

LA DIVERSITÉ DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN EUROPE

Por MICHEL FROMONT*/**

1. LE DEGRÉ D'ABSTRACTION DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE VARIE D'UN PAYS À L'AUTRE : A) Certains pays européens pratiquent exclusivement la justice constitutionnelle concrète : a) *Les pays ayant adopté le système américain.* b) *Les pays qui ont retouché le système américain.* c) *Les pays qui ont développé des procédures concrètes originales.* B) La plupart des pays européens pratiquent principalement la justice constitutionnelle concrète : a) *Certains pays combinent seulement contrôle concret et contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois.* b) *Beaucoup de pays combinent contrôle abstrait des lois, contrôle concret des lois et recours individuel pour inconstitutionnalité.*—2. LE DEGRÉ DE CONCENTRATION DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE VARIE D'UN PAYS À L'AUTRE : A) Il y a rarement concentration du contrôle de constitutionnalité des actes d'application des lois : a) *Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs par les tribunaux ordinaires.* b) *Le contrôle de la constitutionnalité des actes judiciaires par les tribunaux ordinaires.* B) Il n'y a pas toujours concentration du contrôle de la constitutionnalité des lois.—3. CONCLUSION.

La justice constitutionnelle, c'est-à-dire le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de tous les actes de l'État, qu'ils soient législatifs, administratifs ou juridictionnels, a fait son apparition timide en Europe dès la

* Michel Fromont ha sido sucesivamente Catedrático de las Universidades del Sarre, de la Borgoña y de París (París I - Panteón-Sorbona); ha sido igualmente Catedrático asociado en Alemania y en Italia. Especializado en el Derecho público y el Derecho privado (especialmente el Derecho económico) de Alemania, materias a las que ha dedicado varios libros. Ha escrito asimismo varios libros sobre la justicia constitucional, de entre los que podemos recordar ahora *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996.

** Trabajo inicialmente publicado en la obra colectiva *Mélanges Philippe Ardant (Droit et politique à la croisée des cultures)*, LGDJ, París, y remitido por el autor para su publicación en el Anuario. (Nota del Director).

seconde moitié du XIX^e siècle. Néanmoins, c'est incontestablement seulement un siècle plus tard que la justice constitutionnelle devait connaître un développement spectaculaire.

Les premiers pas ont été faits presque ensemble par deux pays, l'Autriche et la Suisse (respectivement en 1867 et 1874). Il est remarquable que chacun d'eux ait commencé par créer principalement deux procédures, l'une pour régler les conflits entre les parties composantes de l'Etat fédéral, l'autre pour assurer la protection des droits des individus garantis par la Constitution, procédure qui devait connaître un grand succès un siècle plus tard. Toutefois, il faut noter que la procédure de recours individuel pour violation des droits constitutionnels n'était pas admise alors sans restriction ; en effet, les actes susceptibles d'être contrôlés n'étaient pas les mêmes : en Autriche, le recours ne pouvait être dirigé que contre un acte administratif ; en Suisse, il pouvait être dirigé contre tout acte d'un canton, qu'il soit législatif, administratif ou juridictionnel, ainsi que contre tout acte de la Fédération, à l'exception toutefois de la loi fédérale, exception qui était d'ailleurs de portée assez restreinte à une époque où la quasi-totalité des lois étaient cantonales et qui n'a pas encore disparu même si son élimination est constamment annoncée¹. En outre, quelques différences opposaient (et opposent toujours) les deux pays : la juridiction compétente était, en Autriche, une juridiction spécialisée dans le jugement des litiges constitutionnels, le Tribunal d'Empire, alors qu'en Suisse, c'était la nouvelle cour suprême fédérale, le Tribunal fédéral, qui connaissait principalement des litiges de droit commun régis par le droit fédéral (principalement les litiges civils). La distinction était toutefois assez mineure dans la mesure où des chambres spécialisées dans les affaires constitutionnelles furent créées au sein du Tribunal fédéral.

Cependant, la Suisse s'est séparée très vite de l'exemple autrichien du fait que les tribunaux ordinaires ont complété la révision constitutionnelle de 1984 en se reconnaissant compétents pour vérifier incidemment la constitutionnalité de tout acte public, qu'il soit législatif, administratif ou juridictionnel, à l'exception, bien sûr, de la loi fédérale en raison de l'interdiction faite au Tribunal fédéral de contrôler ce type d'acte (art. 113 de la Constitution). Ce faisant, la Suisse combinait ainsi le système américain de contrôle diffus de la constitutionnalité avec un système de contrôle plus concentré. Les deux systèmes ne sont d'ailleurs pas sans lien entre eux : en effet, le Tribunal fédéral peut, dans le cadre du recours individuel (appelé en Suisse recours de droit public), contrôler le bien-fondé du jugement d'un tribunal ordinaire se prononçant sur une question de respect de la Constitution fédérale (mais non, bien évidemment, de la Constitution canto-

¹ V. en dernier lieu, la rédaction de l'article 168 du projet de révision de la Constitution suisse de 1995. V. son commentaire par HANGARTNER, « Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit », *Aktuelle Juristische Praxis*, 8/1995, pp. 1013-1025.

nale en cause). Ainsi, elle rejoignait d'autres pays européens, situés curieusement à la périphérie de l'Europe, qui avaient déjà introduit le système américain de contrôle incident de la constitutionnalité, à savoir la Norvège, la Grèce et le Portugal.

