

# *Jus Politicum*

Revue de droit politique

Numéro 28 – 2022

## *L'Exemplarité des gouvernants*



INSTITUT  
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit



## **DIRECTEURS**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)  
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

## **DIRECTEUR DE LA PUBLICATION**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

## **FONDATEURS**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),  
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),  
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

## **CONSEIL DE RÉDACTION**

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil),  
Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),  
Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas),  
Renaud Baumert (Université de Cergy-Pontoise),  
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas),  
Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes),  
Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas),  
Quentin Epron (Université Panthéon-Assas),  
Thibault Guilluy (Université de Lorraine),  
Jacky Hummel (Université de Rennes 1),  
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas),  
Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas),  
Elina Lemaire (Université de Bourgogne),  
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines),  
Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise),  
Christoph Schönberger (Universität Konstanz),  
Adam Tomkins (University of Glasgow)  
Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

## **CONSEIL SCIENTIFIQUE**

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

## **SECRÉTAIRE DE RÉDACTION**

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

## **ASSISTANTS D'ÉDITION**

Agathe Chossat de Montburon (Université Panthéon-Assas)



## La justice constitutionnelle décentrée

G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*.

*Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*

(LGDJ Lextenso 2021) \*

P eut-on encore s'intéresser à la justice constitutionnelle dans une perspective exclusivement nationale ? Longtemps, la chose a semblé non seulement possible, mais normale. Il n'est qu'à balayer du regard, dans les bibliothèques juridiques, les rayonnages consacrés au contentieux constitutionnel pour prendre la mesure d'un déséquilibre flagrant. D'un côté, le Conseil constitutionnel français a donné lieu à une multitude de thèses depuis plus de trois décennies, de sorte que les principaux aspects de sa jurisprudence semblent avoir été étudiés. De l'autre, les travaux consacrés à la justice constitutionnelle au-delà de nos frontières, certes anciens pour les premiers d'entre eux, sont restés beaucoup plus rares. Sans doute n'y a-t-il pas là de quoi étonner : une remarque équivalente pourrait être formulée à propos de la plupart des branches du droit. Il existe pourtant de bonnes raisons de penser qu'une réflexion aujourd'hui limitée à la manière française de rendre et d'étudier la justice constitutionnelle passerait à côté de plusieurs phénomènes décisifs.

La justice constitutionnelle, en effet, est devenue un phénomène proprement mondial, au moins à un double égard. D'une part, les juridictions compétentes pour contrôler la constitutionnalité des lois se sont multipliées dans des proportions inédites depuis un demi-siècle. Si l'on en croit une riche base de données sur les constitutions du monde établie à l'Université de Chicago, le nombre des États armés d'un tel mécanisme a crû de 38% en 1951 à 83% soixante ans plus tard<sup>1</sup>. D'autre part, les juges constitutionnels exercent moins que jamais leurs compétences dans l'ignorance de l'activité de leurs voisins. Différents facteurs contribuent à aiguïser la conscience, dans de nombreuses cultures juridiques, d'une interdépendance au moins partielle qui ne saurait plus être éludée : l'enrichissement de l'information à disposition de nombreux juges constitutionnels sur l'activité de juridictions comparables ; la tendance de certains d'entre eux à citer, au soutien de la motivation de leurs décisions, des décisions de juridictions étrangères ; les emprunts plus ou moins ouvertement opérés d'une juridiction à l'autre ; l'influence exercée, dans certaines régions du monde, par des juridictions supranationales, qui contribue à

---

\* G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2021, 1452 p.

<sup>1</sup> Voir T. GINSBURG, M. VERSTEEG, « Why Do Countries Adopt Constitutional Review ? », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 30, n° 3, 2014, p. 587-622, p. 587.

une harmonisation diffuse entre jurisprudences constitutionnelles. En somme, on le comprend, le juriste dédaigneux des manifestations de la justice constitutionnelle en-dehors de ses frontières est aujourd'hui condamné à ignorer nombre de phénomènes dont la pertinence pour comprendre les dynamiques de son droit national est devenue incontestable – que le Conseil constitutionnel se soit doté, depuis 2016, d'un chargé de mission chargé de nourrir le dossier documentaire à disposition du rapporteur d'analyses de droit étranger et de droit européen est le signe d'un premier mouvement de ce dernier dans cette direction.

L'observation s'impose avec une acuité particulière dans la tradition juridique française, tant l'appréhension de la justice constitutionnelle étrangère y a été marquée par la façon particulière dont s'est ici déployé le contrôle de constitutionnalité. La tendance résulte d'une diversité de phénomènes bien documentés. La longue défiance française, d'abord, pour le contrôle de constitutionnalité des lois, fruit d'une méfiance durable à l'encontre des juges et d'une fétichisation ancienne de la loi. La création tardive, ensuite, d'une institution habilitée à opérer ce contrôle, son développement lent, ses faiblesses originelles dont certaines n'ont jamais été corrigées. La préférence française, enfin, pour les motivations brèves, accentuée par les difficultés qu'éprouvent certains membres du Conseil constitutionnel à déployer, de façon autonome, une argumentation juridique rigoureuse – cache-misère volontiers présenté sous les atours plus nobles de l'*imperatoria brevitatis* et d'une collégialité dont les vertus sont supposées corriger les faiblesses individuelles.

À quoi s'ajoutent des facteurs tenant à la manière ambivalente dont la doctrine française de droit constitutionnel s'est saisie de cet objet. Deux approches s'y sont globalement articulées. La première, minoritaire mais ancienne, a consisté à porter sur le Conseil constitutionnel et sur son œuvre un regard détaché, à prétention scientifique, où des descriptions neutres et objectives – autant que cela se pouvait – étaient mêlées à des évaluations critiques franches, dans l'ordre de la louange ou de la réprobation, sans considération pour les effets éventuels d'une critique sur l'objet critiqué. La seconde, majoritaire et durable, a privilégié la dogmatique juridique – où l'étude de la justice constitutionnelle se mêlait constamment à sa légitimation, au risque d'exagérer la cohérence ou les qualités de décisions dont une analyse plus scientifique aurait dû conduire à constater les faiblesses.

Ce contexte institutionnel et doctrinal contribue à expliquer la façon dont la doctrine s'est intéressée, en France, à des formes « étrangères » de justice constitutionnelle. L'analyse comparée était avant tout utilitariste et servait à nourrir et à justifier un discours sur les avantages – ou les défauts – comparatifs du contrôle de constitutionnalité « à la française ». Les influences, à cet égard, ont été diverses. Du côté de la répulsion, pensons à l'étude de la Cour suprême des États-Unis sous « l'ère Lochner », où Édouard Lambert a décelé la marque d'un « gouvernement des juges » en 1921<sup>2</sup> – ressource argumentative précieuse pour ceux qui, prompts à y voir un phénomène illégitime plutôt qu'un concept opératoire<sup>3</sup>, fustigeaient ce qu'ils assimilaient à une funeste flétrissure de la souveraineté parlementaire dans l'entre-deux-guerres. Du côté de l'attraction, songeons à la thèse consacrée par

---

<sup>2</sup> E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

<sup>3</sup> Voir M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges » [2001], in *id.*, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 231-247, p. 241-246.

