui est exprimé, par exemple, à propos de l'Allemagne fédérale : « La disparition en pratique de la responsabilité parlementaire du Gouvernement fait que le Tribu-

nal constitutionnel fédéral sera amené de plus en plus à assumer cette fonction afin de garantir un contrôle effectif du Gouvernement. »<sup>1</sup> C'est ce qu'expriment aussi d'autres auteurs pour l'Autriche<sup>2</sup> ou pour l'Espagne. Quant à la France, le phénomène est patent et explique que, sous la V<sup>e</sup> République, les partis de gauche traditionnellement hostiles à la justice constitutionnelle se soient convertis, lorsqu'ils étaient dans l'opposition, face à une majorité stable et puissante.

Le Parlement « peut mal faire » et, en son sein, une majorité peut opprimer. En fait, à la différence des États-Unis, il n'y a plus de séparation des pouvoirs du fait du monolithisme du bloc majorité parlementaire - Gouvernement. Et finalement, comme le souligne M. Burmeister, le juge constitutionnel doit intervenir « afin de garantir un contrôle effectif du Gouvernement ». Car dans les systèmes européens hostiles à l'exercice de la justice constitutionnelle par les tribunaux ordinaires, l'évolution du régime parlementaire vers un « régime majoritaire » aboutit en fait à conférer une immunité juridictionnelle aux actions du Gouvernement dans la mesure où elles prennent la forme de projets de lois votés, sans sourciller, par une majorité parlementaire « aux ordres ».

Et le cas italien n'est qu'une exception apparente. Car s'il n'y a pas de majorité stable et cohérente en Italie, il n'y a pas non plus de « véritable alternance » et dès lors, les mêmes partis se partagent le pouvoir au sein du Gouvernement dans le cadre de ce que l'on appelle la *contrattualizzazione* : le Parlement étant trop faible pour arrêter des choix décisifs, tout est négociable, et le rôle de la Cour est d'éviter les excès de *contrattualizzazione* qui pourraient jouer au détriment de ceux qui n'y participent pas (Zagrebel'sky, *RDP*, 1984, p. 1181).

1. Burmeister, Rapport au Colloque de Strasbourg, mai 1982.  
2. Voir observations in *RDP*, 1984, n° 5, p. 1180-1181.

I | COMPÉTENCE

74 JURISDICTION DE PREMIER DEGRÉ. — Aux termes de la Constitution [art. III, sect. 2 (2)], la Cour statue d'abord comme juridiction de premier degré dans toutes les affaires mettant en cause les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls. Elle statue aussi dans toutes les affaires où un Etat est partie. L'adoption du XI<sup>e</sup> Amendement a restreint la portée de cette attribution de compétence en refusant au pouvoir judiciaire fédéral le droit d'entendre tout procès commencé ou poursuivi contre des Etats par des citoyens d'un autre Etat ou par des étrangers. Cependant, cette immunité juridictionnelle des Etats a été restrictivement interprétée. En particulier, l'exception la plus importante est celle qui ouvre la possibilité de former une action non contre l'Etat lui-même, mais contre ses agents (*Ex parte Young*, 1908). Les années récentes ont vu la Cour suprême ouvrir plus généreusement aux Etats le bénéfice de l'immunité de juridiction dans le but apparent de régénérer le fédéralisme et de réhabiliter leur souveraineté (*Idaho v. Cœur d'Alene Tribe of Idaho*, 1997).

1. 209 US 123 (1908).  
2. 117 S. Ct. 2028.

