

# Le contrôle de constitutionnalité : généalogie et morphologie

PASQUALE PASQUINO - Distinguished Professor in Law and Politics, NYU Directeur de recherche – CNRS Centre de théorie et analyse du droit – Paris EHESS

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 28 (DOSSIER : L'HISTOIRE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ) - JUILLET 2010

---

Le constitutionnalisme moderne, celui qui naît vers la fin du xiii<sup>e</sup> siècle en France et aux États-Unis, porte inscrit dans son code génétique le projet d'un État garant et protecteur des droits que le nouveau régime assigne aux membres de la communauté politique. À l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et citoyen de 1789, on peut lire : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Le concept normatif de constitution qui apparaît ici et celui, plus souvent célébré, de la séparation des pouvoirs, tel que Montesquieu l'avait préconisé dans son *Esprit des lois* de 1748, sont essentiels à la mise en œuvre du constitutionnalisme moderne. Mais la séparation ou plus exactement la balance des pouvoirs, n'est en réalité qu'un moyen, un instrument de l'ingénierie institutionnelle qui n'a d'autre fonction et but que de garantir les droits des citoyens, ou leur liberté, pour utiliser encore une fois le langage de Montesquieu au livre XI de son chef d'œuvre. Il faudrait rediscuter dans les détails cette doctrine de la séparation des pouvoirs et, notamment, le rôle très différent attribué au judiciaire à l'origine dans la garantie des droits des deux côtés de l'Atlantique<sup>(1)</sup>. En tout cas, on ne peut se contenter de souligner l'accent mis par nos pères fondateurs sur la garantie des droits. Il faut s'interroger sur les moyens qui peuvent rendre effective cette garantie, une réelle balance des pouvoirs étant la clef de voûte de la protection des droits. Or, on ne peut oublier que la doctrine classique de la séparation/balance des pouvoirs se basait essentiellement sur le contre-pouvoir exercé par un exécutif indépendant, le Roi, et ceci dans un système politique où les partis n'avaient pas le rôle majeur qu'ils ont pris depuis un siècle, tout au moins dans les plus anciennes démocraties de notre continent. En outre, notamment dans les systèmes parlementaires où l'exécutif est responsable devant le Parlement, il est évident que le ressort le plus important de l'ancienne balance des pouvoirs est cassé. Il n'y a que les cours de justice, comme les appelait Alexander Hamilton, qui peuvent jouer le rôle d'instance modératrice et, puisqu'il n'y a que « le pouvoir qui puisse arrêter le pouvoir », il faut que les cours aient les moyens d'exercer cette fonction de modération et de garant des droits individuels.

Il se trouve, néanmoins, que cette tradition du constitutionnalisme moderne, dont on aperçoit des éléments dans les remontrances des parlements de l'Ancien Régime<sup>(2)</sup>, est souvent oubliée et en tout cas marginalisée par ce qu'on peut appeler la culture démocratique. Si l'on se réfère aux ouvrages classiques ou plus récents sur la démocratie (qu'il s'agisse de Schumpeter, de Kelsen ou de Sartori) ou sur le gouvernement représentatif, il n'est pratiquement pas question de la garantie des droits.

La théorie du gouvernement représentatif démocratique se concentre pour l'essentiel sur les questions des élections, du Parlement, des partis politiques, de l'exécutif, de l'opinion publique et elle a tendance à passer sous silence ou à traiter de manière tout à fait secondaire la protection des droits. Comment peut-on expliquer cette disparition ?

L'idée centrale du gouvernement représentatif, tel qu'il fut instauré à la fin du siècle des Lumières, et on se limitera ici au cas français, est liée à son origine historique : la lutte de la Révolution contre la monarchie absolutiste. En s'opposant à l'idée reçue et traditionnelle du Roi représentant – unique et authentique – de la nation, établi dans ce rôle par la cérémonie du sacre de Reims, la nouvelle élite politique, qui conduisit le combat de la Révolution et qui est à l'origine de notre culture politique républicaine, imposa la conception que seule une autorisation populaire par le biais des élections peut être à l'origine du pouvoir de ceux qui gouverneront la France, une fois niée la légitimité traditionnelle de la monarchie de droit divin. L'autorisation populaire, donc des élections libres et répétées, constitue dans cette culture politique la source – métaphoriquement parlant – de l'exercice du pouvoir politique, son mécanisme concret et vérifiable de légitimité. À ceux qui vont obéir à la loi – le commandement du nouveau souverain – on assigne, en même temps que l'obligation de l'obéissance, le droit de choisir les membres du gouvernement, car en fait cette obligation naît – nous dit-on – de cette autorisation.<sup>(3)</sup>