Charles Eisenmann, sous les auspices de Hans Kelsen, à la Haute-Cour constitutionnelle d'Autriche<sup>4</sup> – destinée à nourrir les appels à l'instauration, en France, d'un contrôle de constitutionnalité des lois centralisé. Bien plus tard, à partir du milieu des années 1980, divers travaux menés sous l'autorité de Louis Favoreu à Aix-en-Provence – des thèses de droit comparé, des rencontres annuelles conduisant à la publication d'un *Annuaire international de justice constitutionnelle* – ont participé d'une entreprise plus large de légitimation du Conseil constitutionnel : en rapprochant le Conseil constitutionnel français « d'autres » cours constitutionnelles sur des points précis, il s'agissait notamment d'étayer la thèse, alors contestée, selon laquelle le premier méritait d'être assimilé aux secondes. Dans ce contexte doctrinal singulier, plusieurs ouvrages ont proposé une analyse transnationale de la justice constitutionnelle<sup>5</sup> – en se limitant, pour l'essentiel, à quelques cours constitutionnelles européennes. L'habitude en a été conservée par la suite<sup>6</sup> – quoiqu'on ait pu commencer à s'intéresser à des cours constitutionnelles européennes de création plus récente ou jusqu'alors négligées<sup>7</sup>.

En dépit de ces marques ponctuelles d'ouverture sur le monde, le lecteur français avide d'appréhender la justice constitutionnelle de façon plus globale – au-delà de l'Europe et des États-Unis – est longtemps resté sur sa faim. Sans doute pouvait-il se tourner vers des ouvrages publiés dans d'autres langues. Là encore, pourtant, les ressources étaient limitées. À l'exclusion des études juxtaposées de la justice constitutionnelle dans certains pays<sup>8</sup> ou d'études consacrées à des aspects précis du contentieux constitutionnel<sup>9</sup>, rares étaient les ouvrages qui proposaient une

---

<sup>4</sup> Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute-Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928.

<sup>5</sup> Voir L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, 1986 ; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996.

<sup>6</sup> Voir L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2011 ; M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013.

<sup>7</sup> Voir P. BON, D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008.

<sup>8</sup> Voir par ex. A. R. BREWER-CARIAS, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 ; T. GROPPI, M. OLIVETTI (dir.), *La Giustizia Costituzionale in Europa*, Milan, Giuffrè, 2003 ; M. L. CORRADO, *Comparative Constitutional Review. Cases and Materials*, Durham, Carolina Academic Press, 2005 ; A. HARDING, P. LEYLAND (dir.), *Constitutional courts : A Comparative study*, Londres, Wildy, Simmonds & Hill, 2009 ; S. GALERA (dir.), *Judicial Review. A Comparative Analysis Inside the European Legal System*, Strasbourg, Council of Europe, 2010.

<sup>9</sup> Voir par ex. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional : una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, vol. 1 ; V. BAZÁN (dir.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 2 vol. ; E. F. DELANEY, R. DIXON (dir.), *Comparative Judicial Review*, Cheltenham, Edward Elgar, coll. Research Handbooks in Comparative Constitutional Law, 2018.

analyse large de la justice constitutionnelle, que ce soit dans un petit nombre de pays<sup>10</sup> ou sur un terrain plus large<sup>11</sup>.

Sous cette lumière, on imagine l'intérêt que suscite le traité de contentieux constitutionnel comparé publié par Guillaume Tusseau au début de l'été 2021. Fruit de plusieurs années de travail, il est voué à enrichir substantiellement la réflexion française sur la justice constitutionnelle au-delà de nos frontières<sup>12</sup>. Son ambition est à la fois simple et remarquable : appréhender la justice constitutionnelle de façon globale, en étendant très largement le spectre de l'analyse et de la réflexion, pour prendre en compte des États qui, en dépit d'une tradition parfois ancienne de justice constitutionnelle, avaient été jusqu'alors négligés, notamment par la doctrine francophone.

Pour affronter un tel défi, Guillaume Tusseau disposait de plusieurs atouts. Professeur de droit public à Sciences-po, ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature, auteur d'une thèse remarquée sur les « normes d'habilitation<sup>13</sup> », fin connaisseur de l'œuvre profuse et originale de Jeremy Bentham<sup>14</sup>, il a déployé la majeure partie de ses recherches dans la double direction du droit constitutionnel, notamment comparé<sup>15</sup> et de la théorie du droit<sup>16</sup>. Sa réflexion ancienne sur la justice constitutionnelle comparée l'a conduit à critiquer, en particulier, les « modèles » de justice constitutionnelle couramment enseignés dans les facultés de droit<sup>17</sup>, tout en étudiant régulièrement les décisions de cours constitutionnelles étrangères dans les colonnes de la *Revue française de droit administratif*.

Le titre donné à son traité – *Contentieux constitutionnel comparé* – entre en résonance avec des ouvrages qui, en France, ont souvent mêlé des analyses relatives à la procédure devant le Conseil constitutionnel à des développements d'ordre substantiel, relatifs au contenu de ses décisions. Sous ce rapport, il ne restitue pas

---

<sup>10</sup> Voir par ex., sur l'Europe : M. CAPPELLETTI, W. COHEN, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1979 ; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002 ; M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford, Hart, 2014. Voir par ex., sur l'Amérique latine : O. A. GOZAINI, *Tratado de derecho procesal constitucional latinoamericano*, Buenos Aires, La ley, 2014, 4 t. ; A. R. BREWER-CARÍAS, *Judicial Review. Comparative Constitutional Law Essays, Lectures, and Courses (1985-2011)*, Caracas, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014 ; pour un choix de pays divers, fondé sur une connaissance personnelle de juridictions et de juges : E. MCWHINNEY, *Supreme Courts and Judicial Law-Making : Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

<sup>11</sup> Voir par ex. A. VON BRÜNNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 1992 ; A. M. MAVČIČ (dir.), *Constitutional Review Systems Around the World*, Lake Mary, Vandeplass, 2018.

<sup>12</sup> Voir ég. A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du droit, 2021.

<sup>13</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2016.

<sup>14</sup> G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique*, L'Harmattan, 2001 ; id., *Jeremy Bentham, la guerre des mots*, Paris, Dalloz, 2011.

<sup>15</sup> G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Le Seuil, 2021.

<sup>16</sup> G. TUSSEAU, *Droit comparé et théorie générale du droit. Notes sur quelques aller-retours aporétiques*, Presses de l'Université Laval, 2021.

<sup>17</sup> G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, Bologne, Bononia University Press, 2009.



exactement son projet véritable : appréhender la justice constitutionnelle transnationale dans une double perspective, politique et culturelle d'une part, juridique et technique de l'autre.

L'auteur part d'un constat : l'importance de la justice et de la sanction constitutionnelles dans les représentations contemporaines du droit constitutionnel. En témoignage – tout en nourrissant, en retour, cette tendance – l'extension régulière des missions confiées aux juges constitutionnels. Guillaume Tusseau prend acte de l'impossibilité de réduire aujourd'hui la justice constitutionnelle au simple contrôle de la constitutionnalité d'actes juridiques – alors que les juges constitutionnels sont amenés, entre autres, à résoudre des conflits politiques, à trancher des questions éthiques épineuses, à garantir l'unité de leur communauté politique. Il propose, dès lors, d'appréhender la justice constitutionnelle comme le révélateur d'équilibres institutionnels qui dépassent de très loin les juridictions où elle prend naissance. Cette dernière, selon lui, peut être conçue comme le miroir de mouvements plus larges. La justice constitutionnelle révélerait en effet, dans différents États, « une forme spécifique d'organisation politique, dans laquelle la détermination et la préservation des éléments constitutifs de la société reviennent non plus systématiquement à des élus, mais à des autorités le plus souvent nommées et tirant principalement leur autorité de leur compétence technique » (p. 32). Ainsi invite-t-il à appréhender le contentieux constitutionnel, dans une perspective transnationale, comme le mouvement de « mise en place d'une nouvelle forme de société politique » – comme une forme juridictionnelle d'organisation du pouvoir (p. 1331-1332).

