

sement des conflits. Dans la mesure où la solution des litiges ne sera pas la même selon que tel juge ou tel autre juge en décide, il est naturel de se demander en vertu de quoi et par qui le titulaire de la fonction est choisi.

Or les réponses généralement données à la question de la légitimité du juge constitutionnel ne sont pas satisfaisantes. Les thèses en présence, quel que soit par ailleurs leur argumentaire, ont en commun de justifier ce qui existe. Elles constituent moins des théories de la légitimité que des discours de légitimation, car, postulant la première, elles se bornent à mettre en œuvre des arguments théoriques en faveur de la seconde. Mais la notion de légitimité ne saurait avoir de sens que par opposition à son contraire. Une théorie de la légitimité suppose donc la définition de critères, et de critères dont on peut établir l'absence dans tous les cas où ils sont effectivement absents. Il n'y a pas de légitimité si l'illégitimité — en l'espèce, de tel ou tel juge, ou de tel ou tel jugement — ne peut pas être démontrée à l'intérieur de la théorie. Si donc l'on pose que les juges constitutionnels sont des représentants, il faut déterminer comment ils le sont et ce qui pourrait établir qu'ils ne jouissent pas, ou plus, de cette qualité — dans le cas contraire tout pouvoir de fait, participant de telle ou telle manière à l'établissement de la norme, serait un représentant. Si l'on pose que le juge se justifie par la qualité de sa jurisprudence, il faut déterminer qui a qualité pour définir cette qualité et par quelle procédure un juge qui produirait une jurisprudence sans qualité pourrait être disqualifié. Or ces exigences minimales ne sont pas, autant qu'il semble, satisfaites.

Ce contrat de carence est un résultat en soi. Que la difficulté soit soluble ou pas ne change rien au fait qu'elle n'est pas résolue. On peut toutefois se demander dans quelle direction il faudrait chercher des critères de légitimité pour la justice constitutionnelle. La question est éminemment délicate et ne saurait recevoir une réponse simple. On risquera cependant une hypothèse : la volonté de nier la dimension politique de la justice constitutionnelle ne disqualifie pas la justice constitutionnelle — celle-ci peut fonctionner, à l'instar de beaucoup d'autres choses, comme pur fait — mais elle rend insoluble la question de sa légitimité. Car on ne parviendra jamais à couper les liens structurels qui unissent la politique à la justice constitutionnelle. Tous les artifices utilisés pour les masquer aboutissent finalement à les mettre en lumière. La justice constitutionnelle, hybride par nature, doit au contraire assumer ce caractère. L'idée qu'elle sera d'autant plus satisfaisante qu'elle sera plus éloignée de la réalité politique et sociale, qu'elle sera plus étrangère aux sentiments de la majorité des citoyens, qu'elle sera plus réservée à une élite autodésignée, est une illusion dangereuse. Certes le choix des juges doit respecter des critères de compétence et de moralité. Il doit être mis à l'abri des emballements de la conjoncture. En revanche il est mauvais de couper tout lien entre ce recrutement et les élus du peuple.

Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique

Luc Heuschling

INTRODUCTION

Le droit est constitué non seulement des textes du droit positif, mais encore de *présupposés théoriques*, d'ordre culturel, politique, intellectuel, etc., qui en forment le contexte et le sous-jacent, et qui influent — surtout lorsqu'ils relèvent de l'ordre de *la pensée* le droit. Le droit est le fruit de la lecture de ces textes opérée à partir et à la lumière des divers savoirs sur le droit présents au sein d'une société et, en particulier, — à mesure de l'ascendant qu'elle exerce sur les acteurs du système juridique — du savoir à prérention scientifique recueilli et véhiculé par la doctrine¹. Un exemple paradigmatique d'une telle « construction intellectuelle » (Gény) venant se greffer sur le droit positif, est la distinction théorique entre justice constitutionnelle et justice ordinaire.

Il s'agit ici d'interpeller ce *binôme*, d'en sonder les origines, les fonctions et l'impact, et de mesurer son apport scientifique à une meilleure intelligibilité de l'objet « justice constitutionnelle ». Le but de la présente étude est de réfléchir sur le concept de « justice constitutionnelle » à travers son articulation avec le concept de la justice dite « ordinaire », comme si ce détour permettrait de mieux saisir en creux — par opposition — sa nature profonde. Le titre du sujet suggère, dans le sillage des idées défendues notamment par Louis Favoreu, que, dans un système où il

1. Sur la pluralité des savoirs juridiques, v. Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, 1^{re} éd., Dalloz, 2002, spéc. p. 13. Sur l'identité et le rôle de la doctrine en France, v. Ph. Jestaz & Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004.

existe une cour constitutionnelle², la mise en perspective de la justice constitutionnelle avec la justice ordinaire est une *distinction structurante*, car fondamentalement discriminante, qui permettrait d'appréhender l'un et l'autre ainsi que leur lien ou, plutôt, leur absence de lien. De là découlerait une *classification* parfaitement logique et exhaustive des différentes prérogatives juridictionnelles, dont chacune — on pense à la question de l'article 55 de la Constitution — relèverait soit de l'une soit de l'autre catégorie.