Ce bref rappel des origines de la justice constitutionnelle en Europe suffit à montrer que la justice constitutionnelle n'a pas fait ses premiers pas en instituant un contrôle abstrait (ou à titre principal) de la constitutionnalité limité aux lois, ni en créant des juridictions spécialisées en matière constitutionnelle. C'est le fonctionnement du fédéralisme et la défense des droits de l'homme qui ont été les principaux moteurs de l'innovation. En particulier, le souci d'assurer prioritairement la protection des droits de l'homme aboutit nécessairement au développement de procédures concrètes de contrôle de la constitutionnalité.

L'institution du contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois dans la Constitution autrichienne de 1921 a-t-elle eu pour effet de renverser complètement la tendance et de faire apparaître un modèle européen qui serait caractérisé par deux traits, la concentration des compétences juridictionnelles dans une cour spécialisée dite Cour constitutionnelle et la prépondérance du contrôle abstrait et principal de la constitutionnalité des seuls actes normatifs, voire des seules lois ? Il est exact que ce type de procédure a été adopté par certains pays européens. Néanmoins, cette vue, qui prévaut en France², nous paraît très largement erronée. Elle l'est à un double titre. D'une part, dans la plupart des pays d'Europe, le contrôle de constitutionnalité n'est jamais abstrait de façon prépondérante et, en réalité, le degré d'abstraction de la justice constitutionnelle varie beaucoup d'un pays à l'autre. D'autre part, dans la plupart des pays européens, la justice constitutionnelle n'est jamais totalement concentrée entre les mains d'une seule juridiction et, en réalité, le degré de concentration varie beaucoup d'un pays à l'autre. Ainsi, il n'y a pas un seul modèle européen, mais des systèmes extrêmement divers. En faire la démonstration, tel est l'objet des développements qui suivent.

1. LE DEGRÉ D'ABSTRACTION DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE VARIE D'UN PAYS À L'AUTRE

En matière de justice constitutionnelle, nous entendons par procédure concrète une procédure de contrôle de la constitutionnalité d'un acte étatique, normatif ou non, qui est déclenchée à l'occasion d'un litige portant sur la situation individuelle de l'une des parties ; au contraire, nous entendons par procédure abstraite une procédure qui vise à porter un jugement sur la constitutionnalité d'un acte normatif en dehors de toute application

² V. not. L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, Que-sais-je ?, 3^e éd., 1996, p. 5 ; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, coll. Clefs, 1998, p. 13.

concrète à une personne privée ou encore sur la constitutionnalité de prétentions d'acteurs de la vie politique.

Les pays européens présentent à cet égard des physionomies très différentes : les uns ignorent toute procédure abstraite, d'autres font coexister procédures concrètes et procédures abstraites tout en donnant la prépondérance aux premières.

A) Certains pays européens pratiquent exclusivement la justice constitutionnelle concrète

Parmi ces pays, il y a tout d'abord ceux qui ont adopté intégralement le système américain, c'est-à-dire un système dans lequel toutes les juridictions de droit commun ont le droit de vérifier la constitutionnalité d'un acte public quelconque dès lors que la validité de celui-ci commande la solution du litige. Il y a ensuite les pays qui ont soit apporté des retouches au système américain, soit développé des procédures concrètes originales.

a) *Les pays ayant adopté le système américain*

Il y a tout d'abord les pays qui ont adopté deux règles qui caractérisent le système américain. Première règle : tout tribunal peut contrôler à titre principal la constitutionnalité d'un acte étatique d'application de la loi, que ce soit un acte administratif ou un jugement, chaque fois que l'une des parties au procès se trouve atteinte dans l'un de ses droits par cet acte. Deuxième règle : tout tribunal peut contrôler à titre incident la constitutionnalité d'un acte normatif, loi, règlement ou traité, à l'occasion d'un litige concret.