Affirmons-le d'emblée : cet ouvrage, impressionnant à plus d'un titre, fera date. La façon dont l'auteur s'acquitte de cette monumentale tâche ne pourra, en effet, que réjouir tous ceux qui s'intéressent au droit constitutionnel, au droit processuel et au droit comparé. Il révèle une capacité heureuse à transformer un apparent manuel en ouvrages de référence – en « traité », au sens classique du terme –, dont l'ampleur et la profondeur le vouent à marquer en profondeur les réflexions des juristes<sup>18</sup>. Il mérite donc d'être présenté, avant d'être évalué.

## I. PRÉSENTATION

Riche de près de 1500 pages, l'ouvrage se structure, après une introduction comparativement brève, en sept chapitres respectivement consacrés (1.) à l'histoire de la justice constitutionnelle ; (2.) à la délimitation du concept de « juridiction constitutionnelle » et à la méthode choisie pour l'appréhender ; (3.) à la désignation et au statut des juges constitutionnels ; (4.) aux normes relatives à l'organisation des juridictions constitutionnelles ; (5.) aux normes de référence et aux objets de leur contrôle ; (6.) à la procédure suivie devant elles ; (7.) à leurs décisions. Par-delà ce découpage se fait jour une dichotomie assez classique qui reproduit celle que l'on trouve déjà dans d'autres ouvrages. Les quatre premiers chapitres peuvent être lus comme une réflexion sur la justice constitutionnelle dans le monde – conçue comme l'une des formes que peut prendre le pouvoir politique. Les trois suivants s'apparentent à une réflexion sur la procédure constitutionnelle contentieuse – partant, sur les modalités techniques de la mise en œuvre de la justice constitutionnelle.

---

<sup>18</sup> Voir ég. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2020.

## A. Un pouvoir politique

La première partie de l'ouvrage se structure en trois moments, respectivement consacrés à l'histoire de la justice constitutionnelle, à son appréhension conceptuelle et à ses protagonistes.

### *Histoire ancienne, terres nouvelles*

L'ouvrage s'ouvre sur une « histoire intellectuelle de la justice constitutionnelle » (p. 39-265), où l'auteur restitue la trajectoire de ce phénomène – aussi bien dans l'ordre des représentations et des idéologies que dans celui des normes et des pratiques juridiques. En quelques dizaines de pages, bien que les premiers siècles envisagés ne présentent encore que des liens distants avec la justice constitutionnelle dans son sens moderne, il brosse un tableau presque vertigineux, qui s'étend du *nómos* dans la pensée grecque à la structuration juridique du pouvoir à Rome, du renouveau médiéval de la théorie des limitations du pouvoir à l'émergence progressive de l'État, puis aux « lois fondamentales » et à une représentation hiérarchique des normes juridiques au début de l'époque moderne. Plus près du constitutionnalisme moderne, il rappelle les circonstances dans lesquelles le contrôle de constitutionnalité a été instauré dans certaines colonies d'Amérique – alors que le principe de souveraineté du Parlement rendait la culture juridique britannique rétive à cette évolution. À partir de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, son objet et son analyse s'étendent du côté de l'Amérique du Nord et de l'Europe, ce qui est attendu – quoique ses développements sur les pays de culture germanique au XIX<sup>e</sup> siècle soient particulièrement détaillés (p. 134-143) –, mais également en Amérique latine, pour laquelle l'auteur démontre, tout au long de l'ouvrage, une dilection particulière. Ainsi décrit-il, avec un détail inhabituel dans les ouvrages français, l'inventivité constitutionnelle d'États qui, libérés de l'influence des puissances coloniales européennes, s'attachent à instaurer une garantie juridictionnelle de la Constitution (p. 123-133).

Apparemment conscient du risque de mal êtreindre, à vouloir embrasser ce champ historique et géographique considérable, Guillaume Tusseau ne se contente pas de balayer ces questions. Il s'arrête ponctuellement sur plusieurs grands moments de l'histoire du contrôle de constitutionnalité, dont la dimension presque mythique appelait, avec le recul du temps, un éclairage nouveau. Ainsi jette-t-il une lumière utile, par-delà l'existence et le contenu de décisions fameuses, sur la façon dont leurs interprétations ultérieures ont fini par leur conférer, à la manière d'une stratification géologique, une épaisseur dont elles étaient primitivement dénuées. Ces « arrêts sur image » ouvrent au lecteur d'heureuses respirations, où les descriptions laissent place à des analyses critiques roboratives. De l'opinion du juge Edward Coke dans l'arrêt *Thomas Bonham v. College of Physicians* de 1610 – dont on a parfois fait, dans la culture de *common law*, l'un des actes de naissance du contrôle de constitutionnalité –, il retient ainsi la manière dont les colons d'Amérique ont invoqué son souvenir au soutien de la thèse de l'existence d'un droit supérieur au législateur, qui lui serait opposable (p. 89-97). En étudiant les lectures doctrinales successives de la décision *Marbury v. Madison* rendue en 1803 par la Cour suprême fédérale des États-Unis, sous la plume de John Marshall, il montre à quel point un enchaînement d'événements contingents a fini par donner naissance à l'imaginaire qui l'entoure aujourd'hui, dans le monde entier (p. 114-121).

L'épaisseur de l'ouvrage présente, pour sa démonstration, un avantage manifeste : il peut ne pas se contenter de rappeler ce qui est déjà bien connu. En grand nombre, des manuels évoquent une division claire et réductrice : on trouverait,

d'un côté, un « modèle américain » de contrôle de constitutionnalité – marqué, en particulier, par son exercice par toutes les juridictions –, et de l'autre, un « modèle européen », qu'aurait incarné l'instauration de cours constitutionnelles « centralisées », d'abord dans l'entre-deux-guerres, en Autriche, en Tchécoslovaquie, en Espagne et dans l'Allemagne de Weimar, puis immédiatement après la Seconde Guerre mondiale, dans des États libérés de gouvernements totalitaires ou autoritaires. L'ouvrage de Guillaume Tusseau va plus loin. D'une part, il détaille, d'une manière inhabituelle pour un ouvrage de ce type, les compétences et la pratique concrète des juridictions alors rattachées à ces modèles (p. 151-178, 182-188). D'autre part, il étend l'analyse au-delà des États-Unis et de l'Europe de l'Ouest, en examinant la diffusion et les mutations de la justice constitutionnelle, à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, en des lieux qui retiennent moins souvent l'attention – du côté de l'Afrique, du Proche et du Moyen-Orient, de l'Asie, de l'Amérique latine et de l'Europe de l'Est, après la dissolution du bloc communiste (p. 191-242). Particulièrement éclairant, ce premier chapitre se clôt sur des réflexions bienvenues sur les facteurs du développement au long cours de la justice constitutionnelle, que l'auteur appréhende en croisant plusieurs grilles d'analyse (p. 242-265).

### *Du concept à la méthode*

Dans le deuxième chapitre, consacré aux « conditions méthodologiques d'une étude comparative de la justice constitutionnelle » (p. 267-453), Guillaume Tusseau précise l'objet de son étude, en identifiant ce qui singularise le contrôle juridictionnel de constitutionnalité par contraste avec d'autres garanties des normes constitutionnelles. Il revient sur la controverse importante sur le « gardien de la Constitution », qui a opposé Hans Kelsen – héraut d'une « garantie juridictionnelle » de cette dernière – et Carl Schmitt – promoteur de l'attribution de cette fonction à une institution indépendante, fût-elle non juridictionnelle, à l'exemple du président de la République sous Weimar, en écho au « pouvoir neutre ou préservateur » évoqué, à l'aube du XIX<sup>e</sup> siècle, par Benjamin Constant (p. 269-275). Pour éclairer le débat, il présente différentes configurations, plus ou moins anciennes, dans des cultures juridiques diverses, où la garantie d'une Constitution a été confiée à un organe législatif ou exécutif (p. 275-297).