La distinction entre justice constitutionnelle et justice ordinaire est complexe. Elle l'est tout d'abord à cause de l'enchèvement des questions. Sous ce binôme se trouvent agrégés, en un véritable champ problématique à géométrie variable, une multitude d'enjeux théoriques, dogmatiques et pédagogiques³, lesquels de surcroît ne se recoupent pas entièrement d'un pays à l'autre. Une certaine prudence

2. On estime en général que la distinction justice constitutionnelle-justice ordinaire n'a point de sens dans les systèmes à contrôle de constitutionnalité diffus (v. C. Grewe & H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 70; L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, 2^e éd., PUF, 1992, p. 5). Or, si dans ces pays les deux types de contentieux ne sont pas différenciés d'un point de vue *organique*, ils pourraient l'être d'un point de vue *fonctionnel*. Ne dit-on pas qu'interpréter une Constitution est un exercice de nature essentiellement différente, car politique (ou plus politique), que d'interpréter une loi ou un règlement dont le contenu serait plus précis et technique? Comme le disait le préteur une loi ou un règlement dont le contenu serait plus précis et technique? Comme le disait la Cour suprême des États-Unis : « We must never forget that it is a Constitution we are expounding » (McCulloch v. Maryland 17 US 316 (1819)). V. E.-W. Böckenförde, « Die Eigenart des Staatsrechts und die Staatsrechtswissenschaft », in *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2^e éd., Frankfurt, Suhrkamp, 1992, spéc. p. 13 sq. Si la première variante de l'argument est fautive (le mythe du juge bouche de la loi, du *Paragrafenautomat*), la seconde (l'interprétation de la loi comme acte moins politique) mériterait d'être approfondie. Historiquement, l'argument a servi à deux causes opposées : 1^o la légitimation de méthodes d'interprétation propres à la matière et à la justice constitutionnelles; 2^o le discredit de l'idée même de « justice » constitutionnelle qui n'en a que l'apparence (v. J.P. Müller, « Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen — Schweiz », *VVDStRL*, n° 39, 1981, p. 59; H. Triebel, « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit », *VVDStRL*, n° 5, 1929, p. 8). N'étant pas au cœur du débat hexagonal, l'argument ne sera pas repris ici.

3. Dont voici une liste, non exhaustive, fondée sur les droits français et allemand : 1^o Le concept même de juge inclut-il intrinsèquement le droit de vérifier la conformité des lois à la Constitution? 2^o Au sein de la Constitution, le statut de la Cour constitutionnelle doit-il figurer dans le titre consacré au pouvoir judiciaire ou dans un titre spécial? La Cour est-elle une composante du troisième pouvoir ou incarne-t-elle un quatrième pouvoir? 3^o Existe-t-il une définition objective du contentieux constitutionnel à laquelle le quartisme pourrait se contenter de renvoyer, sans passer par une énumération, à l'instar des clauses générales de compétence existant, en droit allemand, au profit des juges judiciaires et administratifs? 4^o Les principes généraux régissant la justice ordinaire s'appliquent-ils également à la justice constitutionnelle ou s'agit-il d'une justice spéciale, extraordinaire, requérant un régime spécifique? 5^o La création d'une Cour constitutionnelle vaut-elle *ipso facto*, dans le silence du texte de la Constitution, interdiction pour tous les autres juges de contrôler, par voie d'exception, la constitutionnalité des lois? En France, l'exception d'inconstitutionnalité peut-elle être introduite par un simple revirement de jurisprudence de la part de la Cour de cassation et/ou du Conseil d'État? 6^o Le contrôle de conventionnalité des lois incombe-t-il, de par sa nature, aux juges ordinaires, au seul Conseil constitutionnel ou, au contraire, lors incombent-ils, en droit allemand, le pouvoir de contrôle de la Cour constitutionnelle à tous les juges? 7^o Jusqu'où s'étend, en droit allemand, le pouvoir d'une décision de juridiction fédérale lorsqu'elle est saisie d'un recours constitutionnel à l'encontre d'une décision d'une juridiction ordinaire suprême (*Urteilsverfassungsbekundung*)? On se situe la frontière entre « droit constitutionnel spécial » et « droit ordinaire », entre recours constitutionnel et recours en cassation? 8^o L'exposé doctrinal du contentieux constitutionnel doit-il inclure les justices électorales et politiques? Quel concept de justice constitutionnelle convient-il de retenir pour effectuer une recherche en droit comparé?

s'impose donc à l'égard de toute modélisation à vocation européenne, voire mondiale, qui risque « de faire dire aux ordres juridiques ce qu'ils ne disent pas »⁴. Elle est complexe ensuite à cause des incertitudes des réponses. De quelque côté que l'on aborde ce binôme, un certain flou conceptuel domine : dans un cas il est dû à la surabondance des théories, dans l'autre, à l'inverse, à la relative absence de théorie.