Ces pays sont tout d'abord les pays scandinaves. Tantôt le système repose sur une jurisprudence qui rappelle plus ou moins le raisonnement suivi par la Cour suprême des États-Unis dans la décision *Marbury contre Madison* : tout juge doit résoudre le litige dont il est saisi en prenant en considération toutes les règles de droit, y compris les règles constitutionnelles. Tel est, notamment, le cas de la Norvège et du Danemark. Tantôt ce système repose sur une prévision expresse de la Constitution, du moins pour le contrôle de constitutionnalité des règles de droit. Ainsi, le paragraphe 14 du chapitre 11 de la Constitution suédoise dispose : « Si un tribunal ou une autre autorité publique pense qu'une disposition est en contradiction avec des dispositions de la Loi fondamentale ou une autre règle de valeur supérieure ou que le processus de son élaboration a violé gravement l'ordre établi, cette disposition ne doit pas être appliquée. Si la dis-

position a été édictée par l'Assemblée nationale ou le Gouvernement, la disposition ne peut rester inappliquée que si le vice est patent ».

b) *Les pays qui ont retouché le système américain*

D'autres pays sont partis du système américain, mais lui ont apporté des retouches plus ou moins importantes, c'est le cas de la Grèce et de la Suisse.

En Grèce, selon un système développé au départ par les juges, mais aujourd'hui consacré par la Constitution, « les tribunaux sont tenus de ne pas appliquer une loi dont le contenu est contraire à la Constitution (art. 93-1). Le système est toutefois légèrement modifié dans la mesure où une cour spécialisée, dite Cour spéciale suprême, peut être saisie par les diverses autorités de l'État et par tout intéressé en cas de divergence entre les deux juridictions suprêmes grecques, l'Aréopage et le Conseil d'État, sur la question de la constitutionnalité d'une loi.

En Suisse, comme il a été dit dans l'introduction, d'une part, tout tribunal peut vérifier la constitutionnalité de tout acte public, notamment d'une loi (pourvu qu'elle soit cantonale), d'un règlement administratif ou d'une décision administrative individuelle ; d'autre part, la cour suprême de la Suisse, le Tribunal fédéral, est compétent principalement pour connaître des recours des individus qui se plaignent d'être lésés dans un de leurs droits constitutionnellement garantis. Ce recours individuel, dit recours de droit public (*staatsrechtliche Beschwerde*), a certes quelques points communs avec l'*injunction* américaine ; elle est toutefois une procédure originale. Il n'en est que plus remarquable que cette procédure soit l'archétype d'une des principales procédures concrètes de la justice constitutionnelle en Europe, le recours individuel pour violation des droits constitutionnellement garantis.

c) *Les pays qui ont développé des procédures concrètes originales*

Un autre pays européen, l'Italie, pratique exclusivement, ou presque³, la justice constitutionnelle concrète sans avoir véritablement pour base le système américain. Certes, comme les pays précédemment étudiés, l'Italie est partie de l'idée que tout juge doit vérifier la conformité à la Constitu-

³ Nous faisons abstraction de la possibilité, ouverte au Gouvernement national, de saisir a Cour constitutionnelle de la question de la constitutionnalité d'une loi régionale : les saisines sont peu importantes quantitativement (leur nombre correspond seulement au vingtième du nombre des questions posées par le juge) et qualitativement (les lois régionales ont de portée assez limitée).

tion d'une loi, d'un acte administratif ou d'un jugement frappé de recours à l'occasion de l'examen d'un litige concret dont il est valablement saisi. Cependant, dans le cas où l'exception d'inconstitutionnalité est invoquée contre la loi, le juge ordinaire ne peut pas décider lui-même et il doit poser la question de constitutionnalité à une juridiction spéciale, la Cour constitutionnelle, qui statuera (art. 23 de la loi sur la Cour constitutionnelle).

Malgré ce fractionnement du processus juridictionnel, le contrôle de constitutionnalité de la loi demeure dans ce cas une procédure entièrement concrète, car la Cour constitutionnelle tranche la question de constitutionnalité en fonction des données du litige dont a été saisi le juge ordinaire et dans les limites de ce qui est strictement nécessaire à la solution de ce litige ; il ne peut y avoir décision *ultra petita*. Le système italien de justice constitutionnelle est donc caractérisé par une collaboration du juge ordinaire et de la Cour constitutionnelle en vue de la solution de problèmes concrets, ce qui débouche souvent sur un contrôle de ce que les juristes italiens ont appelé celui de la microconstitutionnalité, tant les problèmes de constitutionnalité tranchés par la Cour sont limités par les dimensions du litige concret qui est à l'origine de la question posée à la Cour.

Certes, il sera objecté que la déclaration d'inconstitutionnalité a alors autorité absolue de chose jugée et qu'il y a donc, dans une certaine mesure, une décision dépassant le cadre du litige de départ. C'est oublier que la décision du juge américain n'a certes pas l'autorité absolue, mais qu'elle a cependant valeur de précédent et que, précisément la règle de l'autorité absolue⁴ a simplement pour objet de remplacer la règle du précédent qu'ignorent les droits romanistes (du moins sur le plan des principes)⁵.

Le modèle italien a été repris pour l'essentiel par le Grand-Duché de Luxembourg à la fin de l'année 1996. La Cour constitutionnelle créée par la révision constitutionnelle du 12 juillet 1996 est exclusivement compétente pour connaître des demandes de contrôle concret de la constitutionnalité des lois (à l'exception de celles approuvant des traités internationaux), qui sont faites par les juges ordinaires luxembourgeois à l'occasion d'un litige dont ils sont saisis.