Il s'attache, en particulier, à délimiter le concept de « juridiction constitutionnelle », en portant d'abord son attention sur celui de « juridiction » en général. Dans cette perspective, conformément à une méthode éprouvée dans de précédents écrits, il procède en plusieurs temps. Il présente d'abord, pour mieux l'abandonner, une démarche essentialiste, emprunte de réalisme ontologique, qui s'attacherait à identifier une essence de « la juridiction » pour construire une définition de cette dernière. Il propose ensuite de se donner un concept de rang supérieur, propre à appréhender le discours des acteurs du droit en général, et en particulier les concepts de « juridiction » qui sont utilisés dans plusieurs traditions juridiques. Dans une perspective « nominaliste », il recherche un équilibre entre une définition lexicale – fruit d'une recension des « différentes significations associées, dans une communauté linguistique donnée [...], à un même terme » – et une définition stipulative – qui assignerait un sens à un concept aux seules fins d'une démonstration. Il emprunte à la « théorie des prototypes », formulée par la spécialiste de psychologie cognitive Eleanor Rosch, la représentation de concepts dont les contours n'auraient pas vocation à susciter des classifications parfaitement nettes, puisqu'ils seraient frappés d'une indétermination irréductible – qui n'empêcherait cependant pas de leur rattacher un ensemble de représentations s'éloignant plus ou moins du

cœur de ce concept, ou de la représentation abstraite de ce qui en constituerait le « prototype ».

Il rappelle ensuite la diversité des choix opérés jusqu'alors en doctrine : a°) les auteurs qui, à l'instar de Raymond Carré de Malberg, de Hans Kelsen ou Adolf Merkl, privilégient des critères organiques et formels, tournés vers les propriétés des organes chargés d'appliquer la loi ; b°) ceux qui, à l'image de Georg Jellinek ou Roger Bonnard, leur préfèrent des critères matériels et fonctionnels, tournés vers la résolution d'un litige entre parties ; c°) ceux qui, nombreux, mêlent ces deux perspectives. Soucieux de ne pas exclure de son champ des institutions qui ne relèvent que partiellement de ces critères, préférant, pour les besoins de l'étude, embrasser trop largement plutôt que prendre le risque de laisser de côté des institutions dignes d'intérêt, Guillaume Tusseau retient finalement un critère ouvert : dès lors que des organes jouissent, dans leurs ordres juridiques, d'attributs dignes d'être rattachés à l'un de ces critères traditionnels, il y verra une juridiction (p. 297-311).

Ce concept ainsi précisé, il se tourne vers celui de « juridiction constitutionnelle ». Il rappelle, avant de montrer leurs limites, les critères communément invoqués, en la matière, par la doctrine de droit constitutionnel : d'un côté, un critère formel et organique conduirait à réduire le concept aux organes juridictionnels *ad hoc*, distincts de l'appareil juridictionnel traditionnel ; de l'autre, un critère matériel et fonctionnel inviterait à se concentrer sur les missions confiées aux juges constitutionnels. Jugeant que ces critères ne permettent pas de rendre compte de la richesse de la justice constitutionnelle, il propose de partir du caractère constitutionnel de la norme de référence du contrôle opéré par des juges pour identifier ces juridictions constitutionnelles (p. 311-326).

Il précise alors sa méthode. Il rappelle les grands modèles privilégiés, en doctrine, pour rendre compte de l'activité des juges – légalisme, normativisme, réalistes américain, français et scandinave, mais aussi des modèles issus de la science politique (p. 327-341). Il présente certains des grands débats relatifs à la portée politique des décisions des juges constitutionnels (p. 342-352), précise les contours du droit processuel constitutionnel et précise les conditions de son étude (p. 352-367), avant de rappeler les controverses relatives à la légitimité du juge constitutionnel (p. 367-413). À cette occasion, il rappelle de stimulantes discussions, aux États-Unis, sur les avantages et les inconvénients de la nomination de juristes – voire, uniquement de juristes – dans de telles juridictions (p. 382-384), qui éclairent indirectement les réflexions contemporaines sur le Conseil constitutionnel, où est devenue majoritaire la part de membres dénués d'expertise juridique au moment de le rejoindre. Il dévoile enfin ses présupposés, son ambition et les difficultés épistémologiques qu'il entend surmonter (p. 413-452).

### *Des sujets de droit*

Le cadre dans lequel s'exerce la fonction de juge constitutionnel est déterminé par plusieurs variables juridiques. Guillaume Tusseau les présente dans deux chapitres tournés respectivement vers les individus et vers les institutions.

Dans le troisième chapitre, relatif à « la magistrature constitutionnelle » (p. 455-592), il s'intéresse aux hommes et femmes qui exercent les fonctions de juge constitutionnel, dans une double perspective, individuelle et collective. La première, comme il le rappelle, se nourrit volontiers des analyses « attitudinales », fondées sur leurs préférences personnelles, notamment politiques, des membres de ces juridictions. La seconde puise souvent aux ressources de l'analyse stratégique,

qui s'attache à appréhender, d'une part, les dynamiques internes à ces organes collégiaux et, d'autre part, la façon dont ils se comportent collectivement vis-à-vis d'autres d'institutions. Ouvert sur ces différentes perspectives, l'auteur choisit de se concentrer sur le choix des individus destinés à rendre la justice constitutionnelle et sur les protections qui leur sont offertes à cette fin.

Il étudie d'abord la désignation des juges constitutionnels – par quoi il ne se limite pas aux membres de cours constitutionnelles spécialisées. L'ampleur de son spectre fait apparaître quelques traits notables. Du côté des autorités de désignation, il évoque – quoique les membres ne soient pas « désignés » –, le cas des membres de droit des juridictions constitutionnelles. Il présente, selon une approche qu'il privilégie dans tout l'ouvrage, les sauts dans le temps et dans l'espace : d'un côté, dans des systèmes à compétence exclusive, la nomination des juges constitutionnels est confiée à un seul organe – exécutif, législatif, juridictionnel ou *ad hoc* ; d'un autre côté, dans des systèmes à compétence partagée, plusieurs organes doivent intervenir dans la procédure de nomination, soit que deux décisions s'imposent à titre diachronique, soit que, de manière synchronique, plusieurs organes soient habilités à nommer certains des juges constitutionnels. Il propose ensuite une salutaire critique de ces dispositifs de désignation, tenant aux effets pervers de la recherche du consensus et aux risques présentés par la possible inertie des autorités qui en sont responsables (p. 485-493), avant d'exposer la diversité des règles relatives aux personnes éligibles à de telles fonctions, dans l'ordre des qualifications professionnelles et personnelles (p. 517-537) – sans prendre position en faveur d'un système en particulier.

Son analyse se tourne ensuite vers le statut des juges constitutionnels – sur leur indépendance, appréhendée dans ses multiples dimensions. Il fournit ici d'utiles précisions sur la durée et le renouvellement du mandat des juges constitutionnels (p. 542-559), ainsi que sur leurs droits et obligations statutaires : sont étudiés, en particulier, les serments prêtés par de nouveaux juges, les incompatibilités avec des activités politiques ou professionnelles, les garanties financières et les immunités – inamovibilité, irresponsabilité, inviolabilité – destinées notamment, dans la limite de procédures permettant exceptionnellement de les destituer, à garantir leur indépendance (p. 559-592).