A. DU CÔTÉ DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE : LE RÉGNE DE LA CACOPHONIE

Qui est donc, en France, juge constitutionnel? Sur ce point la richesse des réponses d'un auteur, d'une école ou de la doctrine dans son ensemble — aux avis des « spécialistes du droit constitutionnel » il faut ajouter ceux des « spécialistes du droit administratif et du droit privé », non moins concernés — n'a d'égal que leur caractère contradictoire. En y puisant, un sophiste habile n'aura aucun mal à démontrer une thèse et son contraire, et à arguer qu'en France la qualité de juge constitutionnel doit être reconnue : à un seul juge (le Conseil constitutionnel, parce qu'il a le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois⁵, ou, plus surprenant, le Conseil d'État, seul véritable juge en matière constitutionnelle⁶) ; à tous les juges (car tous, ou presque, voient leur existence consacrée dans le texte de la Constitution⁷ ou parce que tous contribuent, à divers titres, à l'application et à la défense de la Constitution) ; à certains juges (la liste, plus ou moins longue selon les auteurs, comprendra outre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, éventuellement⁸ la Cour de cassation⁹, voire la Cour de justice de la République et la Haute Cour¹⁰, sans oublier, pour certains, le Tribunal des conflits¹¹) ; ou, en définitive, à aucun juge¹² étant donné qu'il n'y a pas de juge constitutionnel authentique (le Conseil constitutionnel n'en étant pas un) et qu'il ne *saurait* y en avoir à cause de la nature

4. C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, *op. cit.*, p. 69.

5. L. Favoreu, « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel? », in *Mélanges Aubry, Dalloz*, 1992, p. 121 s. Même conclusion, assez paradoxale, à partir d'un point de départ opposé : F. Rouvillois, *Droit constitutionnel*, t. 2, Flammarion, 2001, p. 260 : si la Cour de cassation et le Conseil d'État statuent sur des questions de droit constitutionnel, ils ne sont pas pour autant des juges constitutionnels.

6. F. Barailler, *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, LGDJ, 1966. Si tout juge interne est appelé à être un juge constitutionnel, de par le fait qu'il applique et interprète la Constitution, seul le Conseil d'État réalise pleinement cette vocation : le Conseil constitutionnel n'est pas un juge et la Cour de cassation a peu de contacts avec le droit constitutionnel.

7. M. Waline, « Elements d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *RDP* 1928, p. 441 sq.

8. V. la circonspection d'É. Zollner, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 1999, p. 189 note 1, alors même qu'elle reconnaît, par ailleurs, la qualité de juge constitutionnel au Conseil d'État (*ibid.*, p. 192 sq.).

9. V., entre autres, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix, PUAM, 1995.

10. F. Terré, *Introduction générale au droit*, 5^e éd., Dalloz, 2000, p. 94.

11. M. Waline, *op. cit.*, p. 442, en référence à M. Hautou (*Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 948, note 1).

12. L'argument est évoqué (et refusé) par V. Bouvier, « La juridiction constitutionnelle », *Droits*, 1989, p. 125.

intrinsèquement politique d'un tel contrôle (le terme de « justice constitutionnelle » n'est qu'un oxymore et celui de « justice ordinaire » un pléonasm).

Derrière ces divergences de qualification transparaissent des divergences de définition. Dans ce débat, on peut — on doit — faire abstraction immédiatement du critère selon lequel est juge constitutionnel tout juge mentionné dans le texte de la Constitution. Ajouté parfois à titre de critère complémentaire¹³, celui-ci est source de confusions car il vise en vérité une autre problématique : celle de l'étendue de la constitutionnalisation du pouvoir juridictionnel. Son enjeu est non le statut de juge constitutionnel, mais le statut constitutionnel du juge. Dès lors, il est possible d'identifier quatre idéaux types de définitions de la justice constitutionnelle : *strictissimo sensu*, *stricte sensu*, *latio sensu* et *latisimo sensu*.

