



HAL
open science

Table ronde sur les modèles de justice constitutionnelle

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. Table ronde sur les modèles de justice constitutionnelle. A. Vidal-Naquet et X. Magnon, . La QPC, vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle?, sous la direction de d'A. Vidal-Naquet et X. Magnon, PUAM, PUAM, pp. 147-152, 2021, 9782731411881. hal-03194163

HAL Id: hal-03194163

<https://hal.science/hal-03194163>

Submitted on 9 Apr 2021

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

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

Table ronde sur les modèles de justice constitutionnelle¹ -

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,

CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Trois questions successives méritent d'être abordées dans la discussion sur les modèles de justice constitutionnelle : la pertinence des modèles pour connaître du réel (1), la synthèse des modèles de justice constitutionnelle proposés par la doctrine (2) et une proposition doctrinale spécifique de modélisation de la justice constitutionnelle (3).

(1) Sur la première question et sur l'intérêt des modèles, je me dois de réagir à ceux qui considèrent, je procède sans doute ici à une synthèse un peu rapide, que la modélisation procède à une simplification excessive du réel, et qui, plus largement, soutiennent que le réel ne saurait, compte tenu de sa complexité, être enfermé dans des catégories ou dans des définitions préétablies et/ou qui considèrent, encore, que la construction de concepts, ou du moins la recherche de définitions des objets juridiques, est une perte de temps, faute pour les juristes de parvenir à proposer des définitions communes. Je suis favorable aux modèles et, d'ailleurs, plus largement, aux concepts, et je pense que l'on peut saisir le réel grâce aux modèles et aux concepts, quelle que soit d'ailleurs la complexité du réel qu'il s'agit de décrire. Si l'on considère que l'on ne peut pas saisir la complexité du réel par le langage, l'on renonce à la connaissance. Il est possible de décrire de manière pertinente, par le langage, des réalités extrêmement complexes. Pour la construction de modèles, la diversité des situations à observer, qui doivent être couvertes par les différentes catégories modélisées, ne saurait nous faire renoncer à essayer de construire des modèles ; bien au contraire, elle nous oblige à proposer des modèles plus fins, à améliorer notre regard dans la construction des catégories formant le modèle. Si l'on avait renoncé à la modélisation, à la catégorisation, à la construction de concepts, il est probable que la Terre soit encore plate aujourd'hui ou que ce soit le soleil qui tourne autour d'elle. Encore une fois, et j'insiste, il est possible de saisir le réel dans toute sa complexité par l'usage du langage, d'un langage précis.

Par ailleurs, je partage tout à fait l'analyse qui a été proposée selon laquelle l'enseignement universitaire doit se nourrir du résultat des recherches, y compris si ces résultats sont complexes, et qu'il ne faut, à cet égard, jamais sous-estimer la capacité de compréhension des étudiants. Telle est l'ambition de la formation universitaire que de mettre à jour le réel dans toute sa complexité. La formation universitaire doit se nourrir de l'état le plus avancé de la recherche, quel qu'il soit. C'est le principe même de l'université que de confier les tâches d'enseignement à des chercheurs qui produisent leur propre savoir, qui nourrissent et font vivre leur enseignement à partir du fruit de leur recherche.

¹ Ce texte est la retranscription à l'écrit d'une intervention orale à la table ronde portant sur les modèles de justice constitutionnelle. Le style direct et oral a été maintenu.

Je suis donc pour l'usage des concepts afin de saisir et de décrire une réalité déterminée, pour mieux la révéler, pour mettre en lumière ce qu'elle est. Un concept peut être défini comme un énoncé linguistique qui permet de connaître une réalité déterminée à partir de sa typicité. Un concept n'est donc pas hors sol : il sert précisément à connaître le réel. Et l'on peut poser des concepts pour décrire n'importe quelle réalité. Les modèles usent de concepts pour construire des catégories.