75 JURISDICTION D'APPEL. — En tant que juridiction d'appel, la Cour suprême est au sommet de la hiérarchie judiciaire fédérale. La Constitution prévoit que sa compétence d'appel est définie par les lois du Congrès [art. III, sect. 2 (2)]. Le texte de base est le *Judiciary Act* de 1789 qui organise le pouvoir judiciaire fédéral. Dans une affaire *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), la Cour suprême, par la voix du juge Story, a validé la constitutionnalité de la section 25 du *Judiciary Act* qui lui attribuait compétence pour statuer comme juridiction d'appel des décisions rendues en dernier ressort par les cours suprêmes d'Etats, chaque fois qu'une question de droit fédéral est en jeu. Toute question d'interprétation constitutionnelle étant nécessairement une question de droit fédéral, il résulte de cette importante décision qu'il n'est pas de question judiciaire d'interprétation constitutionnelle débattue devant les cours d'Etats qui ne puisse ultimement arriver devant la Cour. Cette décision a été essentielle pour assurer l'uniformité du droit aux Etats-Unis.

II | ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT

76 COMPOSITION. — La Constitution ne prévoit que l'existence de la Cour suprême, mais ne dit rien de sa composition ou de son fonctionnement. C'est au Congrès qu'il appartient d'en décider. Un point est certain : le Congrès ne pourrait pas supprimer la Cour suprême. Mais il est maître de sa composition. Depuis 1869, le nombre des juges a été fixé à neuf. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, ce chiffre a varié fréquemment. Il était par exemple de six à l'époque de *Marbury* et de sept à l'époque de *Martin v. Hunter's Lessee*. C'est ce qui explique que, au moment de la crise du New Deal, le président Roosevelt ait pu songer à faire entériner par le Congrès une augmentation du nombre des juges pour obtenir de la Cour l'approbation de la nouvelle politique. Les juges sont désignés par le président et confirmés par le Sénat, au terme d'auditions parfois passionnées, mais toujours de très haute tenue juridique. Ils sont nommés à vie (*during good behaviour*).

77 LE CONTENTIEUX SOUMIS A LA COUR. — Il s'agit du contentieux attribué au pouvoir judiciaire fédéral par les dispositions de l'article III, section 2, de la Constitution. Le pouvoir judiciaire fédéral s'étend à des « affaires » (*cases*) et à des « différends » (*controversies*), limitativement énumérés. Ce qui constitue une « affaire » ou un « différend » justiciable du pouvoir judiciaire fédéral est une question complexe. En tout cas, la Cour suprême n'accepte d'entendre que des affaires qui peuvent être présentées en la forme contradictoire. Elle ne se prononce pas sur des questions hypothétiques ou abstraites. Selon la formule imagée, la Cour ne se prononce que sur des « affaires de chair et de sang » (*flesh and blood controversies*).

La Cour ne rend que des arrêts, jamais des avis. Saisie en 1793 par le président Georges Washington d'une demande d'avis sur un certain nombre de questions juridiques touchant à l'interprétation du traité franco-américain de 1778, elle se déclara incompétente. Son refus de rendre des avis consultatifs fut justifié par des arguments tirés de la séparation des pouvoirs. Il a contribué à renforcer son indépendance.

1. 14 US (1 Wheat.) 304 (1816).

78 LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE JUGER. — L'une des originalités les plus remarquables dans le fonctionnement de la Cour est son pouvoir discrétionnaire de juger. C'est un acquis récent. Durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour n'avait pas le pouvoir de choisir parmi les affaires qui lui étaient soumises en appel des décisions rendues par les cours d'Etats. Dès lors que ces affaires ressortaient des catégories d'affaires attribuées par le Congrès au pouvoir judiciaire fédéral et par voie d'appel à la Cour suprême, celle-ci devait statuer. Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, et en particulier après la guerre de Sécession, le Congrès élargit substantiellement la compétence de la Cour comme juridiction d'appel des décisions des cours d'Etats et ainsi augmenta le nombre d'affaires qu'elle était habilitée à entendre. Mais, alors même que le Congrès élargissait sa compétence, en 1891 la loi « Evarts » — du nom du sénateur qui la proposa — donna à la Cour pour la première fois le pouvoir discrétion-

naire de juger certaines affaires par le biais du *writ of certiorari*, c'est-à-dire lui donna ce pouvoir discrétionnaire de prendre ou de refuser cette « ordonnance d'envoi de l'affaire pour examen » qui oblige la cour inférieure (fédérale ou d'Etat) à lui envoyer l'intégralité du dossier pour qu'elle puisse rejuger l'affaire aux fins de « rendre le droit plus certain ».