— Au sens le plus strict du terme, la justice constitutionnelle s'identifie au contrôle de la constitutionnalité des lois¹⁴. Trois paramètres délimitent son champ : 1° la norme de référence, qui est la Constitution ; 2° l'objet du contrôle : la loi ; 3° la sanction du contrôle, à savoir l'annulation et/ou la non-application de la norme inférieure. Il en découle une double exclusion, à l'extérieur et à l'intérieur du prétoire des cours constitutionnelles. D'une part, tous les juges autres que la cour constitutionnelle relèvent de la catégorie des juges ordinaires en ce qu'ils ne font qu'appliquer la loi : ils ne peuvent que l'appliquer — toute censure de la loi leur est interdite — et, second aspect (moins mis en avant), ils ne peuvent appliquer, et interpréter, que la loi, l'accès à la Constitution étant obstrué par les lois qui font écran. Là où le juge ordinaire n'est que la « bouche de la loi » — il est « juge de la légalité » —, le juge constitutionnel est lui la « bouche de la Constitution », il est « juge de la constitutionnalité »¹⁵. D'autre part, au sein même des prérogatives de la Cour constitutionnelle est opérée une exclusion à l'égard des contentieux électoral et politique. Étrangers à l'essence de la justice constitutionnelle, ceux-ci font l'objet tantôt de stratégies de hiérarchisation — ce ne sont que des fonctions « accessoires »¹⁶ — tantôt de visées d'exclusion : ces fonctions devraient logiquement relever d'une autre juridiction¹⁷.

13. Il n'est pas étranger à la position de L. Favoreu. Lire *Les Cours constitutionnelles*, op. cit., p. 17 : « Toute institution dont l'existence, le fonctionnement ou les attributions risquent d'être remis en cause par le législateur ou par le gouvernement ne peut être considérée comme une Cour constitutionnelle, ni d'ailleurs de manière générale, comme une juridiction constitutionnelle » (souligné par nous).

14. G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, réimp. de la 1^{re} éd. (1949), Dalloz, 2002, p. 551 ; L. Favoreu, P. Galat, R. Chevovantian, J.-L. Mestre, O. Petersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Dalloz, 2003, p. 197 ; D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3^e éd., Monchrestien, 1998.

15. J. Massot in *La Cour de cassation et la Constitution...*, p. 275. Très explicite en ce sens : J. Gicquel, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité de la loi au XX^e siècle », in D. Chagnolland (sous la dir. de), *Actes originaux du contrôle de constitutionnalité XVIII-XX^e siècle*, Éditions Pantheon-Asses, 2003, p. 194.

16. E. Fritschbahn, « Verfassungsgerichtsbarkeit », *Jura*, 1982, p. 510 sq. ; L. Favoreu, *Les Cours...*, p. 18.

17. Contre le mélange de la justice politique et de la justice constitutionnelle : L. Favoreu et al., op. cit., p. 234, n° 328. L'exclusion frappant la justice électorale se situe plutôt sur le plan pédagogique. V. B. Mathieu & M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 5 note 11 et p. 7 s.

— Au sens strict, la justice constitutionnelle regroupe l'ensemble des attributions des cours constitutionnelles¹⁸.

— Au sens large, la fonction de justice constitutionnelle englobe tous les contentieux où un juge, quel qu'il soit, est amené à appliquer et à interpréter immédiatement des dispositions du texte de la Constitution¹⁹. Le critère de délimitation du contentieux constitutionnel réside ici dans la seule référence à la Constitution, au sens formel, dont la suprématie est garantie par des mécanismes juridictionnels de nature diverse à l'égard de divers types d'actes (lois, traités, actes administratifs, jugements, contrats, etc.).

— Au sens le plus large, relève de la justice constitutionnelle toutes les procédures juridictionnelles portant sur la matière constitutionnelle²⁰. Ici le concept de constitution est pris au sens matériel : en conséquence, tout juge qui garantit les droits de l'homme, quelle qu'en soit la source formelle (Convention européenne des droits de l'homme, principes généraux du droit, etc.), ou qui statue sur les litiges entre pouvoirs publics suprêmes, peu importe le rang des règles applicables, est qualifié de juge constitutionnel.

B. DU CÔTÉ DE LA JUSTICE ORDINAIRE : LE RELATIF SILENCE DE LA DOCTRINE

Alors que le concept de justice constitutionnelle, tiraillé entre ses diverses acceptations, est au cœur d'un débat animé, celui de justice ordinaire suscite assez peu l'intérêt des auteurs. Non point que le concept soit d'une simplicité évidente ! À le sonder, il apparaît au contraire qu'il est assez malaisé de se faire une idée exacte, positive et surtout systématique de ce qu'est, d'un point de vue fonctionnel, la « justice » dite « ordinaire ». Les interrogations à son sujet naissent d'ailleurs tant de l'adjectif que du substantif.