⁴ Ou de la valeur législative, pour suivre la terminologie suivie par d'autres pays, notamment l'Allemagne.

⁵ C'est surtout en Amérique latine que cette façon de voir a été défendue, spécialement dans les pays qui ont écarté la règle de l'autorité relative de la chose jugée. Sur ce point, voir FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p. 29.

B) La plupart des pays européens pratiquent principalement la justice constitutionnelle concrète

a) *Certains pays combinent seulement contrôle concret et contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois*

Deux pays rentrent dans cette catégorie : l'Irlande et l'Estonie.

En Irlande, la Cour suprême peut se prononcer sur l'inconstitutionnalité d'une loi à titre préventif à la demande du Président de la République qui estime inconstitutionnelle la loi qu'il doit promulguer (art. 26 de la Constitution). Par ailleurs, toute formation de jugement de la Haute Cour peut se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi applicable au litige dont elle est saisie (art. 34 de la Constitution).

En Estonie, « un tribunal ne doit pas appliquer, dans une affaire, une loi ou un autre acte juridique contraire à la Constitution » (art. 152, al. 1 de la Constitution), ce qui correspond au système américain. Mais le tribunal qui estime inconstitutionnel une loi ou un autre acte doit saisir la Cour suprême qui pourra alors annuler la loi pour inconstitutionnalité (art. 152, al. 1, de la Constitution et art. 6 de la loi sur le contrôle judiciaire de constitutionnalité). En outre, le Président de la République ou le Chancelier de justice peut saisir la Cour suprême d'une demande tendant à ce que soit annulé *erga omnes* une loi ou un autre acte pour inconstitutionnalité. Il y a ainsi deux procédures concrètes pour une procédure abstraite, d'ailleurs peu utilisée.

b) *Beaucoup de pays combinent contrôle abstrait des lois, contrôle concret des lois et recours individuel pour inconstitutionnalité*

Dans presque tous les pays d'Europe occidentale, deux procédures concrètes coexistent avec une procédure abstraite, de moindre importance.

Tout d'abord, le contrôle de la constitutionnalité des actes judiciaires et administratifs ne peut être que concret : c'est généralement le destinataire de l'acte ou quelqu'un qui en subit des inconvénients par contre-coup qui intente le procès en vue d'obtenir le respect de ses droits.

Quant au contrôle des actes édictant des règles de droit, il peut évidemment faire l'objet de procédures abstraites.

La première expérience en ce sens a été le contrôle abstrait des lois institué par la Constitution autrichienne de 1921 : à la demande d'autorités (Gouvernement fédéral ou Gouvernement d'un *Land*), la Cour constitutionnelle pouvait être saisie d'une demande en annulation d'une loi ou d'un règlement. *A priori*, il s'agissait simplement d'une forme particulière de

conflit entre organes politiques, pour lequel l'ancien Tribunal impérial était déjà compétent : le Gouvernement fédéral ne pouvait demander que l'annulation d'une loi d'un *Land* et inversement le Gouvernement d'un *Land* ne pouvait demander que l'annulation d'une loi fédérale. Il y avait tout de même innovation dans la mesure où le litige pouvait porter sur toute question de constitutionnalité et non plus seulement sur la répartition des compétences. Il y avait également innovation du fait que Kelsen en fit la théorie en proclamant que le juge de la constitutionnalité était en quelque sorte un « législateur négatif »⁶. Comme en France, lors de la révision de 1974 de la Constitution, l'innovation ne prit pleinement corps qu'avec l'attribution du droit de saisine au tiers de l'Assemblée nationale ou au tiers du Conseil fédéral, réforme qui ne fut réalisée qu'en 1975. Néanmoins, ce recours n'a jamais pris un grand essor : il y a seulement quelques saisines de ce type chaque année⁷. En effet, à côté de ces demandes de contrôle abstrait émanant d'autorités politiques, l'Autriche fait une place très importante aux procédures concrètes de contrôle des lois : demandes de contrôle de la constitutionnalité d'une loi ou d'un règlement émanant de juges saisis d'un litige concret (environ 400 par an) ou émanant d'individus lésés dans leurs droits (environ 40 chaque année), recours pour violation d'un droit fondamental dirigé contre un acte administratif (environ 4 000 par an).