En réalité, il faut distinguer l'idée d'élection comme source du pouvoir de gouverner de la pratique des élections compétitives axée, elle, sur l'existence de deux partis ou de deux coalitions capables, l'une et l'autre, d'accéder au pouvoir par la victoire sur le marché électoral. Mais ce qu'il importe de souligner ici, c'est le rapport que cette tradition établit entre élection/autorisation et légitimité à gouverner. Cette question

n'avait pas été posée explicitement, mais il allait de soi que les décisions des assemblées représentatives étaient prises à la majorité – sauf dans le cas le plus important, celui de la révision constitutionnelle <sup>(4)</sup>. Quant aux critères de transformation des suffrages populaires en sièges des assemblées représentatives – l'algorithme électoral –, le mécanisme était, <sup>(5)</sup> et il est toujours, beaucoup plus compliqué ; mais la règle générale relève de la synecdoque : une partie vaut le tout, où la volonté de la majorité est l'expression de la volonté générale. L'idée de la majorité ayant vis-à-vis d'elle une opposition qui, grâce aux élections, peut devenir à son tour majorité est tardive et ne s'imposera sans doute que sous la III<sup>e</sup> République.

Quoi qu'il en soit, les élections et les représentants élus tiennent une position centrale dans la doctrine et la pratique du gouvernement représentatif moderne. Mais quel est le rôle et quels sont les pouvoirs des élus ? S'ils pouvaient faire tout ce qui leur plaît, l'autorisation électorale ferait d'eux, comme on l'a répété maintes fois, des despotes pro tempore, mais tout de même des despotes. Plutôt qu'un seul tyran, une cohorte que l'on renouvellerait tous les deux ou quatre ou cinq ans ! C'est en fait pour cela que le gouvernement représentatif moderne a été pensé et présenté depuis toujours comme un gouvernement constitutionnel ; soit comme un « gouvernement limité » dans le langage des pères fondateurs de la Constitution américaine. Qu'est-ce à dire ? Il nous faut faire un pas en arrière et remonter aux origines historiques et conceptuelles de l'État moderne. Car, après tout, le gouvernement représentatif et ce qu'on appelle aujourd'hui démocratie, avec une exagération de langage car le peuple autorise et ne gouverne pas, ne sont en fait que des formes d'État, c'est-à-dire des formes d'exercice de l'autorité par quelques-uns sur tous les membres du corps politique.

La théorie de l'État, qui est toujours la nôtre, nous vient de Thomas Hobbes. L'auteur du *Leviathan* affirme dans son chef-d'œuvre, celui qui ouvre les portes de la modernité politique, qu'il est rationnel d'obéir au pouvoir politique, celui qu'il appelle le souverain ou Léviathan, à une seule et unique condition : si et seulement si Léviathan est capable de défendre et de garantir notre droit fondamental : le droit à la vie (*life and limbs*), un droit qui à une époque de guerres civiles de religion apparaît d'emblée comme essentiel et la condition nécessaire de tout autre droit. L'absolutisme de Hobbes est tout le contraire d'un pouvoir arbitraire, il s'agit plutôt d'un pouvoir sans partage qui doit être utilisé pour protéger notre droit naturel (ce qui veut dire simplement qu'il n'est pas rationnel d'abandonner ce droit). C'est Leo Strauss – un grand penseur réactionnaire du siècle dernier – qui avait fait remarquer qu'avec Thomas Hobbes s'ouvrait le règne, à son avis dangereux, du libéralisme.

Si notre raisonnement s'est apparemment écarté du sujet initial pour une brève incursion à l'époque des guerres de religion, c'est pour attirer l'attention sur le fait que la garantie des droits n'est ni une préoccupation récente liée à la justice constitutionnelle, ni même une invention de la Révolution. Elle est à l'origine même de la théorie moderne de l'État, y compris dans sa version à première vue absolutiste, qui n'est pas simplement la plus ancienne et systématique mais qui peut aussi se passer de théologie politique. Ce qui ne veut pas dire qu'Hobbes ne s'intéressait pas à la religion ou à la théologie, bien au contraire. Ce que nous voulons soutenir c'est qu'à la différence de la philosophie politique de Locke, il est possible de rendre la doctrine hobbienne de l'obligation politique indépendante de la religion et des fondements théologiques, ce que justement lui reprochait Locke.