Dans le quatrième chapitre, qui porte sur « la juridiction constitutionnelle » (p. 593-716), Guillaume Tusseau se concentre sur ce qui structure l'institution dans son ensemble, qui dépasse la somme des juges qui la compose – en particulier les normes qui lui confèrent une compétence et qui prédéterminent son organisation interne.

L'auteur étudie, d'abord, les normes habilitant des organes à rendre la justice constitutionnelle selon certaines modalités. Plusieurs d'entre elles sont produites par des organes extérieurs à la juridiction constitutionnelle – constituant, législateur organique ou ordinaire, dont les normes sont parfois soumises au contrôle de constitutionnalité (p. 594-612). D'autres le sont par la juridiction même à laquelle elles ont vocation à s'imposer (p. 612-627). Nourri, ici comme ailleurs dans l'ou-

vrage, par ses réflexions anciennes sur les « modèles » de contrôle de constitutionnalité<sup>19</sup>, l'auteur appelle à relativiser la distinction entre les « systèmes concentrés » et les systèmes « diffus » de garantie juridictionnelle de la Constitution (p. 627-660).

Il porte ensuite son attention sur l'organisation « interne » de la juridiction constitutionnelle, à quoi il rattache, d'une part, les règles relatives à la composition de la juridiction constitutionnelle, à sa présidence, à ses subdivisions éventuelles, et d'autre part, l'organisation concrète de ces institutions – leur personnel, les adjouvants des juges constitutionnels, mais également le budget de ces juridictions et les immeubles qui les abritent (p. 660-716).

Au terme de cette première moitié de l'ouvrage, le lecteur perçoit clairement les contours des concepts de « justice constitutionnelle » et de « juridiction constitutionnelle », l'histoire des phénomènes auxquels ils renvoient et les conditions dans lesquelles ces organes, ainsi que les juges qui les composent, exercent leurs fonctions. Le propos bascule alors dans une autre perspective, d'ordre processuel.

## B. Une technique juridique

La seconde partie de l'ouvrage, qui s'attache à mettre en perspective le droit processuel constitutionnel dans le monde, s'organise en trois moments, respectivement consacrés aux termes du débat contentieux, à ses modalités et à ses conséquences.

### *Les termes du débat*

Dans le cinquième chapitre, sobrement intitulé « les litiges constitutionnels » (p. 717-916), Guillaume Tusseau présente les termes habituels du débat contentieux devant les juridictions constitutionnelles, dont la mission consiste, le plus souvent, à confronter à certaines normes hiérarchiquement supérieures des actes hiérarchiquement inférieurs qui, pour la plupart, prennent la forme d'actes juridiques. Ainsi reprend-il à son compte l'opposition traditionnelle entre les « normes de référence » du contrôle de constitutionnalité et les actes contrôlés, qui sont souvent normatifs.

Il s'intéresse, d'abord, aux normes sur le fondement desquelles la justice constitutionnelle est rendue. Il évoque, d'une part, les normes constitutionnelles, soit qu'elles reposent sur une disposition expresse de la Constitution, soit que, plus difficilement rattachables à cette dernière – dans l'ordre des valeurs, des coutumes, des principes, de l'esprit, de l'idée de « Constitution invisible » ou des conventions constitutionnelles –, elles manifestent avec éclat le pouvoir créateur du juge constitutionnel. Il précise, d'autre part, la diversité des normes qui, pour n'être pas constitutionnelles, n'en remplissent pas moins une fonction équivalente : certaines sont nationales, supraconstitutionnelles ou infraconstitutionnelles ; d'autres sont supra-

---

<sup>19</sup> Voir G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, Bologna, Bononia University Press, 2009 ; *Id.*, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. 7, 2015, p. 217-244 ; *id.*, « Assouplir la construction des modèles de justice constitutionnelle à la lumière de la question prioritaire de constitutionnalité. Table ronde "Réinterroger les modèles de justice constitutionnelle" », in A. VIDAL-NAQUET, X. MAGNON (dir.), *La QPC, vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle ?*, PUAM, 2020, p. 153-162.

nationales, à l'image du droit religieux, de normes issues de l'ordre juridique international là où les juges constitutionnels exercent un contrôle de conventionnalité (p. 719-788).

S'ensuit une mise en perspective de ce qui est contrôlé dans un tel cadre. Il s'agit d'abord, à l'évidence, d'actes juridiques, d'une grande diversité : qu'ils soient les supports de normes constitutionnelles, d'instruments normatifs tournés vers la révision de la Constitution, de lois organiques, de règlements intérieurs d'organes constitutionnels, notamment parlementaires, de normes législatives ordinaires ou déléguées, de normes internationales, de droit dérivé produit par des institutions supranationales, ou de normes administratives ou juridictionnelles. À quoi s'ajoute, ici et là, le contrôle de l'inaction normative, lorsque le juge constitutionnel sanctionne une inconstitutionnalité par omission. À ces actes et à ces omissions contrôlés par les juges constitutionnels, l'auteur ajoute une diversité de fonctions secondes, qui ne relèvent pas directement du contrôle de constitutionnalité tel qu'il est traditionnellement présenté : le contrôle des élections et de leurs conséquences – opérations électorales, empêchements d'autorités politiques, incompatibilités susceptibles de conduire à une déchéance de leurs mandats, dispositifs de démocratie semi-directe –, le contentieux répressif – destitution d'autorités politiques, constitutionnalité des formations politiques –, les contrôles tournés vers la protection de droits fondamentaux, ceux qui tendent à résoudre des conflits entre organes constitutionnels. Il leur adjoint une diversité de missions moins centrales : initiatives normatives, déchéance de droits fondamentaux, administration du pouvoir judiciaire, destitution de magistrats ordinaires, interprétation authentique de la Constitution, compétences consultatives, mise en jeu de la responsabilité d'autorités politiques (p. 789-916). Ainsi posés les termes du débat contentieux, l'auteur se tourne vers ses modalités.

### *Les modalités du débat*

Consacré à la « procédure constitutionnelle » (p. 917-1141), le sixième chapitre donne tout son sens au sous-titre de l'ouvrage : « une introduction critique au droit processuel constitutionnel ». L'auteur y détaille les dimensions du procès constitutionnel, dans des conditions assez proches de ce à quoi sont aujourd'hui habitués, en France, les spécialistes des procédures civile, pénale, administrative ou constitutionnelle. Sous cette lumière, l'ouvrage peut s'interpréter comme pierre supplémentaire ajoutée à l'édifice de mise en cohérence intellectuelle des procédures juridictionnelles – qui doit beaucoup, ici, aux travaux de Henri Motulsky puis de Serge Guinchard qui s'inscrivaient, contrairement à Guillaume Tusseau, dans une perspective jusnaturaliste<sup>20</sup>.

Est d'abord présentée l'initiative du contrôle opéré par le juge constitutionnel, dans ses modalités variables. L'auteur étudie les propriétés de la saisine, dans une double direction. Celle, d'une part, des circonstances dans lesquelles elle est introduite : son caractère facultatif ou obligatoire, le moment où elle est introduite par rapport à l'entrée en vigueur de la norme faisant l'objet du litige, le délai pendant lequel elle peut être introduite, le moment de la procédure, en particulier lorsqu'elle tend à un contrôle incident, où elle peut intervenir. Celle, d'autre part, des qualités

---

<sup>20</sup> Voir S. GUINCHARD, « La part de la doctrine en procédure civile », *Revue de droit d'Assas*, vol. 3, 2011, p. 73-85 ; S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 2021, p. 1-81.

de son auteur : autorités politiques nationales ou locales, autorités juridictionnelles, autorités indépendantes ou particuliers (p. 919-1005).