Ce faisant, l'Autriche ne faisait que suivre l'exemple de l'Allemagne. En effet, en vertu de la loi de 1951, la Cour constitutionnelle fédérale peut être saisie de demandes de contrôle abstrait de la constitutionnalité d'une loi (fédérale ou fédérée) soit par le Gouvernement fédéral, soit par le Gouvernement d'un *Land*, soit par un tiers des membres du *Bundestag*. Mais, comme en Autriche, ce type de saisine est resté exceptionnel puisqu'il n'y a eu que 72 saisines de ce type de 1951 à 1996 alors qu'il y avait durant la même période 993 questions préjudicielles posées par le juge ordinaire au juge constitutionnel et relatives à la constitutionnalité d'une loi (art. 100 de la Constitution) et, surtout, 90 082 recours individuels dirigés contre un acte étatique (législatif, administratif ou juridictionnel) pour violation d'un droit fondamental (art. 93 de la Constitution)⁸. Il est vrai que quelques jugements de très grande portée, tels que les deux décisions sur l'avortement, ont été rendus dans le cadre d'une procédure abstraite. La même remarque vaut pour l'Espagne qui s'est beaucoup inspirée du modèle allemand : par exemple, en 1996, il y eut 14 demandes de contrôle abstrait, appelées recours d'inconstitutionnalité (art. 161, 1, de la Constitution), alors qu'il y

⁶ V. par exemple l'article de synthèse publié aux États-Unis en 1942 et reproduit dans le n° 1 de la *Revue française de droit constitutionnel*.

⁷ V. WEBER in : STARCK/WEBER, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986, p. 73.

⁸ V. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, 3^e éd., 1998, p. 18.

eut 102 questions de constitutionnalité posées par le juge ordinaire au Tribunal constitutionnel (art. 163 de la Constitution) et 4 689 recours individuels appelés recours d'amparo (art. 161, b, de la Constitution)⁹.

Le Portugal a la Constitution qui a le plus développé les procédures abstraites. En effet, le Portugal a développé les deux types de contrôle abstrait possibles : le contrôle préventif à l'initiative du président de la République (également à l'initiative d'autres autorités politiques s'il s'agit d'une loi organique, également à l'initiative d'un ministre s'il s'agit d'une loi régionale) (art. 278 de la Constitution), le contrôle abstrait *a posteriori* à l'initiative des principales autorités politiques de la République (art. 281 de la Constitution). Mais il existe de nombreuses procédures concrètes. En premier lieu, tous les tribunaux doivent contrôler la constitutionnalité des lois et règlements qu'ils appliquent pour la solution des litiges dont ils sont saisis, compétences que les tribunaux se sont reconnues eux-mêmes à la fin du XIX^e siècle avant qu'elles ne soient consacrées par la Constitution¹⁰. En second lieu, les décisions par lesquelles ces tribunaux déclarent inconstitutionnelle une loi ou qui, au contraire, déclarent constitutionnelle une loi dont l'inconstitutionnalité a été invoquée au cours du procès peuvent être contrôlées par le Tribunal constitutionnel sur cette question de constitutionnalité à la demande du Ministère public dans le premier cas et à celle de la partie au procès qui avait soulevé la question (art. 280 de la Constitution). En revanche, le Portugal n'a pas prévu de recours individuel pour violation des droits de l'homme. Néanmoins, dans la pratique, le contentieux constitutionnel concret est prépondérant. Ainsi, en 1996, il y eut 0 demande de contrôle abstrait *a priori*, 25 demandes de contrôle abstrait *a posteriori*, alors qu'il y eut, pour la même année, 1094 demandes de contrôle concret portées devant le seul Tribunal constitutionnel (sans compter les affaires tranchées par tous les tribunaux ordinaires)¹¹.

Quant à la Belgique, les compétences de la Cour d'arbitrage ont commencé par être à peu près équilibrées : procédures abstraites et procédures concrètes étaient à l'origine d'importance égale puisque la seule procédure concrète était la question préjudicielle de constitutionnalité posée par le juge ordinaire. Mais avec la réforme réalisée en 1989, une nouvelle procédure concrète est apparue : le recours en annulation d'une loi ou d'un décret formé par un « particulier justifiant d'un intérêt » et, dès la première année d'application de la réforme, la Cour était saisie de 6 fois plus

⁹ V. ALBERTI, BON, MODERNE, « Chronique sur l'Espagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1996, p. 570.

¹⁰ Tout d'abord par la Constitution de 1911, puis par la Constitution actuelle de 1976/82, dont l'article 207 dispose : « Les tribunaux ne peuvent appliquer aux faits soumis à leur jugement les règles qu'enfreignent la Constitution ou les principes qui y sont consacrés ».

¹¹ V. MIRANDA, « Chronique sur le Portugal », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1996, p. 821.

de demandes individuelles que de demandes émanant des autorités politiques¹².