Sur la manière de construire des concepts en droit en général et sur la construction des modèles de justice constitutionnelle en particulier, je pense aussi que l'on peut les construire sans observer l'ensemble du droit positif. Un juriste, qui s'intéresse aux normes, et non pas aux faits, du moins pas de manière immédiate, ne saurait user d'une démarche d'enquête empirique ; au contraire, il doit adopter des définitions stipulatives, sans qu'il soit nécessaire de connaître toutes les situations que ces définitions sont censées couvrir. Il est possible de construire un concept pertinent portant sur une réalité déterminée seulement à partir de l'observation de deux exemples concrets et même d'un seul. Le concept sera valable s'il permet, même s'il n'a été construit qu'à partir de l'observation de deux cas, de décrire tous les autres cas qui n'ont pas été observés mais qui entrent dans le concept. Pour poser un concept de glace friandise, je n'ai pas besoin d'observer la totalité de la carte des glaces proposées par tous les marchands de telle type de glaces, l'observation de deux d'entre elles pourra suffire, mais, une fois le concept valablement posé, celui-ci permettra de décrire l'ensemble des cartes de tous les fabricants de glaces.

Dans le prolongement de cette réflexion, il faut rappeler que, dans la construction d'un concept, il n'est pas possible *a priori* de saisir tous les cas qui entreront dans le concept. Et, si l'on trouve un cas qui, alors qu'il devait entrer sous le concept, n'y entre pas, alors qu'il aurait dû y entrer, il est possible d'affiner sa formulation pour que ce cas y entre. Si l'étude de tous les cas n'est pas nécessaire pour construire un concept, un seul cas susceptible de remettre en cause le concept peut imposer de le modifier celui-ci pour prendre en compte un élément du réel qui avait été jusque là occulté. A moins, bien sûr, que ce cas « hors concept », ne révèle, en réalité, toute la pertinence du concept, en ce qu'il dévoile précisément pourquoi ce cas est « hors concept », malgré les apparences. L'important dans la construction du concept est de saisir la typicité de ce que l'on observe pour le voir tel qu'il est. Cette typicité peut être saisie, à condition, bien sûr d'avoir un regard particulièrement aigu, en observant une seule situation. Sans doute, l'on peut parfois adapter les concepts, mais, encore une fois, lorsque les concepts sont construits ils le sont *a priori*, parce qu'il est impossible de déterminer *a priori* toutes les situations qui entrent sous le concept. Même à partir de deux exemples seulement, il est possible de saisir le réel, identifier sa typicité et donc construire des concepts transposables à d'autres cas.

(2) Pour une brève synthèse des modèles de justice constitutionnelle existants², celui qui a sans doute ma préférence est, sans doute, celui posé par Olivier Jouanjan : le « modèle

² Voir également pour un travail récent sur les modèles de justice constitutionnelle, postérieur à cette intervention : J. Padovani, *Essai de modélisation de la justice constitutionnelle. Réflexions à partir du*

franco-syldavo-africano-khmer », exposé dans les *Mélanges Troper*³. Les modèles les plus diffusés sont ceux proposés par Louis Favoreu⁴, que l'on ne développera pas ici. Retenons simplement que ces modèles reposent sur des critères organico-fonctionnels, avec l'opposition « cour suprême/cour constitutionnelle », ou techniques, avec la distinction contrôle diffus ou contrôle concentré. De manière plus originale, il convient également de rappeler le modèle défendu par F. Rubio Llorente⁵, à partir de la finalité du contrôle de constitutionnalité : la protection de la loi ou la défense des droits fondamentaux. Cette distinction renvoie en substance à ce qu'a dit Stéphane Mouton sur la position du Conseil constitutionnel comme défenseur du législateur, plutôt que des droits fondamentaux⁶. Plus original encore, Thierry Renoux propose un modèle de justice constitutionnelle calqué sur le modèle des régimes politiques⁷. Il y aurait ainsi un modèle parlementaire de justice constitutionnelle et un modèle présidentiel de justice constitutionnelle. Plus récemment, la modélisation de Mathieu Carpentier proposé à la *RFDC* renvoie à un modèle fonctionnel⁸. Tout en étant critique sur les modélisations existantes comme sur le principe de la modélisation, il s'inscrit finalement dans cette dernière voie.