Pourquoi l'adjectif « ordinaire » ? Sa présence, à y réfléchir, est assez énigmatique et ce à au moins deux égards. D'une part, le terme « juridictions ordinaires » renvoie traditionnellement en France, comme d'ailleurs en Allemagne où l'on parle des « *ordentliche Gerichte* », au seul ordre des juridictions civiles et pénales²¹. Les juri-

18. L. Favoreu et al., op. cit., p. 198 ; D. Rousseau, *Droit des contentieux constitutionnel*, 6^e éd., Montchrestien, 2001.

19. G. Drego, « Justice constitutionnelle », *Droits*, 2001, p. 119 ; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996, p. 3.

20. F. Bailliet, op. cit. ; D. Maus, « La notion de contentieux constitutionnel sous la V^e République », *Rev. polit. & part.*, 1980, p. 26 sq. En Allemagne, v. H. Triebel, op. cit., p. 5 (« La justice constitutionnelle est une justice relative à la Constitution matérielle »). On en trouve également un lointain écho dans certaines formules d'Ulrich Scheuner (« contentieux portant sur les questions de la vie constitutionnelle » ; cité par K. Schleich & S. Koriogh, *Das Bundesverfassungsgericht*, 6^e éd., Munich, Beck, 2004, p. 8) ou de Theodor Maurer (« la résolution de questions constitutionnelles à travers une procédure juridictionnelle » ; cité par E. Benda, « Verfassungsgerichtsbarkeit », *Staats-Lexikon*, 7^e éd., Heider, Fribourg, t. 5, 1989, col. 643).

21. V. par ex. G. Vedel, op. cit., p. 539. Outre-Rhin, ce concept a même valeur de droit positif (v. Part. 95 al. 1^{er} LF).

dictions administratives s'en trouvent exclues alors que, dans le débat qui est le nôtre, elles en font partie. Aussi, afin d'éviter toute confusion, la doctrine allemande préfère-t-elle, depuis les années 1970, se servir dans ce débat du néologisme de « *Fachgericht* » forgé par la Cour constitutionnelle fédérale²². D'autre part, à supposer que le binôme reflète l'opposition entre deux justices ainsi qu'il est communément argué, le terme « ordinaire » est mal choisi : ce n'est pas à cet adjectif-là que l'on songerait spontanément en cherchant l'antonyme de « constitutionnel ». Soit on pense, si l'on se place dans une perspective *horizontale* (le droit constitutionnel par rapport aux autres branches du droit), aux adjectifs « administratif », « civil », « pénal », etc. Soit on se réfère, en adoptant cette fois-ci une perspective *verticale* (celle de la hiérarchie des normes), à l'adjectif « infraconstitutionnel ». Que veut dire alors « justice ordinaire » : est-ce la simple addition des justices civile et administrative (1^{re} perspective) ou est-ce la justice portant sur le droit infraconstitutionnel (2^{de} perspective) ? A fortiori, qu'est-ce que le « droit ordinaire »²³, ce droit que les Allemands appellent le « *enifache Recht* »²⁴ ? En effet, si l'on admet que la justice constitutionnelle a trait au droit constitutionnel, il est logique, par analogie, que la justice dite « ordinaire » ait trait au « droit ordinaire ».

Le syntagme suscite également des interrogations eu égard au substantif. Autant la notion de « juge ordinaire » évoque dans l'esprit du juriste français une image, une réalité *institutionnelle* (celle des diverses juridictions judiciaires et administratives), autant la notion *fonctionnelle* ou *matérielle* de « justice ordinaire » suscite assez peu d'échos. Ainsi, dans les divers dictionnaires juridiques, on ne trouve nulle entrée « justice (ou juge) ordinaire », ni même un simple renvoi dans l'index²⁵. Le terme est également ignoré dans les ouvrages portant sur l'introduction générale au droit et sur les institutions judiciaires (*latu sensu*), alors même que leurs auteurs auraient pu, éventuellement, s'en servir pour subsumer sous un concept unificateur les justices civile, administrative, pénale, etc.²⁷ Plus curieux : le concept n'est guère plus

tion... p. 73.

22. V. K. Schleich & S. Koriath, *op. cit.*, p. 18 s. « *Fach* » signifie, au sens premier, compartiment, tiroir (d'une armoire), et au sens figuré, branche, spécialité, discipline, matière. Les « *Fachgerichte* » sont donc les juridictions des différentes branches du droit, des divers ordres juridictionnels spécialisés dans un domaine. Il faudrait donc traduire littéralement « *Fachgericht* » en français par « juridictions spécialisées », là où l'on parle, en droit français, des juridictions... ordinaires !