Nouveaux arrivés dans le monde de la justice constitutionnelle, les États d'Europe centrale et orientale auraient-ils adopté un système de justice constitutionnelle plus fortement marqué par les procédures abstraites de contrôle de la constitutionnalité des lois ? Certes, tous ont institué une procédure de contrôle abstrait *a posteriori*. Mais la plupart d'entre eux ont également prévu une procédure de contrôle concret des lois, c'est-à-dire une exception d'inconstitutionnalité débouchant sur une question de constitutionnalité posée par le juge ordinaire à la Cour constitutionnelle. C'est le cas notamment de la Hongrie (art. 38 de la loi sur la Cour constitutionnelle), de la Slovénie (art. 156 de la Constitution, art. 23 de la loi), de la Pologne (art. 11 de la loi sur la Cour constitutionnelle), de la Lituanie (art. 105 de la Constitution, art. 65 de la loi) et de la Roumanie (art. 144, c, de la Constitution). Parfois, la procédure ne peut être déclenchée qu'à la demande des juridictions suprêmes, civiles ou administratives : Bulgarie (art. 150, al. 2 de la Constitution), Croatie (art. 13 de la loi) et Russie (art. 85 de la loi sur la Cour constitutionnelle). Bien plus, d'assez nombreux États ont adopté le recours individuel pour violation des droits garantis par la Constitution : la République Tchèque (art. 87, al. 1 de la Constitution, § 70 de la loi), la Slovénie (art. 160 de la Constitution), l'Albanie (art. 24, n° 9, de la Constitution), la Russie (art. 125, al. 4 de la Constitution) et seulement en cas d'application d'une loi inconstitutionnelle, la Hongrie (art. 32a de la Constitution, art. 48 de la loi sur la Cour constitutionnelle).

Ainsi, on ne peut pas trouver d'exemple de pays européen où les procédures concrètes de justice constitutionnelle n'occupent pas une place exclusive ou, du moins, prépondérante.

2. LE DEGRÉ DE CONCENTRATION DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE VARIE D'UN PAYS À L'AUTRE

L'affirmation selon laquelle le modèle européen serait caractérisé par la concentration des compétences de justice constitutionnelle est très largement erronée. Nous montrerons que la Cour constitutionnelle, quand elle existe, ou la Cour suprême qui en tient lieu, n'a jamais le monopole de la justice constitutionnelle, tant en ce qui concerne le contrôle des actes d'application des lois qu'en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des lois.

¹² V. DELPÉRIÉ/RASSON-ROLAND, « Chronique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1990, p. 517.

A) Il y a rarement concentration du contrôle de constitutionnalité des actes d'application des lois

Même en France, les juridictions ordinaires exercent la justice constitutionnelle chaque fois qu'elles appliquent la Constitution à un litige ordinaire¹³ ; cette remarque vaut tout particulièrement pour la juridiction administrative qui est chargée de contrôler la conformité au droit, y compris au droit constitutionnel, des règlements administratifs et des actes administratifs individuels ; mais cela vaut aussi pour les juridictions civiles et pénales. Il en est de même pour la quasi-totalité des États d'Europe.

a) *Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs par les tribunaux ordinaires*

Dans presque tous les pays, les tribunaux civils, pénaux et administratifs ont le droit de ne pas appliquer le règlement administratif ou l'acte administratif individuel qui est contraire à la Constitution¹⁴. En revanche, la compétence pour connaître de recours tendant à l'annulation d'un acte de l'administration est organisée de façon diverse selon les pays, mais il est rare que le juge constitutionnel soit compétent pour connaître de façon exclusive de tels recours, même lorsqu'ils sont fondés sur la violation de la Constitution.

Le seul exemple de compétence exclusive du juge constitutionnel en ce domaine est fourni par l'Autriche où le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs est concentré entre les mains du juge constitutionnel. La Constitution autrichienne attribue, en effet, à la Cour constitutionnelle à titre exclusif le jugement des demandes de contrôle abstrait et des recours individuels qui sont dirigés contre des règlements administratifs et sont fondés sur leur inconstitutionnalité ou sur leur illégalité (art. 139 de la Constitution) ainsi que le jugement des recours individuels qui sont fondés sur application d'une loi inconstitutionnelle ou l'exercice des compétences en violation d'un droit fondamental et qui sont dirigés contre des actes administratifs individuels (art. 144 de la Constitution). Seuls les recours en annulation dirigés contre un acte individuel et fondés sur la simple violation de la loi sont portés devant la Cour administrative ; d'ailleurs, si celle-ci constate qu'elle doit appliquer un règlement administratif illégal ou inconstitutionnel, elle doit demander à la Cour constitutionnelle de trancher

¹³ Pour une analyse détaillée de la situation française, voir FROMONT, « Le contrôle de constitutionnalité exercé par les juridictions ordinaires françaises » ; in : *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Mélanges Yvo Hangartner*, St. Gallen, 1998, pp. 183-194.

¹⁴ À cet égard, la France fait figure d'exception : les tribunaux civils n'ont pas le droit d'écarter l'application d'un règlement illégal ou inconstitutionnel.

ce point. Le juge constitutionnel a ainsi le monopole de l'appréciation de la constitutionnalité des actes de l'administration¹⁵.