(3) Dernier point, la proposition d'une autre modélisation. Cette proposition a été faite il y a déjà longtemps⁹ et, depuis, j'ai quelque peu changé d'avis ou, plus précisément, je suis peut-être plus précis dans ma manière de modéliser. Je dirais que, culturellement, l'on peut identifier deux modèles de justice constitutionnelle. D'une manière générale, il me semble que le choix de l'un ou de l'autre modèle renvoie à une question d'ordre culturel, et je vais m'en expliquer, alors que, techniquement, en pratique, les deux modèles se rejoignent.

Dans la construction d'une modélisation culturelle de la justice constitutionnelle, pour exposer mon métadiscours, l'usage d'une approche formelle, et non pas matérielle, sera préféré. Sous cet angle, la justice constitutionnelle renvoie à la manière dont s'organise, dans un système juridique, le contrôle de la régularité juridique et, plus précisément, l'appréciation de la régularité des normes inférieures vis-à-vis des normes supérieures ou des

recentrage du contentieux français autour des droits et libertés, Thèse, Aix-en-Provence, 29 novembre 2019, 710 p. (dact.).

³ O. Jouanjan, « Sur quelques aspects d'un vaste débat : le conseil supérieur de la Constitution syldave est-il une « Cour constitutionnelle », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, 2006, Economica, p. 551.

⁴ L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 251, § 286.

⁵ F. Rubio Llorente, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *AIJC*, 1996, pp. 16-17.

⁶ S. Mouton, « La QPC et la représentation démocratique : esquisse d'une nouvelle relation entre gouvernants et gouvernés ? », in *Question sur la Question 3 De nouveaux équilibres institutionnels ?*, X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor et S. Mouton (dir.), LGDJ-Lextenso, Grands Colloques, 2014, pp. 49-50.

⁷ T. S. Renoux, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France et dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois. De la diversité des institutions à l'unité du droit », *RIDC*, 3-1994, p. 892

⁸ M. Carpentier, « Une modélisation alternative des systèmes de justice constitutionnelle : enjeux et difficultés », *RFDC*, 2014/4, n° 120, pp. 843-864.

⁹ « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre BON*, Dalloz, 2014, pp. 305-322.

comportements vis-à-vis des normes qui les encadrent. Si je l'envisage ainsi et que je m'intéresse à la question de la justice constitutionnelle, en tant que contentieux lié à la régularité constitutionnelle dans un sens large, je m'aperçois que deux systèmes sont possibles : soit l'on considère que tous les juges peuvent connaître de ces questions-là, de ces questions de régularité à la Constitution, soit l'on estime, au contraire, qu'il faut dessaisir le juge de droit commun de certaines questions. Autrement dit, le contentieux de la régularité constitutionnelle, mais sans doute aussi, plus largement, des contentieux politiquement sensibles impliquant l'application de normes constitutionnelles (contentieux électoraux nationaux, par exemple), est considéré ou n'est pas considéré comme un contentieux spécifique, justifiant l'existence d'un juge distinct des autres juridictions.

Chaque système juridique doit décider de la manière dont la régularité constitutionnelle et, plus largement, des contentieux politiquement sensibles liés à l'application de la Constitution, doivent être sanctionnés. Soit il est fait confiance à la justice de droit commun, soit il est décidé que certaines questions doivent échapper à la justice de droit commun parce que la Constitution n'est pas un texte comme les autres en raison de sa forte dimension politique. Le critère de différenciation des deux systèmes est, donc, la spécialisation organique du contentieux des questions politiquement sensibles liées à l'application de normes constitutionnelles.

