



Promotion René Capitant

—
Année 2014/2015


UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -
MASTER 2
DROIT PUBLIC
APPROFONDI

REVUE DE PRESSE JURIDIQUE (n°12)

Du 19 au 26 janvier 2015

**Séminaire de Droit Constitutionnel de M. le Professeur Guillaume
DRAGO**

N. B.: Cette revue de presse contient les liens vers les articles cités, auxquels vous pouvez accéder moyennant une connexion internet et vos codes de Paris II



→ GARDBAUM (S.), « The New Commonwealth model of constitutionnalism : theory and practice », *Juspoliticum*, n°13, la justice constitutionnelle contemporaine, modèles et expérimentations.

Accessible au lien suivant :

http://juspoliticum.com/IMG/pdf/jp13_gardbaum.pdf

Le dernier numéro de *Juspoliticum* consacre un long premier article à la présentation théorique et au fonctionnement idéal d'un nouveau modèle de constitutionnalisme, le « New commonwealth » du Pr. Stephen Gardbaum. Le Pr. Gardbaum, enseignant à la University of California, Los Angeles (UCLA) School of Law, prend la plume dans sa langue natale pour présenter son ouvrage éponyme publié en 2013 aux Cambridge University Press.

Le Pr. Gardbaum adopte comme point de départ une distinction entre un **constitutionnalisme politique** et un **constitutionnalisme juridique**. Alors que le premier assure la suprématie de la Constitution et la protection des droits fondamentaux par un contrôle effectué par les autorités politiques, le second confie un tel contrôle à des autorités judiciaires plus ou moins indépendantes de ces autorités politique, en fonction de différentes modalités que nous n'envisagerons pas ici. **Cette discussion bipolaire a conditionnée en grande partie les discussions sur les modalités d'un nécessaire contrôle de constitutionnalité, mais les a aussi limitée en ce qu'il ne propose qu'une radicale alternative, entre une « suprématie judiciaire » ou une « suprématie politique ».** Selon l'auteur toutefois, il faudrait s'intéresser à la mise en place d'une **ingénierie constitutionnelle plus subtile**, sachant faire la part des avantages et des défauts de chacun des deux systèmes.

L'auteur délivre un article au long cours que nous nous efforcerons de synthétiser; c'est à cette fin que nous ne suivrons pas le plan de l'auteur pour en venir à une narration plus simplifiée. Pour comprendre en quoi ces systèmes peuvent être qualifiés d'hybrides, il faut rappeler les **mérites et difficultés des deux modèles respectifs**, avant de **présenter les particularités du contrôle de constitutionnalité dans chacun des États considérés comme représentatifs de ce modèle**, de les **systématiser dans un modèle lui-même hybride**, et de préciser le fonctionnement optimal de ce modèle.

Les modèle de constitutionnalisme juridictionnel et politique s'analysent selon deux points de vue : celui de leur **légitimité**, et celui du **degré de protection des droits fondamentaux** qu'ils permettent.

Le contrôle politique bénéficie d'une **légitimité électorale** privilégiée en démocratie, d'une **pluralité de**



points de vues que n'a sociologiquement pas le corps des magistrats, et d'une temporalité permettant une **discussion et des débats approfondis**. Toutefois là où il l'emporte sur le plan de la légitimité, il comporte des difficultés en matière de protection des droits. Ainsi un ensemble de parlementaires dépendants de leur électors peuvent avoir des **points aveugles** dans les causes qu'ils défendent, notamment eux égard aux minorités.