Guillaume Tusseau met ensuite en perspective les trois grands moments de la procédure. L'introduction de la demande, d'abord – où il étudie sa recevabilité et son filtrage. Son examen, ensuite – que le contrôle soit « concret » ou « abstrait », quels que soient les pouvoirs d'instruction du juge, la demande donne lieu à une discussion entre parties, encadrée par des règles relatives au débat contradictoire. Enfin, la résolution du litige, où entrent en jeu la composition de la formation de jugement, les règles et pratiques en matière de délibéré et de vote, le délai imposé aux juges pour statuer et les règles relatives à la publication de leurs décisions (p. 1005-1141).

### *Les conséquences du débat*

L'ultime chapitre se concentre sur « la décision constitutionnelle » (p. 1143-1329) – sur l'acte qui, au terme du débat contentieux et de la délibération juridictionnelle, incarne, aux yeux de tous, l'exercice de la justice constitutionnelle.

L'auteur y examine, d'une part, le contenu des décisions. Le spectre large de son analyse le conduit à scruter, dans leur grande diversité, des manières de motiver qu'il rattache à plusieurs types : les styles français, européen, latino-américain et de *common law* (p. 1145-1153). Il y ajoute la question des opinions séparées qui, quoiqu'elles se soient diffusées dans le monde, continuent de susciter des controverses – en mettant en perspective la diversité d'arguments traditionnellement invoqués pour défendre ou rejeter cette pratique (p. 1153-1171). Il s'intéresse ensuite aux types de décisions : avis, décisions classiques, décisions plus atypiques, notamment « interprétatives », recommandations, injonctions et substitutions – formes d'adjonctions par lesquelles le juge se fait législateur (p. 1171-1212). Il s'intéresse, en particulier, à la portée des décisions, en commençant par leurs effets personnels. Classiquement, il distingue celles dont l'effet, *inter partes*, est limité aux parties à la procédure et celles dont l'effet, *erga omnes*, s'étend à l'égard de tous. À l'aune de cette distinction, il présente une diversité de recours – plaintes constitutionnelles, recours *a priori*, recours directs *a posteriori* abstraits et questions préjudicielles, exceptions d'inconstitutionnalité. Il rappelle à quel point des décisions dont l'effet est en principe cantonné aux parties peuvent, à la faveur d'un attachement *de jure* ou *de facto* aux précédents, acquérir une portée beaucoup plus large – de sorte que le champ d'application personnel des décisions des juges constitutionnels se révèle, selon lui, « variable » et « malléable » (p. 1212-1227). Toujours à propos des effets personnels de ces décisions – en tant que le juge lui-même est le destinataire de précédents qui le lient –, il fait un sort à la question épineuse des revirements de jurisprudence (p. 1227-1234). Dans l'ordre des effets temporels des décisions, question particulièrement importante lorsque les contrôles sont opérés *a posteriori*, il distingue l'effet *ex tunc* de la décision neutralisant la norme contrôlée, à caractère rétroactif, de son effet *ex nunc*, qui ne vaut que pour le futur. Il détaille, enfin, la tendance de certaines juridictions à repousser dans le temps les effets de déclarations d'inconstitutionnalité (p. 1234-1247).

L'auteur étudie, d'autre part, l'exécution des décisions. Cette dernière procède de dispositions normatives, de dialogues entre les institutions, de résistances, de la faculté donner à certains juges de surmonter les éventuelles réticences des destinataires de leurs décisions (p. 1248-1301). L'exécution des décisions soulève, en outre, la difficile question des mesures de rétorsion parfois prises soit à l'encontre de la juridiction constitutionnelle – abolition, modification de sa composition, fournée



de nominations, dégradation de ses compétences, adoption de règles destinées à compliquer la prise de décision en son sein –, soit aux dépens de ses membres – assassinat, menaces physiques, limogeage, destitution, pressions financières et symboliques. S’y ajoutent des mesures plus précises, destinées à neutraliser ou à limiter la portée de son contrôle, qu’il s’agisse d’immuniser une norme contre son contrôle, de bloquer sa décision ou de réitérer une norme qu’elle avait pourtant neutralisée (p. 1247-1329).

## II. ÉVALUATION

Une fois restitué le contenu riche de cet ouvrage, il convient d’en proposer une évaluation critique. Il mérite d’évidentes louanges et appelle quelques réserves.

### A. Des qualités remarquables

À la lecture de ce bref résumé de l’ouvrage de Guillaume Tusseau, on comprend que ce dernier est destiné à marquer la discipline. Au-delà des mérites que les lecteurs de ses précédents écrits connaissaient de longue main – son ouverture vers des cultures juridiques étrangères, la précision et la rigueur de sa démonstration, son attachement à une démarche analytique, soucieuse de ne pas mélanger la présentation d’un phénomène, la plus objective possible, et son évaluation, intellectuellement engagée, son goût pour la déconstruction –, ce traité présente différentes qualités dont trois appellent, en particulier, l’attention.

La première tient à l’entreprise ambitieuse de dogmatique juridique dont il constitue le résultat. En ordonnant la très grande diversité de phénomènes constatés dans une multiplicité de pays, son auteur invite à replacer les questions plus ou moins précises de chaque droit du contentieux constitutionnel national dans un champ plus large, à prendre conscience du caractère relatif de règles auxquelles il s’est habitué – en somme, à décentrer la réflexion sur le contentieux constitutionnel, ce qui ne peut que l’enrichir.

La deuxième qualité de l’ouvrage découle de la richesse des sources auxquelles il donne accès, dans différentes langues. L’ouvrage ne porte pas seulement sur le droit du contentieux constitutionnel dans sa dimension la plus technique : également ouvert aux enseignements de l’histoire et de la science politique, son auteur y compare des cultures juridiques, des analyses doctrinales, des discours, des idéologies, mais également des disciplines, des concepts, des faits et des récits. Sous cette lumière, il constitue un heureux exemple de ce que devraient être les travaux de droit comparé : une forme de théorie du droit<sup>21</sup>, une manière d’enrichir d’une strate supplémentaire la réflexion sur des normes, institutions et pratiques de son État.

Quant à la troisième – et principale – qualité de l’ouvrage, elle correspond simplement à l’ampleur et à la richesse de son spectre. Plus proche, par sa taille, du traité que du manuel ou de l’essai, il vient utilement compléter les publications de taille plus réduite qui offraient déjà au lecteur francophone un aperçu des certaines caractéristiques procédurales de la justice constitutionnelle dans plusieurs États

---

<sup>21</sup> Voir par ex. É. ZOLLER, « Qu’est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, vol. 32, 2000, p. 121-134 ; O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, vol. 53, n° 2, 2001, p. 275-288 ; É. PICARD, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l’Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, p. 173-251.

– en se restreignant souvent à un petit nombre de juridictions, en particulier aux États-Unis, en Allemagne et en Italie. En étendant substantiellement le champ de l’analyse et en cheminant heureusement entre des lieux hétérogènes, Guillaume Tusseau donne toute sa mesure à la globalisation de la justice constitutionnelle, notamment dans une perspective diachronique – qui suscite, sous ce rapport, l’impression d’une accélération depuis quelques décennies.