Le rapport qui unit la rationalité de l'obéissance au pouvoir politique à la protection des droits n'est donc pas nouveau ; ce qui l'est, pour les européens en tout cas et notamment pour les Français, c'est la pratique de la garantie juridictionnelle des droits. Il y a là un formidable hiatus entre la théorie (l'article 16 de la Déclaration) et la pratique institutionnelle.

Revenons maintenant à la Révolution et lisons le texte de la première Constitution, celle de septembre 1791. Dans le titre VII et dernier de la révision des décrets (les dispositions) constitutionnels qui impliquent la garantie d'un certain nombre de « droits naturels et civils » <sup>(6)</sup>, il est écrit :

« L'Assemblée nationale constituante en remet le dépôt [de la Constitution et des droits qu'elle garantit] à la fidélité du corps législatif, du Roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ».

Le dépôt de la Constitution était remis aussi aux juges ; mais la Constitution ne dit rien des modalités de ce contrôle. Après l'expérience de la Terreur, la Convention thermidorienne reviendra sur la question du contrôle de constitutionnalité des lois. C'est Emmanuel Sieyès qui prendra la défense du libéralisme. Sa proposition d'une jurie constitutionnelle, présentée lors des débats constitutionnels de l'an III, est souvent considérée aujourd'hui comme un apax ou une bizarrerie (mot utilisé par le leader communiste italien Palmiro Togliatti à propos de la Cour constitutionnelle lors des travaux de la Constituante de Rome en 1947). En réalité, le vote quasiment unanime de l'Assemblée ex-jacobine contre cette proposition très ambitieuse occulte la réalité du vaste débat que le problème du contrôle provoqua dans la France révolutionnaire. Des dizaines, peut-être des centaines, de pamphlets furent publiés <sup>(7)</sup> concernant cette question, mais la volonté de la classe politique thermidorienne de conserver sans partage la mainmise sur le pouvoir législatif étouffa dans l'œuf une création institutionnelle que, beaucoup plus tard, Carré de Malberg devait appeler de ses vœux, à la fin de sa longue carrière intellectuelle.

En effet, le grand juriste alsacien, dans la conclusion de son livre de 1931 sur La loi, expression de la volonté générale (Paris, Économica, 1984, p. 221-22), écrivait :

« une fois écartée l'identification de la loi avec la volonté générale, il n'existe plus de raison qui mette obstacle à l'établissement d'un contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution ; mais il y a, au contraire, des fortes raisons qui appellent la consécration par la Constitution de ce contrôle destiné à empêcher la toute puissance législative du Parlement [...] Or, le moyen par excellence de maintenir le législateur dans le respect par lui dû aux règles contenues dans la Constitution, c'est l'ouverture d'une voie de recours contre les lois inconstitutionnelles. On peut hésiter sur les conditions dans lesquelles ce recours doit être organisé. Nous ne serions guère portés, pour notre part, à souhaiter l'adoption du système qui irait jusqu'à permettre à tout tribunal saisi d'un litige de commencer par discuter la loi applicable à l'espèce avant que d'en faire application. La gravité d'une question contentieuse de cette sorte exige que l'examen en soit réservé à une instance d'une qualité très haute, et surtout à une instance unique qui statuerait erga omnes. Du moins, si les lois cessaient d'être couvertes du masque de la volonté générale, il deviendrait indispensable que la question de leur constitutionnalité trouvât, lorsqu'elle est soulevée par une partie intéressée, une instance juridictionnelle devant laquelle elle pût être portée ». [les italiques sont de l'auteur de cet article]

---

L'étude du contrôle de constitutionnalité demande qu'on s'interroge non seulement sur ses raisons d'être (non de l'établir car il existe désormais quasiment partout dans le monde), mais aussi sur ses formes. C'est cette réflexion qu'on va esquisser maintenant à partir d'une remarque de Hans Kelsen figurant dans le texte à l'origine du modèle dit, un peu hâtivement, « européen » de cette fonction de l'État de droit :

« La question du mode d'introduction de la procédure devant le tribunal constitutionnel a une importance primordiale : c'est de sa solution que dépend principalement la mesure dans laquelle le tribunal constitutionnel pourra remplir sa mission de garant de la Constitution »<sup>(8)</sup>.