23. Une première (rare) occurrence de ce terme : M. Jol in *La Cour de cassation et la Constitution*... p. 73.

24. V. le n° 61 (2002) des *WDSRL* (« *Verfassungsrecht und einfache Recht. Verfassungsgeschichte und Fachgerichtsbarkeit* ») avec les contributions de R. Alexy, P. Kunig, W. Heun, G. Hermes.

25. V. *Dictionnaire constitutionnel* (1992 ; v. p. 558), *Vocabulaire juridique* (éd. 2003 ; v. « ordinaire ») *Dictionnaire de la culture juridique* (2003), *Lexique des termes juridiques* (13^e éd., 2001), *Dictionnaire de la justice* (2004).

26. V. E. Terre, *op. cit.* Le terme ne figure ni dans la table des matières ni dans l'index. V. tout au plus p. 187.

27. V. par ex. R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 10^e éd., Monchrestien, 2002 où le terme « juridictions ordinaires » est absent. Certains spécialistes s'en servent, mais dans des contextes et avec des sens très différents. V. J.-J. Taisne, *Institutions judiciaires*, 8^e éd., Dalloz, 2002, p. 19 ss ; M.-L. Kassat, *La justice en France*, 3^e éd., PUF coll. « Que sais-je ? », 1991, p. 35 sq.

approfondi par ceux-là mêmes qui ont érigé le binôme « justice constitutionnelle-justice ordinaire » en *summa divisio*. Ainsi le manuel coordonné par L. Favoreu contient seulement une définition négative implicite : la justice ordinaire n'est pas justice constitutionnelle ; le juge ordinaire ne peut pas vérifier la conformité de la loi à la Constitution²⁸. Mais il n'y a nul paragraphe définissant de façon explicite et surtout *synthétique* ce en quoi consiste positivement la fonction de justice ordinaire. Certes, à l'occasion de l'étude des deux débats dans lesquels surgit habituellement en France la référence à la « justice ordinaire » — le contrôle de la constitutionnalité des lois et le contrôle de la conventionnalité —, on trouve des éléments de définition ; mais il ne s'agit là que de définitions fragmentaires, partielles, qui ne font jamais l'objet d'une synthèse²⁹. Loin d'être fortuite, cette dispersion de l'exposé doctrinal reflète l'éclatement au fond d'un concept à double visage (« concept-Janus »).

À la lumière de toutes ces questions apparaît la nature problématique du binôme « justice constitutionnelle — justice ordinaire ». Celui-ci est d'origine théorique ou doctrinale. Si certains de ses éléments figurent dans le droit positif (les articles 61 et suivants de la Constitution), en revanche la distinction *en tant que telle* n'est consacrée ni dans le texte de la Constitution de 1958, ni dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel³⁰. S'agissant d'une distinction véhiculée par un certain savoir doctrinal, du reste contesté et concurrencé, une analyse d'ordre épistémologique au sens que lui donne Christian Aïas s'impose. « Il y a dans le savoir scientifique, sinon des faiblesses, au moins des affirmations dont les savants ne paraissent guère douter et qui ne sont pourtant pas à l'abri de la discussion. L'épistémologie pose des questions qui jalonnent en quelque sorte le chemin parcouru dans la constitution et le développement d'un savoir »³¹. Métrédiscours à envergure psychanalytique³², l'épistémologie juridique se donne pour objet de penser la pensée qui pense le droit, et de mettre à jour les zones obscures — l'impensé — et les failles de l'appareil conceptuel utilisé par les juristes et les juristes scientifiques en particulier.

Appliquée au binôme « justice constitutionnelle-justice ordinaire », l'approche épistémologique prend une double dimension : elle est d'abord *descriptive* et *rétrospective* en ce qu'elle opère un retour en arrière, afin de saisir le sens de cette distinction à travers sa généalogie (I) ; elle est ensuite *critique* en ce qu'elle invite à une prise de recul, afin d'en dégager, à l'aune d'une certaine théorie du droit, les points discutables (II).

28. L. Favoreu *et al.*, *op. cit.*, p. 221 (n° 298 intitulé « Justice constitutionnelle et justice ordinaire »), p. 197 s, n° 253. À noter : le terme justice ordinaire est absent dans l'index. Même constat chez V. Bouvier, *op. cit.*

29. Cfr. la définition précitée avec celle dans L. Favoreu & L. Philip, *Grands décisions du Conseil constitutionnel*, 1^{re} éd., Sirey, 1975, p. 371 ; 12^e éd., 2003, p. 317 nr 21 (décision IV/G).