Cette opposition me paraît être valable pour pouvoir englober n'importe quel système, y compris ceux qui sont jugés, en général, comme étant hors catégorie. Prenons l'exemple du Portugal. Il est vrai qu'il y existe un contrôle diffus de constitutionnalité, et qu'une compétence est donnée au juge de droit commun d'apprécier la constitutionnalité de la loi, mais, toutefois, on estime que dans certains cas, un autre juge, spécial, différent des juridictions de droit commun, doit intervenir pour régler de telles questions. L'on est donc bien dans le modèle que l'on appelle géographiquement modèle européen, puisque, malgré la compétence du juge de droit commun, il existe un juge spécial qui dispose d'une compétence pour contrôler la régularité de la loi. En Amérique du Sud, par ailleurs, il existe parfois, au sein d'une Cour suprême, une formation de jugement spéciale compétente pour connaître de certains contentieux liés à la constitutionnalité de la loi, comme c'est le cas du Costa-Rica. Là aussi, l'on considère qu'il faut dissocier les questions administratives des questions constitutionnelles et *spécifier* la question constitutionnelle. L'on estime que celle-ci doit échapper à la compétence des autres formations de jugement de la même juridiction. Il s'agit donc, là aussi, d'une *spécialisation du contentieux*. La spécialisation organique est certes réduite, il n'y a qu'une formation spéciale au sein de la cour suprême, la spécialisation matérielle l'est également, ces compétences sont réduites à l'appréciation de la régularité constitutionnelle, mais la spécialisation existe. Il y a donc des *degrés* dans les modèles. Si l'on prend, en revanche, l'exemple des Etats-Unis, l'on sait bien que toutes ces questions constitutionnelles et, plus largement, les questions à dimension politique liées à l'application de la Constitution relèvent de la compétence des juridictions de droit commun. L'exemple le plus significatif, que l'on prend en général, à titre pédagogique, concerne le contentieux de l'élection du chef de l'État qui relève, en France, de la compétence du juge constitutionnel, quand elle relève de celle des juridictions de droit commun aux Etats-Unis.

Cela étant, pour se situer sur un autre plan, mais également pour relativiser le propos précédent, d'un point de vue technique, je ne pense pas qu'il existe de modèle. Lorsque j'étais professeur à Toulouse, j'ai eu l'occasion de travailler dans des *workshops* avec des collègues juristes et des collègues de la *Toulouse School of Economy*. Nous avons initié un travail, avec le Professeur Wilfried Sand-Zantman, de modélisation mathématique des modèles européen et américain de justice constitutionnel et, plus précisément, du modèle cour constitutionnelle/question préjudicielle de constitutionnalité et celui cour suprême/contrôle diffus. Si ce travail n'a pas abouti, la réflexion qui a été menée a permis de mettre en lumière ce qu'il en était de ces mécanismes grâce à la modélisation mathématique. Celle-ci sert à raisonner de manière plus rigoureuse, à raisonner sous un angle exclusivement logique, en écartant toutes les questions de valeurs. Qu'avons-nous pu constater ? Une même logique technique pour qu'une loi disparaisse de l'ordonnancement juridique dans chacun des deux modèles, à savoir une *initiative déconcentrée* de mise en cause de la constitutionnalité de la loi, par tous les juges de droit commun, qui soulèvent et/ou transmettent une question préjudicielle dans le modèle européen ou qui jugent de la constitutionnalité de la loi avec une autorité relative de chose jugée dans le modèle américain, et une *censure erga omnes concentrée de la loi*, soit de droit dans le modèle européen de cour constitutionnelle, soit de fait avec le modèle cour suprême. Techniquement les deux modèles se rapprochent, même si, la fréquence de saisine de la Cour constitutionnelle est plus élevée par la voie préjudicielle, sous réserve d'un système de filtrage plus restrictif, que la saisine de la Cour suprême par le biais des recours qui permettent de la saisir. Cette lecture rejoint le regard que peuvent porter les économistes sur les constructions sociales, que l'on résumera, à grands traits, par un aphorisme général : les différences culturelles ne résistent pas à l'efficacité du système. Autrement dit, si les différences culturelles entraînent un système inefficace, celui-ci sera abandonné. Culturellement, il semble y avoir deux systèmes qui n'en forment pourtant qu'un seul, d'un point de vue technique, bien que possédant deux fondements culturels différents. La modélisation technique de ces deux prétendus systèmes, notamment par l'intermédiaire de mécanismes de filtrage (appel, cassation, filtrage des questions préjudicielles par les juridictions de droit commun) est identique.