

Section 1 - Le choix du contrôle de constitutionnalité concentré

Comment les Européens ont-ils pu adopter le système impliquant un affrontement direct et ouvert avec le législateur (II) alors que la révérence envers celui-ci les avait empêchés au XIXe et au début du XXe siècle d'adopter le système américain, apparemment pourtant moins attentatoire aux droits du Parlement (I) ?

I. Le rejet général du contrôle de constitutionnalité diffus.

La plupart des pays aujourd'hui dotés d'un tribunal constitutionnel ont, à un moment donné, été tentés par le contrôle de constitutionnalité diffus, mais ils l'ont finalement rejeté – sinon de manière tranchée du moins implicitement. Il reste que certains États européens, tels que la Grèce, le Danemark, la Suède ou la Norvège ont adopté des systèmes de justice constitutionnelle proches de celui des Etats-Unis (Fromont, 1996, pp. 14-15).

A. Les tentatives d'implantation du contrôle diffus

En France, la discussion est lancée par une communication de Larnaude à la Société de Législation comparée en 1902, surtout par Edouard Lambert dont le célèbre ouvrage, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis* (1921) va paradoxalement alimenter le débat et renforcer le courant favorable à l'adoption du système américain, bien qu'il dénonce avec vigueur le risque du gouvernement des juges. (...)

En Allemagne, sous le régime de la Constitution de Weimar, les juges ordinaires acceptaient de vérifier la constitutionnalité formelle des lois à partir d'une décision du Tribunal du Reich du 4 novembre 1925, sur le fondement de l'article 102 de la Constitution, mais ne statuaient pas sur la constitutionnalité matérielle de la loi et notamment sur la protection des droits fondamentaux. Ils ne s'opposèrent pas ainsi à de « nombreuses violations de l'ordre constitutionnel qui furent commises très tôt par le Parlement » (Béguin, 1982, p. 18). Cette expérience incita les réformateurs, après la guerre, à revenir aux théories de Kelsen qui avaient été écartées au profit de celles de Carl Schmitt.

En Italie, la tentative faite après la guerre d'instaurer un contrôle de constitutionnalité diffus, avant que ne soit mise en place la Cour constitutionnelle, se solda par un échec. Comme le soulignent Cappelletti et Cohen, cette période « fut dominée par la forte résistance de ceux qui s'adaptaient difficilement à une nouvelle conception du droit et de la justice » et les juges ordinaires « firent un très pauvre travail quant à l'interprétation d'une Constitution très programmatique et très progressiste » (1979, p. 14). (...)

B) L'explication de l'échec de la « greffe »

1. La sacralisation de la loi

A partir de la Révolution de 1789, tout au long du XIXe et au début du XXe siècle, le dogme rousseauiste de l'infailibilité de la loi s'impose et est difficilement remis en cause. (...) Le « droit » (jus, law, diritto, derecho, Recht) est de plus en plus étroitement identifié aux lois du Parlement (Lex, statute, legge, ley, Gesetz). Mais alors, comme le souligne Kelsen (1928, p. 199), « si l'on admet que la loi est tout le droit, régularité équivaut à légalité (et) il n'est pas alors évident que l'on puisse étendre davantage la notion de régularité ». L'obstacle à l'implantation d'un contrôle de constitutionnalité, quel qu'il soit, est avant tout d'ordre culturel. Si les historiens du droit ont prouvé qu'un certain contrôle a priori des lois royales était exercé par les anciens Parlements (Krynen, 2010, p. 262), il est plus difficile de retrouver les traces d'un contrôle a posteriori (Saint-Bonnet, 2010). Aux Etats-Unis, le texte sacré, depuis toujours, n'est pas la loi mais la Constitution. Le juge anglais Sir Edward Coke avait déjà, dans l'arrêt Bonham, évoqué l'idée d'un droit supérieur, une loi ayant été jugée déraisonnable car contraire au principe de la Common Law (Duffy, 2007). (...)

2. L'incompétence du juge ordinaire

L'incapacité des juges ordinaires à exercer la justice constitutionnelle est une autre raison que M. Cappelletti a bien mise en lumière (1985, p. 463) : « Les juges d'Europe continentale sont habituellement des magistrats de "carrière" peu aptes à assurer une tâche de contrôle des lois, tâche qui, nous le verrons, est inévitablement créatrice et va beaucoup plus loin que leur fonction traditionnelle de "simples interprètes" et de "fidèles serviteurs" des lois ». (...)