30. V. *infra*, note 66. En droit allemand, les deux expressions sont consacrées en droit positif. Pour l'une v. H. Berthge, « *Verfassungsrechtigkeiten als Rechtsbegriff* », *Jura*, 1998, p. 529 sq.

31. Ch. Aïas, *op. cit.*, p. 2.

32. Rapprochement déjà opéré par Gaston Bachelard dont le célèbre ouvrage *La formation de l'esprit scientifique* de 1938 porte le sous-titre : *Contribution à une psychanalyse de la connaissance*.

I. D'OÙ NOUS VIENT LA DISTINCTION THÉORIQUE « JUSTICE CONSTITUTIONNELLE-JUSTICE ORDINAIRE » ?

Les concepts ne sont pas des références intemporelles et désincarnées. La réflexion abstraite, aussi bien dans ses mots (le signifiant) que dans son fond (le signifié), s'inscrit dans un contexte, au sens large, sur lequel elle influe mais dont elle épouse également les contours parfois sinueux. Surgissant à un moment donné, en réponse à des interrogations concrètes, elle évolue par la suite au gré des circonstances et surtout des nouvelles interrogations qui se font jour. De là des glissements de sens, des polémiques et un certain brouillage né des incohérences entre les différentes strates de ce processus de sédimentation. Aussi convient-il, pour saisir le(s) sens du binôme « justice constitutionnelle-justice ordinaire », d'adopter une méthodologie à double face, généalogique et fonctionnaliste. Il s'agit de restituer le binôme et dans son histoire et dans ses enjeux, enjeux qui sont ceux du droit français.

Bien que *a priori* la justice ordinaire puisse revendiquer une certaine antériorité historique — le terme « juge ordinaire » date du Moyen Âge et la réalité de la justice civile, pénale et administrative est plus ancienne que le phénomène récent des cours constitutionnelles —, la recherche généalogique se doit de commencer avec le concept de « justice constitutionnelle » (A) qui est au cœur du binôme, qui en est le véritable pivot. C'est sa survenue qui a provoqué la théorisation du binôme et qui a imprimé une inflexion à l'expression, déjà connue dans d'autres débats, de « juge ordinaire » (B).

A. L'ÉMERGENCE DU CONCEPT DE « JUSTICE CONSTITUTIONNELLE »

1. Felix Austria, Kelsen et Charles Eisenmann

Absent sous la plume des grands maîtres du droit public de la III^e République³³, le syntagme « justice constitutionnelle » a été importé dans la doctrine française dans les années 1920, grâce à la thèse d'Eisenmann et au célèbre article de Kelsen dans la *Revue du droit public*³⁴. Son origine est germanique, plus exactement autri-

33. V. Pindex et les pages sur le contrôle de constitutionnalité chez A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, rééd. de la 6^e éd. (1914), éd. Pantheon-Assas, 2001, p. 588 sq.; L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Fontemoing, 1907, p. 654 sq. et *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Boccard, t. 3, 1923, p. 659 sq.; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, rééd. de la 2^e éd. (1929), éd. CNRS, 1965, p. 266 sq.; R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, rééd. de l'éd. de 1920-22, Dalloz, 2004, t. 2, p. 609 sq.; J. Barthelemy & P. Duer, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., Dalloz, 1926, p. 204 sq.

34. Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928; H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP* 1928, p. 197 sq. Une première occurrence (insignifiante) du terme chez R. Tazit, *La Constitution d'Autriche du 1^{er} octobre 1920*, thèse Toulouse, 1925, qui traduit le nom du *Verfassungsgeschichtshof* par « Cour de justice constitutionnelle ».

chienne³⁵. Ce sont la Cour constitutionnelle d'Autriche ainsi que les idées de l'École de Vienne qui ont servi de modèle et de catalyseur au concept de « *Verfassungsgewichtsbekait* », là où les juristes allemands parlaient plutôt, depuis le XIX^e siècle, de « *Staatsgerichtsbekait* » (« justice d'État »). À partir de Weimar, ce dernier terme est peu à peu abandonné au profit de l'expression autrichienne, sans que toutefois la doctrine ne se sentit obligée d'en reprendre les présupposés normativistes.