Dans les autres pays, les tribunaux administratifs sont le plus souvent compétents pour connaître des recours en annulation d'actes administratifs pour violation du droit, y compris du droit constitutionnel ; en ce sens, ils sont des juges constitutionnels. Certains pays ne distinguent pas à cet égard entre les règlements et les actes administratifs, telles la France, l'Italie ou l'Espagne, et dans ce cas, tout le contentieux de la constitutionnalité des actes administratifs revient aux tribunaux administratifs, lesquels exercent ainsi un contrôle diffus de constitutionnalité. D'autres pays, au contraire, distinguent règlements administratifs et actes administratifs et n'organisent de recours en annulation devant les tribunaux administratifs que pour les actes individuels : c'est le cas de l'Allemagne¹⁶, des Pays-Bas et de la Suisse ; dans ces cas, seul le contentieux de la constitutionnalité des actes administratifs individuels est entièrement diffus puisque le contentieux de l'annulation des règlements administratifs inconstitutionnels appartient au juge constitutionnel. Enfin, lorsqu'il existe, l'exercice du contrôle de la constitutionnalité par les tribunaux administratifs est souvent placé sous la surveillance du juge constitutionnel. C'est notamment le cas en Suisse, en Allemagne et en Espagne où, après épuisement des voies de recours ordinaires, les règlements administratifs et les actes administratifs individuels peuvent faire l'objet d'un recours individuel respectivement devant le Tribunal fédéral, la Cour constitutionnelle fédérale et le Tribunal constitutionnel. En raison de la règle de l'épuisement des voies de recours, ce contrôle du juge constitutionnel s'exerce à la fois sur l'acte administratif en cause et sur les jugements qui se sont prononcés sur sa validité.

b) *Le contrôle de la constitutionnalité des actes judiciaires par les tribunaux ordinaires*

Les actes judiciaires, qu'il s'agisse de décisions du parquet et du juge d'instruction ou de jugements au fond, peuvent faire l'objet de divers recours devant des juridictions plus élevées et, à cette occasion, un contrôle de constitutionnalité peut s'exercer. Il en est ainsi dans tous les pays, même ceux qui ont tiré tardivement toutes les conséquences de l'idée de suprême

¹⁵ Comme le lecteur l'aura remarqué, le juge constitutionnel autrichien a de plus le monopole de l'appréciation de la légalité des règlements administratifs (de la Fédération ou des *Länder*, mais non des collectivités locales).

¹⁶ Il s'agit là d'une vue simplifiée des choses, car certains *Länder* ont institué un « recours en contrôle des normes » ouvert à toute personne lésée dans ses droits en vue de l'annulation d'un règlement administratif ; mais cette voie de recours est subordonnée à des conditions assez restrictives de recevabilité et n'a donc pas une grande importance.

matie de la Constitution. Par exemple, en France, la garantie constitutionnelle du droit de grève a conduit la Cour de cassation à imposer aux tribunaux inférieurs une appréciation plus modérée de la responsabilité des syndicats envers l'employeur en cas de grève¹⁷.

Cette omniprésence du contrôle de constitutionnalité est encore plus forte dans les pays où le juge constitutionnel a le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des jugements des tribunaux ordinaires. Il suffit de rappeler que c'est le cas en Suisse, en Allemagne, en Espagne et, dans une certaine mesure, au Portugal¹⁸, mais aussi en République tchèque, en Hongrie, en Slovaquie et en Croatie. Dans ces pays, la cour constitutionnelle fait fonction de cour suprême en ce qu'elle est chargée de casser les jugements entachés d'inconstitutionnalité. Toutefois, même dans ces pays, on ne peut pas parler de concentration de la justice constitutionnelle ; tout au plus, peut-on parler de hiérarchisation, car l'exercice de la justice constitutionnelle par les tribunaux ordinaires est simplement contrôlée par la Cour constitutionnelle. Ne se trouve-t-on pas dans la même situation qu'aux États-Unis où la Cour suprême peut casser tout jugement émanant d'un tribunal d'un État ou de la fédération pour violation de la Constitution fédérale ? Or les États-Unis sont le pays du contrôle diffus de constitutionnalité par excellence.

B) Il n'y a pas toujours concentration du contrôle de la constitutionnalité des lois

Rares sont les pays qui dénie aux tribunaux ordinaires tout pouvoir de contrôler la constitutionnalité de la loi qu'ils ont à appliquer et qui attribuent donc une compétence exclusive au juge constitutionnel. On ne peut guère citer que l'exemple de la France. Toutefois, on peut citer quelques pays qui refusent toute compétence aux juridictions inférieures : Irlande, Autriche et Russie, comme il est indiqué plus loin.

La plupart des pays européens se trouvent dans une situation intermédiaire : le juge ordinaire doit s'assurer que la loi qu'il applique est conforme à la Constitution, mais, s'il a des doutes ou s'il est persuadé de l'inconstitutionnalité (cette condition varie selon les pays), il doit poser à la Cour constitutionnelle (ou à la Cour suprême en tenant lieu) la question préjudicielle de la constitutionnalité de ladite loi. Tantôt toutes les juri-

¹⁷ C. cass., 9 novembre 1982, *JCP* 1983.II, n° 19995, conclusions GAUTHIER. Pour d'autres exemples, voir FROMONT, « Le contrôle de constitutionnalité exercé par les juridictions ordinaires françaises », in : *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Mélanges Yvo Hängartner*, St. Gallen, 1998, pp. 183-194.