Il nous semble que – si on laisse de côté, comme le suggérait Carré, le système du *judicial review* américain – il est possible de distinguer dans les pays européens les plus importants trois types de contrôle liés à la procédure d'accès à l'organe en charge de cette fonction : la saisine parlementaire, le recours direct et la question incidente ou préjudicielle. À l'exception du premier type qui, dans la forme que l'on va considérer, est spécifique à la France depuis 1974 (l'Espagne qui a connu la saisine parlementaire *ex ante* l'a supprimée pour des raisons qui n'ont pas à nous arrêter ici), les deux autres se retrouvent dans plusieurs pays européens. Il n'est pas complètement arbitraire de qualifier de modèle allemand le recours direct (*Verfassungsbeschwerde*) et de modèle italien la question préliminaire envoyée par les juges du fond aux Cours constitutionnelles, car, depuis la deuxième guerre mondiale, ces deux pays ont surtout connu, à côté d'autres formes de recours – notamment concernant les conflits entre organes suprêmes de l'État (*Organstreit*) – celles qui vont distinguer notre typologie.

La saisine parlementaire dont il n'était pas question dans le texte de la Constitution de 1958 a été introduite par une réforme constitutionnelle voulue par le président Giscard d'Estaing et a transformé de manière radicale le Conseil constitutionnel des origines. En réalité, cette modalité de la saisine reprenait sans doute inconsciemment le projet présenté par Sieyès presque deux siècles avant.<sup>(9)</sup> Elle se caractérise par le monopole, que conserve la classe politique, de mettre en question les décisions du gouvernement et de la majorité élue devant laquelle l'exécutif est responsable. Mais elle se singularise aussi par une temporalité rigide qui prive le Conseil de toute possibilité de choisir le moment de la décision puisqu'il ne dispose que d'un temps très court pour produire son arrêt. Ce qui implique que les neuf juges constitutionnels se trouvent à devoir juger le gouvernement et la majorité en place, et non un gouvernement ou une majorité passés, comme c'est souvent le cas dans les autres pays. En ce sens, s'il y a bien un organe qui exerce un pouvoir contre-majoritaire, c'est le Conseil constitutionnel, car les autres cours comparables peuvent se trouver<sup>(10)</sup> casser ou modifier des lois édictées dans un passé plus ou moins lointain et par des majorités qui ont bel et bien disparu ou, comme aux États-Unis, par des majorités locales, celles des États de l'Union.

Dans le cas de la *Verfassungsbeschwerde* allemande, la personne (pas nécessairement un citoyen allemand)<sup>(11)</sup> qui introduit un recours doit, sauf exception et urgence, avoir épuisé les voies ordinaires du recours en justice, et seulement en ce cas peut s'adresser à la Cour Constitutionnelle fédérale pour obtenir son avis et, si possible, son secours pour la protection des droits fondamentaux.

Par contre, dans le modèle italien du contrôle dit incident, c'est avant le jugement judiciaire qu'une question préalable de constitutionnalité peut être envoyée par le juge du fond. C'est seulement après avoir reçu la réponse de la Corte Costituzionale, que le juge a quo va reprendre le procès suspendu et le mener à son terme à partir des indications de la Cour « spécialisée en constitution ».

Sur la base de cette typologie, on peut distinguer trois acteurs ou requérants du contentieux constitutionnel : des acteurs politiques donc des élus ; des juges ordinaires et des citoyens (pendant ou à la fin d'une procédure judiciaire).