A contrario, le contrôle juridictionnel est susceptible de se détacher des enjeux électoraux par un personnel **indépendant**, et d'effectuer un **contrôle plus approfondi, casuistique, ciblant clairement des droits exprimés dans un texte**. Cette indépendance donne à la disposition contrôlée par le juge constitutionnel une aura de légalité, pour ne pas dire un brevet de constitutionnalité (qui n'est pas le cas en France). Or la matière politique de ce contrôle, et ces effets potentiels, peut à l'inverse pousser les juges à s'**autocensurer**, ce qui pourrait pervertir l'effet mentionné donné à la disposition contrôlée. Il souffre d'une **absence de légitimité** qui est particulièrement soulignée lorsqu'une décision frappe l'opinion publique, qu'on essaie de surmonter classiquement de trois manières: en la considérant indirecte (en France, par la légitimité des représentants nommant les membres du Conseil Constitutionnel), en la liant à celle du texte constitutionnel (généralement ratifié par le peuple ou par une convention, ou encore en insistant sur le rôle de simple correctif que représenterait la justice constitutionnelle, ce qui n'est pas une réponse mais une défense. En dernier lieu, ce contrôle casuistique ne délivre pas nécessairement des débats approfondis, car il est exercé dans un **délai court**, et peut être servi par une **motivation limitée**.

Dans le cadre d'une discussion entre deux choix clairement opposés, les arguments négatifs sont tout a fait recevables puisqu'ils jouent en faveur de celui qui les formule. Or la possibilité d'introduire un troisième système de contrôle de constitutionnalité permet de faire jouer tous les arguments en dehors d'une adhésion expresse à un système plutôt qu'un autre. Ces différents arguments ont plus ou moins prise sur leur objet en fonction de l'organisation concrète de celui-ci, qu'il nous faut aborder. La thèse du Pr. Gardbaum est que de tels systèmes existent déjà, notamment par les récentes transformations institutionnelles de la **Nouvelle-Zélande, de l'Australie, et de son État de Victoria, du Royaume-Uni et du Canada**.

Ainsi au Canada, la Charte canadienne des droits et des libertés à valeur constitutionnelle permet à l'organe judiciaire d'invalider une norme qui lui est jugée contraire, sous réserve de la **possibilité pour le parlement ou la législature d'une province de soustraire par un vote à la majorité absolue la loi ou une de ses dispositions à ce contrôle (section 33 de la charte, appelée « clause nonobstant »)**. Ce mécanisme est aussi opposable à la déclaration canadienne des droits qui a valeur législative. Avec la mise en place au Royaume-Uni d'une déclaration des droits depuis 1998, « Human Rights Act », en Australie d'un texte éponyme en 2004 et de la Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities Act en 2006 dans l'État



du Victoria en Australie, ces différents États développent des procédures similaires : une déclaration des droits à valeur législative à l'égard de laquelle est effectué un contrôle juridictionnel de conformité **sans effet sur la validité des règles édictées**, mais pouvant déclarer des incompatibilités entre les textes et les dispositions de la charte, et donner des réserves d'interprétation. Ces décisions sont soumises au pouvoir de dernier mot du législateur, qui doit formellement admettre les décisions de réserves d'interprétation, tandis que les déclarations d'incompatibilités, sont elles admises par défaut. Le système est similaire en Nouvelle-Zélande, disposant depuis le New Zealand Bill Of Rights act de 1990 d'une déclaration des droits écrite, à l'exception de l'absence d'un pouvoir de déclaration d'incompatibilité, toutefois développé de façon prétorienne depuis les années 2000.

Il convient en dernier lieu de ramasser ces différentes procédures et le spectre de modulation institutionnelle qu'elles recouvrent en un modèle disposant de quatre branches. Celui comporte tout d'abord une **1) charte écrite énonçant des droits fondamentaux justiciables devant les autorités compétentes**, un **2) contrôle ex-ante, à l'occasion de la procédure législative, de la conformité du texte préparé avec la charte**, un **3) deuxième contrôle ex-post effectué par les cours ordinaires** (« judicial review » opposé à « constitutionnal review ») **avec des pouvoirs précis et limités**, et enfin **4) la possibilité d'un dernier mot donné à l'organe législatif, sous la forme d'un troisième contrôle politique**. Ce système permet virtuellement de développer les avantages des deux autres systèmes en évitant leurs défauts : il met l'accent sur une légitimité démocratique, une délibération approfondie dans une arène parlementaire multipliant les points de vue, que ce soit avant ou après l'intervention du juge. Il permet celle-ci pour le type d'analyse qu'il produit, casuistique, technique, tout en cherchant à limiter ses pouvoirs. Il partage les fonctions entre les organes afin de développer une plus grande protection des droits, une diffusion de ceux-ci, et une harmonisation des comportements institutionnels.