¹⁸ Au Portugal, seule la question de la constitutionnalité de la loi appliquée par le tribunal peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal constitutionnel (art. 280 de la Constitution).

dictions ordinaires peuvent le faire, même les plus modestes d'entre elles ; c'est le cas de l'Italie (art. 23 de la loi sur la Cour constitutionnelle), de l'Allemagne (art. 100 de la Constitution)¹⁹, de l'Espagne (art. 163 de la Constitution) et de la Belgique (art. 141 de la Constitution), en ce qui concerne l'Europe occidentale et, de la Hongrie (art. 38 de la loi sur la Cour constitutionnelle), de la Slovénie (art. 156 de la Constitution), de la Pologne (art. 11 de la loi sur le Tribunal constitutionnel), de la Lituanie (art. 105 de la Constitution) et même de la Roumanie, qui a pourtant été influencée par le modèle français (art. 144, c, de la Constitution). Tantôt seules les juridictions supérieures ont ce pouvoir : c'est le cas de l'Irlande (art. 34 de la Constitution) et de l'Autriche (art. 140 de la Constitution). Tantôt enfin, ce pouvoir est réservé aux diverses cours suprêmes : c'est le cas de la Bulgarie (art. 150, al. 2, de la Constitution), de la Croatie (art. 13 de la loi sur la Cour constitutionnelle) et de la Russie (art. 125, al. 2, de la Constitution).

Enfin, quelques pays européens confient exclusivement le contrôle de la constitutionnalité des lois aux tribunaux ordinaires. C'est le cas, évidemment, de tous les pays qui ont adopté peu ou prou le système américain ou qui ont été étudiés au début de la première partie de cette contribution : la Suisse (pour les lois cantonales, les lois fédérales étant soustraites à tout contrôle), la Norvège, la Suède, l'Estonie, le Danemark, la Grèce et le Portugal (sous réserve, il est vrai, d'un appel possible au Tribunal constitutionnel).

3. CONCLUSION

L'étude des différentes formes de justice constitutionnelle en Europe montre leur extrême diversité. N'avons-nous pas recensé au moins deux procédures abstraites principales et au moins trois procédures concrètes principales, toutes ayant reçu des aménagements extrêmement divers selon les pays, et n'avons-nous pas observé une gamme de combinaisons qui est étonnamment variée et qui va d'un extrême, le système américain, à un autre extrême, le système français ? C'est pourquoi il nous semble très simplificateur de parler d'un modèle européen qui s'opposerait au modèle américain.

Néanmoins, on peut trouver quelques points communs aux différents systèmes européens. En premier lieu, plus nettement qu'aux Etats-Unis, il y a généralement une cour suprême ou une cour constitutionnelle qui peut être saisie de procédures spécifiques de contrôle de constitutionnalité, mais

¹⁹ Du moins pour les lois postérieures au 23 mai 1949, car pour les lois antérieures, tout tribunal peut contrôler la conformité de la loi à la Loi fondamentale de 1949.

celle-ci ne dispose en aucune manière d'un quelconque monopole du contrôle de constitutionnalité des actes étatiques, car une certaine collaboration entre juridictions ordinaires et juridiction constitutionnelle (ou suprême) fonctionne dans tous les pays. En second lieu, les procédures de contrôle de constitutionnalité sont très largement de caractère concret, mais sauf en Irlande, qui est un pays de *common law*, les procédures concrètes débouchent assez souvent sur une décision ayant autorité absolue de chose jugée, autorité qui sert en quelque sorte de substitut à la règle du précédent des pays *de common law*.

Enfin, parmi les pays européens pratiquant la justice constitutionnelle, la France fait figure d'exception : aucune collaboration n'a été prévue entre le Conseil constitutionnel et les autres juridictions, si ce n'est par l'intermédiaire de la règle de l'autorité absolue de la chose jugée ; aucune procédure concrète de contrôle de la constitutionnalité des lois, et même aucune procédure abstraite de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois ne peut se dérouler devant le Conseil constitutionnel ; enfin, le contrôle de constitutionnalité que les tribunaux ordinaires exercent sur les actes d'application de la loi est souvent paralysé par l'interdiction qu'ils se sont imposée à eux-mêmes, celle de contrôler *a posteriori* la constitutionnalité des lois qu'ils appliquent, ce qui aboutit notamment à l'extravagante jurisprudence de la loi-écran et par voie de conséquence à une violation de la Constitution chaque fois que la voie dissimulée de l'interprétation de la loi en conformité à la Constitution n'est pas praticable. Bien souvent, la seule issue est en France le contrôle de la conventionnalité de la loi appliquée et de son application, faute d'un contrôle de constitutionnalité pouvant s'exercer sans entrave hors du processus d'élaboration de la loi.