Il est intéressant de prendre en compte les effets de ces trois modalités de la saisine sur le système politique. Dans le cas du recours ex ante (avant même la promulgation de la loi), la tâche possible du Conseil est de représenter le frein et le contre-pouvoir que la vieille doctrine libérale attribuait au monarque constitutionnel par son veto suspensif. En l'absence d'un exécutif indépendant dans un État dominé par les partis politiques, le Conseil constitutionnel joue le rôle de pouvoir modérateur qui empêche de transformer une défaite électorale en déroute. Dans cette forme du contrôle, la certitude du droit est considérée comme une valeur supérieure à celle de la justice en tant qu'*epieikeia*. Le modèle est kelsénien ; il y a cohérence parfaite dans le système des normes. Aucune loi ne sera jamais inconstitutionnelle, puisque la norme non conforme à la Constitution et par conséquent contraire à la hiérarchie des normes est bloquée avant de voir le jour. Le contrôle précédant la promulgation, il ne peut y avoir de lois invalides dans le système. Le Conseil corrige les épreuves du processus législatif. Une fois proclamée, la loi conserve toujours le masque de la volonté générale. Les fautes ne sont pas permises, mais de toutes façons et surtout, il ne faudra jamais les avouer. Reconnaissons que dans ce cas de figure le Conseil s'affronte constamment à la volonté de la majorité élue. Les textes qu'il doit juger ne sont certes pas des lois – le Rousseauisme est sauvé – mais elles représentent néanmoins la volonté des élus du peuple, le président compris. Il a donc fallu beaucoup d'équilibre et de sagesse de la part des juges de la rue Montpensier pour asseoir la légitimité d'un organe non élu qui a souvent osé dire non et arrêter les élus du peuple. Le fait est que même dans un pays comme la France, qui n'a pas connu l'expérience du fascisme à l'instar de certains de ses grands voisins, l'opinion publique ne croit plus à une doctrine de la représentation absolue ; la culture libérale s'est imposée peu à peu au jacobinisme et la réforme de 2008 de la Constitution vient de liquider le vieux mythe de « la loi expression de la volonté générale » en introduisant la possibilité d'invalider des lois en vigueur sur la seule demande d'un justiciable et avec l'accord du pouvoir judiciaire. Ceci dit, il n'en demeure pas moins que, dans le modèle de la saisine parlementaire, le contrôle de constitutionnalité est la même chose qu'un contrôle sur les abus de pouvoir de la majorité. Ce qui nous rappelle l'un des fondements du constitutionnalisme des origines : la démocratie des modernes n'est pas un gouvernement absolu, le système politique a besoin d'un gardien et d'un garant des droits fondamentaux des citoyens. Or, puisqu'il sont forcément ambigus, en cas de conflit entre majorité et opposition, il y aura un juge tiers pour arbitrer ce conflit. En effet, l'alternative serait l'anarchie si chacun pouvait être maître de l'interprétation constitutionnelle, ou l'autoritarisme si devait en décider le gouvernement, qui serait en même temps juge et partie dans un conflit avec un citoyen, à propos des droits que lui-même s'est engagé à respecter et protéger !

Si le conflit s'élève entre un citoyen, individu isolé, et le gouvernement, la simple saisine parlementaire ne suffit pas. L'opposition peut décider de ne pas déférer une loi ou le Conseil constitutionnel peut ne pas anticiper parfaitement les effets inconstitutionnels de l'application de la loi – même les sages ne peuvent pas tout prévoir ; n'étant, après tout, que des sages et non des divinités capables de pressentir le futur dans tous ses détails et ses manifestations. Rien d'étonnant à ce que dans les pays, tels que l'Italie et l'Allemagne, qui ont connu des majorités politiques non seulement oppressives pour l'opposition mais aussi pour la dignité et la vie des citoyens, des formes plus importantes de contrôle et de protection des droits aient été mises en place dans les Constitutions rédigées tout de suite après la défaite du fascisme et du nazisme.

Le modèle italien s'est imposé en partie sans une perception bien lucide de ce que la classe politique transalpine allait produire par ses choix. L'opposition farouche de la gauche jacobine avait empêché que la Constituante postfasciste aboutisse à un projet clair de contrôle de constitutionnalité. La décision, tout à fait conservatrice, de la loi constitutionnelle de 1948, de laisser entre les mains des juges dits ordinaires (qui étaient pour la plupart fascistes ou réactionnaires) la clef ouvrant la porte de la Corte Costituzionale s'est transformée, au cours du temps, en un mécanisme important de contre-pouvoir qui associe les juges du fond au contrôle des lois et à la garantie des droits. En outre, le contrôle abstrait et syllogistique prévu par les dispositions originelles du texte de la Constitution (art. 134-137) s'est transformé en un contrôle qui permet de juger de la loi en vigueur à la lumière de son application aux cas concrets.<sup>(12)</sup> Certes le juge constitutionnel italien reste un juge de la loi et sa décision est valable erga omnes ; la Cour de Rome n'est pas un juge du fond ni une instance d'appel. La rhétorique des sentences est de type abstrait, mais le dispositif de la décision prend des formes très sophistiquées. Les lois envoyées devant le juge constitutionnel peuvent être maintenues en proposant une interprétation conforme à la Constitution ou amendées et pour ainsi dire réécrites. La Cour constitutionnelle italienne, qui avait souvent eu à se prononcer sur des lois votées par des majorités disparues de la scène politique, est devenue de plus en plus un véritable co-législateur. Plutôt que d'invalider ou annuler les lois, elle les corrige, rarement pour s'opposer à un abus du législateur, mais simplement parce qu'elle peut les examiner ex post, ce que le Parlement ne peut pas faire, astreint qu'il est à promulguer des normes générales et abstraites et, pour ainsi dire, sous un voile d'ignorance. Le contrôle a posteriori permet de découvrir ce que le législateur n'avait pas voulu ou pas pu voir. La loi appliquée n'est pas la même que la loi édictée ; c'est-à-dire ses effets ne sont pas nécessairement ceux que l'on avait escomptés ; plus précisément même une bonne norme peut produire dans des cas et des circonstances particulières des effets injustes. Il ne s'agit, donc, pas d'invalider la loi, mais de la modifier et de la rendre compatible avec les droits protégés par la Constitution. Il est remarquable que dans les nombreuses statistiques que la Corte Costituzionale de Rome produit chaque année sur son activité, il n'existe pas la catégorie : « lois annulées », par opposition aux lois considérées conformes à la Constitution. Comment pourrait-on classer, par exemple, une décision qui prononce que la loi 'X' tout en étant constitutionnelle peut ne pas être appliquée en certaines circonstances ? Certes la Cour italienne n'a rien inventé. Aristote parlait déjà du principe de l'*epieikeia*<sup>(13)</sup> qui permet de suspendre