Cette théorisation d'une pratique comme troisième voie est donc celle d'un équilibre reposant sur les vertus d'un dialogue institutionnel autour de la Constitution, et c'est pour cela que l'auteur la qualifie de « **forme institutionnelle de constitutionnalisme** ». Il suppose ainsi que les compétences soient exercées de manière complémentaire (un premier contrôle politique permettant un débat philosophique, voire une fonction expressive que le parlement remplira pour ses électeurs, un deuxième contrôle juridictionnel axé sur la casuistique et non pas concurrentes, et fasse émerger une **rationalité commune** à tous les acteurs de ce processus. C'est aussi en cela qu'il est un **modèle de diffusion d'une culture de droits fondamentaux politisés dans la société**. Cet équilibre s'exprime dans l'attribution de compétences et repose à la fois sur l'utilisation de celles-ci (contrôle effectif de constitutionnalité, utilisation du dernier mot) et la modération de celles-là (weak judicial review). Une critique sur le glissement de la pratique d'un des États vers un modèle de suprématie juridictionnelle ou constitutionnelle peut donc être formulée, et pourrait notamment porter sur



l'évolution du degré de contrôle de conformité exercé à chacun des stades de celui-ci, mais elle ne saurait réduire à néant le particularisme d'un échafaudage institutionnel ambitieux, qui par lui-même suscitera des interactions plutôt que des oppositions entre les organes. On retrouve ici un usage fructueux de la **Constitution conçue comme « machine »**.

➔ **FONTAINE (L.), « La violation de la Constitution : autopsie d'un crime qui n'a jamais été commis », RDP 2014 n°6, pp. 1617-1639.**

Accessible au lien suivant :

<https://www-lextenso-fr.biblium.u-paris2.fr/weblextenso/article/afficher?id=RDP2014-6-011&d=3631117739467>

Le Pr. Laureline Fontaine, qui enseigne le droit public à l'Université Paris 3, Sorbonne Nouvelle, signe un article sur l'attitude de la doctrine constitutionnaliste à l'égard des rapports du monde politique à la Constitution. L'auteur y aborde, sur le ton de la critique, **l'absence du vocable de « violation de la constitution » dans la doctrine constitutionnaliste française**, révélatrice d'une **attitude doctrinale de déférence envers l'attitude du personnel politique à l'égard de la constitution**, qui pourrait parfois selon elle être qualifiée de « violation ».

La charge de l'auteur repose sur trois caractéristiques de la doctrine constitutionnaliste française actuelle qu'il faut d'abord examiner. Selon le Pr. Fontaine, c'est en premier lieu le travail de définition de la norme, comme signification d'un acte de volonté, à l'œuvre chez une certaine doctrine, dans la lignée de Michel Troper, qui prive celle-ci de référence textuelle pour juger de son usage pratique. Pour le dire autrement, la norme est justement cette lecture donnée par l'interprète authentique et ne s'en détache pas, le texte à son origine n'étant pas un élément de référence pour juger de la légitimité de l'édiction de la norme. De ce point de vue, **il ne peut y avoir des violations de la constitution mais seulement des lectures de celle-ci**. Cette lecture vient de la part de cette première doctrine, comme conséquence d'une approche désirée neutre de son objet. En deuxième lieu, une autre doctrine se détache de la référence textuelle pour expliquer **la nécessaire évolution du sens de celui-ci**, en phase avec la société. C'est ce qu'a notamment défendu le Pr. Dominique Rousseau en faisant du juge un acteur essentiel de la démocratie continue. Cette lecture n'est ici plus descriptive mais bien volontaire. En troisième lieu et sans englober ces deux courants précédents, qui pour être connus, n'englobent pas totalité la doctrine constitutionnelle française, ce serait une volonté assumée de neutralité qui



pousserait le spécialiste du « monde juridique » à s'éloigner du « monde politique ». Les enjeux d'un texte constitutionnel seraient éclipsés de ce débat auquel la légitimité électorale du politique occulterait les arguments de légalité du juriste.