A partir de la loi Evarts, les lois fédérales distinguent deux voies d'appel vers la Cour suprême des décisions rendues par les cours fédérales et par les cours d'Etats : 1/ la juridiction d'appel obligatoire (*review by « appeal »*) ; 2/ la juridiction d'appel discrétionnaire (*review by « certiorari »*). Dans le premier cas, la Cour avait l'obligation de statuer et l'appelant avait un droit à ce que sa cause soit entendue. Tel était le cas lorsqu'une cour d'Etat avait rejeté un grief d'inconstitutionnalité formé contre une loi d'Etat ou déclaré une loi fédérale ou un traité inconstitutionnel. Dans le second cas, la Cour suprême avait le pouvoir discrétionnaire de refuser de se saisir de l'affaire. Cette distinction entre les deux catégories d'affaires n'existe plus aujourd'hui.

En 1988, après une décennie de débats législatifs, le Congrès a pratiquement éliminé toute la juridiction obligatoire d'appel de la Cour suprême. La juridiction d'appel de la Cour est maintenant totalement discrétionnaire sur toutes les décisions de cours d'Etats relatives à des questions de droit fédéral. L'article 10 (1) du Règlement de la Cour — sans lier la Cour en droit strict — donne une liste non limitative des raisons qui peut retenir la Cour pour entendre une affaire portée en appel devant elle. Pour se limiter à l'essentiel, il s'agit principalement des cas de conflits de jurisprudence sur des questions de droit fédéral soit entre cours fédérales, soit entre cour fédérale et cour suprême d'Etat. Ce pouvoir discrétionnaire de juger permet à la Cour d'opérer un tri sévère dans les quelque 6 000 requêtes dont elle est saisie chaque année. Alors que, dans les années 1980, elle entendait environ quelque 150 affaires par an, aujourd'hui elle n'en entend guère plus que la moitié.

79 LES DÉCISIONS DE LA COUR. — En principe, la décision de la Cour est contenue dans une opinion — dite « opinion de la Cour » — écrite par un juge au nom de la majorité. Le système de l'opinion majoritaire a été imposé par le juge Marshall dès 1801, ce

qui constituait une rupture avec la pratique anglaise adoptée à l'origine qui consiste pour chaque juge à écrire son opinion sur l'affaire (*opinion seriatim*). L'opinion majoritaire peut être accompagnée soit d'opinion(s) individuelle(s) qui concourent au même résultat que celui décidé par la majorité, mais pour des motifs différents, soit d'opinion(s) dissidente(s) qui se séparent et des motifs retenus, et du résultat atteint par la majorité. La multiplicité des opinions affaiblit la portée des décisions. Elle illustre aussi les divisions et les clivages au sein de la Cour. La pratique s'est considérablement amplifiée au cours des années récentes à tel point que, sur certaines affaires, on s'est demandé si la Cour n'était pas revenue au système des opinions *seriatim*.

Selon la théorie classique dégagée dans l'affaire *Marbury*, une décision déclarant une loi inconstitutionnelle n'annule pas la loi, mais a simplement pour effet de la rendre inapplicable au cas d'espèce. On a pu en déduire que la décision n'affecte que les parties et qu'elle n'emporte pas jugement de la loi. En théorie, ceci est valable et la loi reste en vigueur, à tel point que si la Cour vient à changer de jurisprudence, la loi s'applique à nouveau. Toutefois, tant que la Cour reste fidèle à sa jurisprudence, la loi n'est plus appliquée par les cours et tribunaux par application de la règle *stare decisis* qui, dans les systèmes anglo-saxons, oblige les juges à rendre leurs décisions en se conformant à la règle du précédent.