l'application de la loi pour éviter une injustice et Grotius avait rédigé un petit traité qui porte sur l'acquies (14) (le mot latin par lequel l'on a traduit le terme grec d'Aristote). Pufendorf raconte à ce propos une très jolie anecdote (15) : un beau jour, les juges de Bologne pendant l'automne du Moyen Âge durent juger un médecin qui avait transgressé une loi formelle de la ville aux hautes tours : il y était criminel de verser du sang dans les rues. C'est de ce crime que s'était rendu coupable le cerusico (le médecin) en pratiquant une saignée sur un individu qui s'était trouvé mal dans la rue et dont le sang avait coulé abondamment sur les pavés. Les juges de la ville de Bologne, où la théorie du droit a sans doute été inventée à cette époque reculée, n'invalidèrent pas la loi, mais en même temps innocentèrent le pauvre médecin qui avait transgressé la norme juridique pour sauver la vie d'un homme qui risquait de mourir.

Le juge constitutionnel italien jugeant la loi, sans juger le cas qui en est l'origine de la question préjudicielle, prend en compte les applications de la loi pour éviter qu'elle produise des effets injustes, contraires aux principes de la Constitution. En outre, et cela sera plus clair lorsqu'on examinera le modèle allemand, le caractère préventif de la décision constitutionnelle, par rapport au jugement judiciaire, ne met pas la Corte en conflit avec le juge du fond qui, lui, attend la réponse de Rome avant de trancher le litige. Dans le cours du temps, une fois que les tensions avec la Corte di Cassazione eurent disparu (surtout du fait que de plus en plus souvent la Cour constitutionnelle italienne fut présidée par d'anciens membres de la cassation !), l'organe de contrôle et le pouvoir judiciaire ont pu constituer le véritable contre-pouvoir dans le système politique italien qui, non seulement est un régime parlementaire, mais qui en outre a connu de très longues périodes sans alternance au pouvoir et un parti et plus récemment un homme politique trop puissants.

La loi et la justice – certains peuvent trouver cela étrange, de même que l'existence d'une cour constitutionnelle. Mais dans la norme positive suprême de l'Allemagne post-nazi, le pays qui dispose sans doute de l'organe de contrôle aux compétences les plus étendues en Europe, dans le Grundgesetz donc, on peut lire que les juges sont liés non seulement par la loi, mais par Recht und Gesetz, (16) par la loi et par la justice ! Ou, si l'on veut, par la loi interprétée à la lumière des principes de justice inclus dans la Constitution. Le recours direct est en réalité un appel ultérieur accessible à quiconque croit que ses droits, consacrés par le Grundgesetz, ont été violés par l'État allemand et ses organes. En réalité dans la plupart des cas la Verfassungsbeschwerde est une objection adressée par le requérant à une cour de justice. En réalité (17), deux types d'objections peuvent être adressés aux tribunaux devant la Cour constitutionnelle fédérale : d'un côté, on peut faire valoir que le juge n'a pas interprété la loi à la lumière des droits constitutionnels ; de l'autre, que le tribunal a violé les droits fondamentaux spécifiques à la procédure judiciaire. En Allemagne, le contrôle prend donc place après et non avant le jugement judiciaire ; faisant du Bundesverfassungsgericht un juge des juges, de leur respect des valeurs et des principes de la Constitution.

Juge des juges dans le type idéal allemand, juge du gouvernement en France, juge de la loi dans le modèle italien. Si cette typologie nous apporte quelque chose, c'est de nous faire réfléchir sur les raisons du contrôle à partir de ce que les cours constitutionnelles font en réalité et des modalités de la saisine plutôt qu'à partir de doctrines abstraites et surannées.