Ce faisant, plus ou moins intentionnellement, le texte passe au second plan pour une grande partie de ces auteurs, ce qui contribue à son tour à fortement relativiser l'idée de la suprématie d'un texte écrit, qu'est celui de la Constitution, idée défendue par le mouvement constitutionnaliste.

Ces points empêcheraient la doctrine de se saisir pleinement de son objet et la contraindraient dans les faits, à s'autocensurer. Une des conséquences de cette attitude serait la possibilité d'une banalisation des interprétations constitutionnelles contraires à leur lettre. Or seul le juriste constitutionnaliste serait précisément habilité à pouvoir opposer au politique une lecture alternative de la Constitution.

Si l'auteur soulève des inquiétudes structurelles de la doctrine constitutionnelle française, elle n'emporte pas la conviction sur plusieurs points de sa démonstration. L'intérêt qu'elle porte au rôle du constitutionnaliste est peut-être révélatrice d'un plus grand débat sur la normativité du droit constitutionnel.

Relativement à l'objet de sa critique : le Pr. Fontaine utilise à plusieurs reprises le **terme de constitutionnaliste qu'elle ne définit que tard dans sa démonstration**. Elle l'utilise alors dans son sens **idéologique**, celui d'une volonté de limiter le pouvoir politique par un texte suprême. **Or ce terme peut très bien recouvrir un sens différent, désignant l'observateur du droit constitutionnel**. Le droit constitutionnel peut ainsi s'observer dans plusieurs de ses manifestations ; dans son texte certes, mais aussi dans sa concrétisation par les autorités juridictionnelles ou encore politiques. Si le sens idéologique de ce terme prévôt, on favorise en effet plusieurs de ces aspects au détriment d'un autre. On peut d'ailleurs préciser cette présentation binaire puisque la suprématie de la Constitution peut trouver de nombreux fondements, comme le soulignait en son temps Michel Troper dans son article sur le « sophisme constitutionnaliste ».

L'auteur adresse des **critiques particulières sur l'attitude de neutralité de la doctrine**. Elle estime d'abord que celle-ci **mutile son objet**, qu'il s'agit de ce qu'on pourrait appeler une « **erreur stratégique** », et qu'une telle attitude de neutralité n'est pas possible. A l'appui de sa première prétention, l'auteur semble dresser le raisonnement suivant: le juriste s'oppose au traitement d'un objet politique, or la Constitution interprétée par le personnel politique est un élément politique, donc le juriste s'en désintéresse. Ce raisonnement semble jouer sur la définition du terme politique, en réunissant son sens organique et un sens matériel. Une distinction utile à cet égard est celle entre le « droit » et la « science du droit » : **le juriste observant son objet n'y interfère pas directement, bien que son travail doctrinal puisse y avoir des répercussions**. Mais de ce point de vue, il n'a pas la même prise sur le travail législatif que le législateur. Ensuite le Pr.