Plusieurs facteurs permettent d'expliquer la « faiblesse » et la « timidité » du juge européen. Tout d'abord, la grande majorité d'entre eux sont des juges de carrière, alors que leurs homologues américains sont dans la plupart des cas élus. Une fois encore, l'argument culturel domine, voire obscurcit le débat. (...)

Ensuite, le magistrat de carrière, notamment en Allemagne, Italie, France, Espagne, Grèce, n'a jamais été à l'abri d'épurations et autres mesures coercitives en périodes exceptionnelles. D'où une forme de méfiance populaire envers des juges dont on craint ou suspecte l'absence d'indépendance.

3. L'absence d'unité de juridiction

Elle est une explication complémentaire. En effet, contrairement à l'opinion d'Hauriou, la dualité ou la pluralité de juridictions n'est pas une garantie de réussite de la greffe mais au contraire un facteur d'échec. Le contrôle de constitutionnalité diffus fonctionne dans les systèmes caractérisés par une unité de juridiction. Les Etats-Unis et la plupart des autres pays de Common Law ne connaissent pas la séparation des contentieux ; en conséquence, la dimension constitutionnelle peut émerger dans tous les procès. La justice constitutionnelle ne se divise pas : soit elle est diffuse, mais au sein d'un appareil juridictionnel unique coiffé par une seule Cour suprême ; soit elle est concentrée aux mains d'une juridiction constitutionnelle unique. (...)

4. L'insuffisante rigidité de la Constitution

Elle peut également être considérée comme une cause du rejet du modèle américain dans certains pays européens de l'entre-deux-guerres. Ceci est très bien explicité, pour la France de la IIIe République, par Carré de Malberg dans La loi, expression de la volonté générale : « En Amérique, la décision de justice qui déclare une loi inconstitutionnelle a pour effet d'élever, à l'encontre de la volonté de la législature ainsi frappée d'opposition, une barrière qui demeure pour elle infranchissable, attendu que la législature est impuissante à modifier par elle seule la Constitution... Chez nous, au contraire, le Parlement, s'il se heurtait à une déclaration juridictionnelle d'inconstitutionnalité, pourrait sans grande difficulté triompher de cette résistance : les majorités parlementaires qui ont adopté la loi paralysée par une sentence de l'autorité judiciaire n'auraient, pour faire prévaloir leur volonté qu'à confirmer en Assemblée nationale la décision ou mesure qu'elles avaient prise d'abord par simple voie législative... Dans ces conditions, il est probable que (l'autorité judiciaire) hésiterait beaucoup à prononcer des refus d'application contre les lois pour cause d'inconstitutionnalité »(1931, p. 128). (...)

II. La mise en œuvre des idées kelséniennes

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

En Autriche et en Allemagne, l'idée d'un Tribunal d'Empire doté des attributions d'une Cour constitutionnelle, du moins en ce qui concerne les litiges fédéraux, émerge dès 1848. Pour la France, il est également classique d'évoquer le précédent français de la « jurie constitutionnaire » de Sieyès, ou encore le Tribunal des garanties constitutionnelles espagnol de la IIe République. Plus près de nous, ce sont surtout les terribles leçons des expériences nazies et fascistes qui sont directement à 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, en raison de la méfiance envers les juges ordinaires. En outre, le législateur ayant failli à sa mission, on ne craint plus de porter atteinte à sa souveraineté. En se montrant oppresseur, le représentant de la nation lui-même a fait apparaître la nécessité d'être contrôlé.

B) Raisons théoriques

La construction de Hans Kelsen dans son étude de 1928 et dans la thèse de son disciple, Charles Eisenmann, apparaissent encore aujourd'hui comme étonnamment modernes. Kelsen et

Eisenmann ont démontré que l'institution 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.

Selon Kelsen, la Constitution étant la norme fondamentale, dont découlent toutes les autres, il convient « de lui assurer la plus grande stabilité possible » en rendant sa révision difficile. 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 » (...).

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 ». (...)

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 confection 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). (...)

On peut ajouter qu'aujourd'hui, dans la plupart des pays qui ont adopté le modèle kelsénien, 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

(...)Face au bloc majoritaire, l'opposition a besoin de protection ; et la majorité elle-même a besoin d'un contrepoids. C'est le nerf du 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 ainsi qu'en Allemagne, Autriche ou Espagne, la disparition en pratique de la responsabilité du gouvernement conduit les cours constitutionnelles à jouer le rôle de contrôleur du gouvernement. Le phénomène est patent en France et explique que, sous la Ve République, les partis de gauche traditionnellement hostiles à la justice constitutionnelle s'y soient convertis, lorsqu'ils étaient dans l'opposition, face à une majorité stable et puissante. (...)