On peut revenir maintenant sur la classification à laquelle on fait encore référence le plus souvent dans les études comparatives de droit constitutionnel. En utilisant trois couples conceptuels dichotomiques : a posteriori/a priori, concret/abstrait, diffus/concentré, on caractérise d'habitude par la présence des trois premiers traits le système de contrôle le plus ancien, le judicial review américain, qui serait donc a posteriori, concret et diffus. Par opposition et symétriquement, le système dit européen serait, lui, a priori, abstrait et concentré. On voit bien que ce qu'on appelle le système européen ne recouvre que le cas français et jusqu'en 2008 car, ni en Allemagne ni en Italie, les modalités du contrôle de constitutionalité ne peuvent être ramenées au cas français, lequel va lui-même s'éloigner bientôt de sa forme traditionnelle.

Si l'on voulait persister à utiliser les catégories reçues de la comparaison, on pourrait dire que seule la saisine parlementaire avant la promulgation de la loi peut être qualifiée de contrôle a priori. Ou, plus exactement de contrôle avant la promulgation de la loi. Car dans ce modèle la loi, au sens strict du terme, n'est jamais discutée. En ce sens le contrôle partout ailleurs est ex post : il a lieu après la promulgation de la loi. Quant au contrôle diffus, s'il est vrai que les juges européens ne peuvent pas (sauf dans le cas du contrôle de conventionalité !) se refuser à appliquer une norme du système juridique, on ne peut nier qu'ils participent de différentes manières au contrôle. Même en France les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, supposent la coopération des juges. Le rôle de ces derniers va être encore plus important avec l'application de la loi organique qui spécifie l'article 61-1. En Italie, depuis toujours, ce sont surtout les juges qui ouvrent les portes de la Cour constitutionnelle et qui exécutent les décisions de celle-ci. Quant à l'Allemagne, les juges ordinaires ont été invités plusieurs fois par le Bundesverfassungsgericht à interpréter eux-mêmes les lois à la lumière des principes constitutionnels (à ce propos le Soraya Urteil de 1973 est célèbre). Enfin, la dichotomie la moins persuasive est celle qui oppose le contrôle abstrait au contrôle concret de la loi. Dans cette perspective le cas italien est spécialement instructif, comme on l'a vu. Bien sûr, la Cour de Rome est juge de la loi, mais la question posée par le juge a quo est suscitée dans le cadre d'un cas concret d'application de la loi en question et c'est pour ce cas précis qu'il demande aide et conseil. C'est donc du cas concret que procède jusqu'à un certain point la décision abstraite et erga omnes ! Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, quant à lui, doit se confronter constamment à des cas spécifiques qui lui sont soumis par les très

nombresuses Verfassungsbeschwerden et dont il peut parfois décider directement. Dans ce pays, la distinction entre konkrete et abstrakte Normenkontrolle s'applique simplement à la distinction entre les cas qui sont envoyés à ce tribunal par un juge dans le cours d'un procès et ceux, très rares, qui lui sont soumis par des acteurs politiques indépendamment d'une menace concrète pour un droit subjectif.

---

La réforme de la saisine en France ouvre un chapitre nouveau dans l'histoire du contrôle de constitutionnalité au pays des droits de l'homme. Après 1971 et 1974, 2008 marquera une étape importante dans la mise en place de l'État de droit constitutionnel en France qui a donné à l'Europe continentale sa culture moderne du droit public. Avant sa mise en application la réforme peut être interprétée de manières différentes. On ne fera pas de prévisions ici mais on esquissera deux possibilités extrêmes, tout au moins en tant qu'hypothèses intellectuelles. Dans quelques années on pourra constater l'orientation que le Conseil constitutionnel aura donné à sa pratique et où il aura placé le curseur dans la fourchette des possibilités qui lui sont offertes. Dans l'état actuel des textes on peut imaginer une version minimaliste et une maximaliste de la réforme. Dans le premier cas, la question préjudicielle introduite par le 61-1 serait une sorte de supplément d'âme du contrôle tel qu'il existe, le contrôle ex ante ; un mécanisme bouche-trous ou attrapeur de « non-saisines » qui, en outre, maintient dans son intégralité le contrôle de conventionnalité. Dans sa version maximaliste, peu à peu, le mécanisme tout entier serait transformé par la réforme, le contrôle a posteriori se substituerait à la saisine parlementaire et le filtre des hautes juridictions pourrait disparaître. Mais les spéculations sur l'avenir cachent souvent les désirs de ceux qui essaient de lire l'avenir. Ce qui est sûr, c'est qu'une phase nouvelle s'ouvre le 1<sup>er</sup> mars 2010 pour la garantie des droits en France. C'est aux juges, aux avocats, aux enseignants et aux étudiants en droit et en dernier ressort au Conseil constitutionnel de faire apparaître son nouveau visage.