Fontaine souligne qu'**une telle attitude d'observation est néfaste si elle ne s'en tient qu'à celle-ci**. Elle doit s'accompagner d'une attitude critique que seul le juriste serait à même de tenir en raison de sa familiarité avec la matière. Nous sommes parfaitement en accord avec cette nécessité. Toutefois concevoir ce travail comme une séquence chronologique n'apporte peut être pas à sa bonne compréhension: il y a différence chronologique dans la rédaction d'un article de critique, entre la présentation des faits, et la proposition d'une interprétation. Toutefois, hors de la rédaction d'un tel article critique, les deux procédés sont mêlés, et la prise de connaissance appelle en même temps une évaluation partielle qui sera elle même corrigée par l'ajout de nouvelles connaissances. C'est pour cela qu'**il ne semble pas falloir attacher beaucoup d'importance à une distinction chronologique entre le travail scientifique et celui de critique, qui semble être avant tout rhétorique**. En dernier lieu l'auteur rejette catégoriquement la possibilité même d'une activité de description neutre, position qu'elle semblait pourtant embrasser plus haut, et n'y apporte de plus aucun argument. Or celle-ci peut être attaquée avec plusieurs arguments dont tous n'emportent pas la conviction. C'est pour cela qu'il nous semble difficile ici de la suivre dans ce qui n'est qu'une supposition. **L'auteur semble ainsi s'enliser dans un débat sur l'objectivité qui n'est sans doute pas le point qu'elle voulait marquer en premier lieu ; si elle avait voulu démontrer l'inanité d'un tel positionnement, n'aurait elle d'ailleurs pas commencé par là, en lieu et place d'un critique sur l'appréciation d'un tel positionnement ?** De manière simplement accessoire, on pourra souligner que l'auteur est avare de parole sur les deux thèses (récemment, sous la direction de Dominique Rousseau, une thèse de F. SAVONITTO « *Les discours constitutionnels sur la "violation de la Constitution" sous la Ve République* », LGDJ, 2013 et plus anciennement COSTE (C.) « *La violation de la Constitution. Réflexions sur les violations des règles constitutionnelles relatives aux pouvoirs publics en France* », Thèse Paris II, 1981) et l'article consacré à ce sujet (LIET-VAUX (G.), « La fraude à la Constitution », RDP, 1942), qui auraient pu préciser le statut de cette notion de violation de la constitution en nous en donnant des usages.

Relativement à la normativité du droit constitutionnel : l'article de l'auteur attire l'attention sur un point souligné par ailleurs dans d'autres articles du même numéro de la RDP. Par sa matière particulière, ses destinataires, et l'absence d'interdiction explicite dans son texte, le droit constitutionnel pourrait proposer une forme particulière de normativité. On peut développer **l'hypothèse suivante : les positions relativement originales tenues par Michel Troper ou Dominique Rousseau à l'égard du texte constitutionnel se sont développés précisément eu égard à la particularité de celui-ci**. C'est bien parce que les décisions du Conseil Constitutionnel « ne sont susceptibles d'aucun recours », (art. 62 C) et que celui-ci a pu démontrer en plusieurs célèbres occasions son volontarisme, qu'une analyse de la règle constitutionnelle dans son interprétation pouvait s'avérer pertinente. Ce cadre s'importe bien au regard des autres interprètes du texte suprême, notamment le Président de la République, qui a pu démontrer par le passé une liberté similaire (le



Promotion René Capitant

Année 2014/2015



choix de l'article 11 pour réformer la constitution en 1962), et il **permet de les saisir et de les expliquer, ce qu'une théorie « textualiste » ne peut concevoir qu'en termes d'anomalies, d'irrégularités ou de pratiques contre-constitutionnelles**. Cette voie est toujours possible, mais semble justement effectuer l'autocensure plus haut critiquée, puisqu'elle adopte une vision normative de sa matière qui ne correspond pas à ce que les acteurs peuvent en faire. Mais si l'intuition du Pr. Fontaine était bonne, elle pourrait être poursuivie avec **une réflexion sur les définitions des termes du débat qui n'a rien d'un préalable superflu**: qu'est ce qu'une Constitution ? Un texte, une règle, une norme, une « machine » ? Quand doit on observer ce phénomène constitutionnel ? Qui en sont les interprètes légitimes ? Quelles peuvent être ces différentes légitimités ? Comment est-il possible d'envisager des limites à ce pouvoir ? Que signifie respecter ou violer la Constitution ? Comment modifie t-on une Constitution ? On aura ici effleuré un point que l'auteur n'a pas souligné et qui frappait pourtant à l'esprit dès le titre de son article : quel statut le politique entretient-il avec le pouvoir constituant ? Quelle est l'actualité de cette théorie ? On aura peut-être été déçu que ce thème particulier ne soit pas traité ici, alors que dans son article cité, le Doyen Liet-Vaux avait semble t-il lié les deux expressions.