Son ouverture à des États habituellement moins étudiés le conduit à mettre en lumière des décisions qui, souvent méconnues des constitutionnalistes français, ont pourtant acquis, au-delà de nos frontières, une renommée inattendue, en raison de l’inventivité que les juges y ont manifestée. Pensons, dans l’ordre de la protection des droits et libertés, à la façon dont la jeune Cour constitutionnelle sud-africaine a imposé l’abolition de la peine de mort, au terme d’une décision qui emprunte à des droits étrangers ou supranationaux (p. 421) ou à la manière dont elle a explicitement réécrit une disposition législative jugée discriminatoire à l’encontre des partenaires homosexuels de résidents permanents sud-africains, dont la simple neutralisation aurait eu des conséquences néfastes (p. 1207-1208). Songeons, dans l’ordre des rapports institutionnels, à la façon dont le Tribunal constitutionnel du Pérou, contraint par une loi organique imposant un quorum qui ne lui aurait pas permis de neutraliser la loi sur le fondement de laquelle le président Alberto Fujimori entendait organiser, en méconnaissance de la Constitution, sa réélection, se mue ponctuellement en juridiction « ordinaire » pour se libérer de cette contrainte et écarter, par voie d’exception, l’application de cette loi (p. 1113-1114). Rappelons la façon dont la Cour constitutionnelle colombienne a créé la catégorie d’« état de choses inconstitutionnel » pour sanctionner les défauts de décisions politiques qui, quoiqu’elles ne puissent être rattachées à une disposition normative précise ou à une omission, conduisent à porter atteinte à des droits et libertés (p. 838-839).

Une autre conséquence vertueuse de ce spectre large est l’attention que Guillaume Tusseau porte à des juridictions constitutionnelles qui, dans des États autoritaires ou illibéraux, peuvent jouer un rôle qui n’apparaît pas immédiatement favorable aux libertés ou à la démocratie (v. p. 450-452). En procède l’idée que, de la même manière que le référendum – quoi qu’en pensent certains de ses thuriféraires qui n’ont à l’esprit que ses potentialités libératrices – peut conduire à une dégradation ou à une neutralisation des droits et libertés, la justice constitutionnelle risque, à son tour, d’agir dans un sens équivalent – comme en témoignent certaines décisions récemment rendues par des juridictions constitutionnelles d’Europe de l’Est. En partant d’un arrière-plan processuel commun à ces juridictions constitutionnelles, par-delà l’inclination libérale ou illibérale du régime, il s’attache à mettre au jour une proximité entre des États qui portent des modes disparates d’organisation de la justice constitutionnelle. Ainsi prend-il au sérieux l’ambition positiviste qu’il annonce en ouverture de son ouvrage : non pas justifier ou légitimer une manière de rendre la justice constitutionnelle, mais donner à voir des mouvements qui touchent des régimes aussi bien libéraux qu’illibéraux.

Que l’on ne s’y trompe pas : si la place du Conseil constitutionnel français se trouve évidemment diluée dans cet ouvrage, sa lecture nourrira – indirectement, mais naturellement – les réflexions sur le contentieux constitutionnel français, dans des proportions que ne permettait pas d’atteindre, jusqu’alors, la comparaison avec quelques États européens. La comparaison avec un grand nombre d’États, en effet, invite à prendre de la hauteur. Elle présente, à cet égard, un avantage majeur :

pour paraphraser Jean Jaurès<sup>22</sup>, un peu de comparatisme éloigne peut-être de son droit national et de sa cour constitutionnelle, mais beaucoup de comparatisme y ramène inéluctablement.

## B. Deux réserves

En dépit de ces qualités, l'analyse suscite deux principales réserves.

La première est d'ordre formel. L'auteur intègre au cœur de son développement une série de listes dont l'utilité pour sa démonstration est douteuse, dès lors qu'il choisit de ne pas analyser ses composantes dans le détail : pays classés par durée croissante du mandat des juges constitutionnels (p. 550-551), nombre de leurs membres (p. 660-661), rattachements des dispositions relatives à la juridiction constitutionnelle soit à un titre propre des constitutions nationales, soit à un titre relatif au pouvoir juridictionnel dans son ensemble (p. 599). Régulièrement, après avoir développé un exemple, il fournit ainsi la liste des pays où existent « des dispositions du même ordre » (p. 672, 677). Il n'hésite pas à consacrer de longs passages – sans phrase – à des listes de dispositions constitutionnelles (p. 568-569). Une pratique équivalente pour les décisions de juridictions constitutionnelles (p. 763-764), plus difficile encore à digérer pour le lecteur lorsque des paragraphes entiers sont composés de références brutes à des décisions (p. 1039), suscite les mêmes interrogations. Sans doute est-il utile de connaître, notamment, la liste des pays connaissant le recours d'*amparo* (p. 884), celle des pays disposant d'un contrôle *a priori* (p. 923-924), ou liste des trente-deux pays imposant la publication des décisions de leur juridiction constitutionnelle au journal officiel (p. 1138). Elles pourraient simplement trouver leur place, afin de ne pas alourdir un propos dont la densité intellectuelle se suffit à elle-même, dans un tableau distinct en annexe, en note de bas de page – voire dans une base de données en ligne, ouverte à tous, comparable à celles que proposent aujourd'hui volontiers des économistes<sup>23</sup> ou des juristes<sup>24</sup>.

Ce choix de l'auteur, il faut le reconnaître, présente un avantage : il permet de restituer l'ampleur d'un phénomène et d'inviter le lecteur intéressé par un pays en particulier à faire des recherches. Il a également un inconvénient : ces précisions donnent parfois l'impression qu'il n'a pas souhaité se débarrasser de certains fruits de ses recherches dont il ne tire pas d'enseignement explicite. Le risque est alors de tomber dans des énumérations qui font apparaître, au gré de la lecture, une division profonde entre la première partie de l'ouvrage, riche d'analyses théoriques et de mises en perspective historiques, et sa seconde partie. Cette dernière se révèle finalement assez classique, comme s'il s'était agi d'injecter dans des développements que l'on trouve dans les manuels de contentieux constitutionnels français une grande quantité d'exemples plus ou moins dépaysants – à qui plusieurs centaines de pages sont consacrées –, sans qu'apparaisse toujours explicitement la dimension critique dont se prévaut le sous-titre de l'ouvrage. Sous cette lumière, il

---

<sup>22</sup> « On pourrait presque dire : un peu d'internationalisme éloigne de la patrie ; beaucoup d'internationalisme y ramène. Un peu de patriotisme éloigne de l'Internationale ; beaucoup de patriotisme y ramène » (J. JAURÈS, *L'Armée nouvelle*, in *Œuvres de Jean Jaurès*, Fayard, 2012, t. XIII, p. 418).

<sup>23</sup> Voir par ex. A. V. BANERJEE, E. DUFLO, *Poor Economics. A Radical Rethinking of the Way to Fight Global Poverty*, New York (NY), Public Affairs, 2011 [[economics.mit.edu/faculty/eduflo/pooreconomics](http://economics.mit.edu/faculty/eduflo/pooreconomics)].

<sup>24</sup> Voir par ex. O. A. HATHAWAY, S. J. SHAPIRO, *the Internationalists and Their Plan to Outlaw War*, Londres, Allen Lane, 2017 [« War Manifestos Database », [documents.law.yale.edu/manifestos](http://documents.law.yale.edu/manifestos)].

est permis de s'interroger sur la portée, dans cette seconde partie, des développements théoriques ambitieux préalablement formulés, à propos, notamment, des stratégies argumentatives des juges.