- (1) On peut voir sur ce point l'article « Nicolas Bergasse and Alexander Hamilton: the role of the judiciary in the separation of powers and two conceptions of constitutional order » in *Rethinking the Atlantic World: Europe and America in the Age of Democratic Revolutions*, ed. by M. Albertone, London, Palgrave Macmillan, 2009, p. 80-99.
- (2) A ce propos, on peut voir maintenant le travail de Krynen (J.), *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, notamment le chapitre 9.
- (3) De l'autre côté de l'Atlantique et avec un langage un peu différent Bickel (Alexander) disait la même chose dans la section célèbre sur la Counter-Majoritarian Difficulty de son livre *The Least Dangerous Branch*, (Yale University Press, New Haven, 1986) p. 19 : « nothing can finally depreciate the central function that is assigned in democratic theory and practice to the electoral process : nor can it be denied that the policy-making power of representative institutions, born of the electoral process, is the distinguishing characteristic of the system ».
- (4) Voir le Titre VII et dernier de la Constitution de 1791 : De la révision des décrets constitutionnels.
- (5) Gueniffey (P.), *Le nombre et la raison*, Paris, Editions de l'EHESS, 1993.
- (6) Il faut voir sur ce point le Titre I de ce texte : Dispositions fondamentales garanties par la Constitution.
- (7) Voir Gauchet (M.), *La révolution des pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1995 et, surtout, le remarquable travail de Bruno Nicolle, *Aux origines du contrôle de constitutionnalité : La jurie constitutionnaire de Sieyès, mémoire pour le DEA*, Paris X, 1990.
- (8) La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle), *Revue de droit public et de science politique*, vol. 45, 1928, p. 245.
- (9) Thibaudeau, un sophiste intelligent et le héros de tous les adversaires du contrôle de constitutionnalité qui n'aiment pas citer Carl Schmitt, ne s'était pas trompé dans ses remarques d'opposition radicale au projet de l'auteur du Tiers-État, lorsque dans son discours à l'Assemblée du 24 Thermidor de l'an III, il affirma : « Sieyès introduit encore une sorte de pétitionnaire qui m'effraie bien plus que tous les autres ; c'est la minorité des conseils [les deux assemblées de la Constitution] qu'il admet à se plaindre devant le jury des actes de la majorité ; c'est la première fois que l'on propose d'établir une institution aussi contraire aux principes, aussi favorable aux factions [nos partis politiques], aussi destructive de l'ordre social [sic !] ; elle ne pourrait convenir qu'à un peuple chez lequel il serait convenu que c'est la minorité qui a toujours raison et qui doit faire la loi » (les italiques sont de l'auteur de ces notes ; la citation est tirée de l'*Ancien Moniteur*, vol. XXV, p. 487). La rhétorique est brillante, mais il ne semble pas qu'il y ait beaucoup de suite dans les idées de Thibaudeau ; c'est le jury pas la minorité qui décide du conflit entre la majorité et la minorité. Certes, Thibaudeau n'a jamais aimé les perdants, et, pendant sa longue carrière politique, il a toujours été du côté des vainqueurs, jusqu'à Napoléon III. On doit penser qu'il serait aujourd'hui favorable au contrôle de constitutionnalité.
- (10) Je ne connais pas d'études ni de statistiques à propos de ce point tout de même capital.
- (11) Voir l'article de Lübke-Wolff (Gertrude), *The German Federal Constitutional Court from the point of view of complainants in search of their constitutional rights* in *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*, sous la direction de Pasquino (P.) et Randazzo (B.), p. 61-88.
- (12) On peut voir sur cette évolution l'article important de l'ancien président de la Corte Costituzionale, Gustavo Zagrebelsky, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », qui doit paraître dans les actes du colloque du 3 avril 2009 : Une nouvelle compétence pour la Cour de cassation : la question préjudicielle de constitutionnalité.

**(13)** Voir notamment Rhétorique, 1374 a-b et éthique à Nicomaque, 1137 a-38a.

**(14)** Dans son De aequitate, Grotius écrivait : « *lex non exacte definit, sed arbitrio boni viri permittit* ».

**(15)** Pufendorf, De jure naturae ac gentium, l. 5 ch. 12, § 8.

**(16)** Article 20, alinéa 3 de la Constitution allemande : Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

**(17)** Je remercie Dieter Grimm qui a attiré mon attention sur cette dimension du recours direct.