La seconde réserve est d'ordre substantiel. Guillaume Tusseau refuse de ranger les juridictions constitutionnelles dans de grandes catégories – par souci, on l'imagine, de ne pas les essentialiser ou les hiérarchiser, au risque de paraître classer des cultures juridiques. Une cartographie des juridictions constitutionnelles aurait pourtant une vertu pédagogique : elle permettrait au lecteur d'avoir une meilleure conscience du contexte dans lequel évolue une juridiction constitutionnelle évoquée ici ou là dans l'ouvrage. Elle pourrait être aisément justifiée, avec le renfort de précautions relatives au caractère non systématique d'un schéma qui ne prétendrait pas au statut de classification rigoureuse. Elle gagnerait à n'être pas trop grossière, en privilégiant une granularité plus fine que la division en continents ou que l'opposition habituelle entre les cultures juridiques civilistes et de *common law*. Elle supposerait certes d'accepter, dans l'optique de tels modèles, une forme de hiérarchisation. Cette dernière aurait, on l'imagine, l'intérêt de permettre de mieux présenter l'état de la justice constitutionnelle dans le monde, voire de l'expliquer. Or, en l'absence de ces modèles, l'auteur saute, dans de mêmes mouvements démonstratifs, d'une juridiction constitutionnelle à l'autre. Tout en combattant les modèles en général, il propose pourtant une forme de nomenclature. En comparant ce qui peut l'être dans des cours constitutionnelles qui, par ailleurs, peuvent diverger radicalement, il suscite une double impression.

La première est de paraître tomber dans le piège des mots. En assimilant des dispositions constitutionnelles en vigueur dans un grand nombre de pays sans relativiser ou justifier – explicitement du moins – les rapprochements qu'il opère, il fait peser sur sa démonstration un soupçon, tant on sait que la simple lecture d'un texte constitutionnel ne suffit à comprendre une Constitution. Non pas qu'il soit dénué d'intérêt d'évoquer la justice constitutionnelle au Tadjikistan, au Kirghizistan ou au Bouthan, mais une question se pose – comme pour toute entreprise, sans doute, de comparaison d'un grand nombre d'ordres juridiques : la comparaison peut-elle être sérieuse sans une connaissance des cultures juridiques au sein desquelles prennent place les phénomènes étudiés ? Des juridictions constitutionnelles peuvent-elles être rigoureusement appréhendées sans une connaissance précise du contexte institutionnel et politique dans lequel elles exercent leurs compétences ? L'index de l'ouvrage, à cet égard, a de quoi impressionner : chaque juridiction constitutionnelle – à l'instar du Conseil constitutionnel du Kazakhstan – bénéficie de très nombreuses entrées. Dans le détail, cependant, ces dernières renvoient bien souvent à des listes de dispositions constitutionnelles relatives à des questions équivalentes. On est frappé, à cet égard, par une dichotomie. L'auteur laisse paraître sa compréhension fine de certaines traditions juridiques – du côté, notamment, du continent latino-américain. À l'inverse, les développements consacrés à d'autres États – du côté, par exemple, du Caucase –, portent avant tout sur des références au texte de la Constitution, sans qu'apparaisse évidemment une connaissance de leurs cultures juridiques. Sans doute le phénomène est-il partiellement inévitable. Il n'en suscite pas moins certaines interrogations, qu'une présentation liminaire des différences entre les juridictions invoquées permettrait de dissiper au moins en partie.

D'autre part, de façon plus précise, l'auteur ne contribue-t-il pas, dans son ouvrage, à araser des différences entre des cultures juridiques dont il aurait gagné à mieux éclairer les singularités ? On peut certainement comparer, à la lecture des

titres de différentes constitutions consacrées à la justice constitutionnelle, des dispositions techniques sans prendre en considération d'autres paramètres. Sans même poser la question d'une éventuelle hiérarchie entre juridictions constitutionnelles par-delà les frontières, en regard de la façon dont y est rendue la justice constitutionnelle, plusieurs distinctions peuvent être envisagées.

Celle, d'abord, qui oppose intuitivement les démocraties libérales et des États autoritaires où, en dépit de ce que la Constitution peut proclamer des pouvoirs de la juridiction constitutionnelle, cette dernière risque de remplir une fonction d'une tout autre nature. On peut évoquer de conserve ce que les Constitutions soudanaise et allemande prescrivent à leurs cours constitutionnelles respectives. Sans précisions supplémentaires, cependant, le risque n'est-il pas d'en rester à une présentation formaliste qui laisserait dans l'ombre tout ce qui les oppose ?

Une deuxième distinction, ensuite, mérite d'être faite entre les juridictions dotées d'assez d'indépendance pour exercer, dans une configuration institutionnelle et constitutionnelle spécifique, la plénitude de leurs fonctions, et celles qui, du fait de règles juridiques ou de simples usages pratiques, ne sauraient se prévaloir de cette qualité. Des dispositions constitutionnelles formellement comparables peuvent susciter, on l'imagine, des situations qui ne le sont guère. Ainsi nombre de lecteurs apprendront-ils que l'attribution, de droit, de la fonction de juge constitutionnel aux anciens chefs de l'État n'a eu les faveurs – au-delà de la France et de quelques pays d'Afrique subsaharienne qui se sont inspirés du Conseil constitutionnel français – que du constituant kazakh. Or, on se demande ce que la présence, depuis 2019, de Nursultan Nazarbayev au Conseil constitutionnel kazakh – dans des conditions qu'on imagine originales puisque l'homme avait auparavant présidé le pays, de manière autoritaire, pendant trois décennies – a d'analogie avec le statut – sans grande portée en l'occurrence – que la Constitution de 1958 reconnaît aujourd'hui, sous ce rapport, à Nicolas Sarkozy et à François Hollande. Les dispositions textuelles sont certes similaires. On doute cependant que leur signification juridique et politique le soit également.

En l'absence de telles distinctions, la seconde partie de l'ouvrage ne permet finalement pas, autant que cela aurait été souhaitable, de répondre à des questions essentielles. À quoi sert la justice constitutionnelle ? Dans quels cadres politiques et institutionnels peut-elle se déployer ? Quelles distinctions doivent être faites au sein même de grandes catégories d'États, dès lors qu'on imagine par exemple que la Hongrie, la Turquie et le Venezuela méritent, sous ce rapport, d'être distingués ? Toujours soucieux de déconstruire les modèles de justice constitutionnelle, Guillaume Tusseau n'offre pas, dans cet ouvrage, la « reconstruction » annoncée il y a plus de dix ans, au risque de se priver ici de facteurs explicatifs, en privilégiant avant tout la description.

En somme, on le comprend, l'ouvrage gagnerait, en dépit de son épaisseur, à s'enrichir d'une cartographie des juridictions constitutionnelles dans le monde. L'ouvrage se prémunirait alors contre le risque que le lecteur éprouve le sentiment que ces institutions, ainsi que les dispositions normatives qui fondent leurs compétences, sont finalement fongibles du point de vue de son argumentation, qu'elles se valent toutes. À moins que l'auteur ne cherche, au fond, à établir que, par-delà la comparaison entre cours constitutionnelles de traditions juridiques radicalement différentes, il existe une sorte de « fond commun » de principes généraux transnationaux en matière de justice constitutionnelle justifiant qu'elles soient – au moins le temps de son analyse – mises sur un pied d'égalité. Faute de mieux mettre en valeur ce qui les distingue, l'auteur laisse finalement planer un doute, malgré ses

explications initiales, sur la possibilité, les conditions et l'objectif de cette comparaison.

\*  
\*\*

En dépit de ces réserves, qui ne sauraient tempérer les louanges qui les précèdent, il ne fait pas de doute que l'ouvrage de Guillaume Tusseau constitue un jalon important dans la réflexion sur le contentieux constitutionnel et qu'il mérite, à ce titre, de trouver sa place dans la bibliothèque des constitutionnalistes, des spécialistes de droit processuel et de tous ceux qui s'intéressent à l'analyse transnationale des systèmes juridiques. En décentrant ainsi la compréhension commune de la justice constitutionnelle, il a ouvert ici de nombreuses pistes de recherche et de réflexion qu'il revient désormais à la doctrine d'explorer. De tout cela, la collectivité des juristes ne peut que lui savoir gré.

### **Julien Jeanneney**

| Professeur de droit à l'Université de Strasbourg.

#### COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)