L'ouvrage d'Eisenmann constitue une étape cruciale dans l'histoire du concept français de justice constitutionnelle. Figure-charnière, il fait le lien entre les idées de Kelsen et nombre de publicistes français qui, sous la V^e République, se réclameront de sa paternité intellectuelle³⁶. Dans sa thèse, Eisenmann développe une *Esquisse d'une théorie juridique de la justice constitutionnelle*³⁷ dont les conclusions si ce n'est les prémisses vont servir de grille pour décoder la nouvelle réalité du Conseil constitutionnel. C'est là que se situent les racines intellectuelles de l'équation si répandue en France : justice constitutionnelle = contrôle de la constitutionnalité des lois. Nonobstant certaines schématisations parfois ahurissantes, que la pensée de Kelsen, plus complexe, vient nuancer ou corriger — il suffit pour s'en convaincre de juxtaposer les deux écrits de 1928 —, l'exposé d'Eisenmann révèle de façon paradigmatique les fondements et les failles de la définition *strictissimo sensu* de la justice constitutionnelle. En cela, et dans les limites de sa représentativité, il révèle les faiblesses de l'École normativiste en général.

2. Le concept *strictissimo sensu* de justice constitutionnelle

La définition avancée de prime abord par Eisenmann est d'apparence large et pourrait même susciter une vaste adhésion. « La justice constitutionnelle — écrit-il — est cette sorte de justice ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles »³⁸. Le point de départ de sa réflexion est le concept de Constitution. Il s'agit là, comme il le note³⁹, du point archimédien de toute réflexion sur la nature et l'étendue de la justice constitutionnelle : selon la définition que l'on retiendra de la Constitution, on aboutira à une acception différente de la justice constitutionnelle. Eisenmann en propose une définition dans laquelle s'imbriquent le critère formel de la rigidité (sont appelées lois constitutionnelles « l'ensemble des règles — dispositions générales ou dispositions individuelles — dont la révision est soumise à une procédure exceptionnelle »⁴⁰) et un certain critère matériel, d'inspiration kelsenienne, selon lequel « au sens matériel, la Constitution est l'ensemble des règles sur

35. H. Triepel, *op. cit.*, p. 5; K. Schlarach & S. Koriath, *op. cit.*, p. 8-9.

36. Lire l'avant-propos de G. Vedel à la réédition de la thèse d'Eisenmann (*Économica-PUM*, 1986) et la postface de L. Favoreu, « La modernité des vues de Ch. Eisenmann sur la justice constitutionnelle » (p. 367 sq.).

37. Ch. Eisenmann, *op. cit.*, 1^{re} éd. de 1928, pp. 1-23.

38. *Ibid.*, p. 1.

39. *Ibid.*, p. 2.

40. *Ibid.*, p. 4-5.

la législation, c'est-à-dire sur la création des normes juridiques générales »⁴¹. Selon Kelsen, la Constitution est en effet « la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques (tribunaux et autorités administratives) »⁴².

De là émerge sous la plume d'Eisenmann (mais moins chez Kelsen) l'image théorique d'une Constitution qui, réglant les conditions formelles et matérielles de production des lois, s'adresse surtout, voire exclusivement au pouvoir législatif. Le fait que la plupart des Constitutions réelles se donnent un objet plus large est passé sous silence⁴³. À lire Eisenmann, on voit apparaître une hiérarchie des normes absolument *linéaire*, où la Constitution prévoit les conditions de production des lois qui, à leur tour, prévoient les conditions d'élaboration des règlements et ainsi de suite. Si cette vision n'est pas représentative de la théorie de Kelsen, qui introduit à ce sujet des nuances, elle l'est néanmoins de la thèse d'Eisenmann. Alors que le maître de la Vienne concède l'existence de discontinuités, exceptions, venant déroger à la hiérarchie paradigmatique formée successivement par la Constitution, les lois et les règlements⁴⁴, son disciple français n'en parle point. Ainsi, lorsque ce dernier est amené à définir le vice d'inconstitutionnalité, il n'envisage que le cas de figure de l'inconstitutionnalité d'une loi, tantôt constitutionnelle ou ordinaire, tantôt nationale ou fédérée, mais toujours loi⁴⁵. Le postulat implicite en est que la Constitution est nécessairement médiatisée par la loi ; par conséquent, la loi seule peut se voir contester sa validité au regard de la Constitution.

Cette lecture est corroborée par sa définition du rôle de la justice constitutionnelle et de son lien avec les autres justices (civile et administrative), point sur lequel ses idées et celles de Kelsen convergent à nouveau. La justice constitutionnelle est une justice comme une autre⁴⁶. Elle est à l'image de la « justice ordinaire » (le terme ne se trouve pas chez Eisenmann) et ne suppose aucune définition spéciale, ne serait-ce, par exemple, à cause d'un pouvoir d'interprétation important (pourrait-entrevu par instants). Ce qui change, c'est l'objet sur lequel porte la fonction juridictionnelle : « Si la justice civile, par exemple, a pour objet les lois civiles, ou la justice administrative les lois administratives, la justice constitutionnelle a pour

objet — cette conclusion par analogie paraît s'imposer — les lois constitutionnelles »⁴⁷. Plus exactement, la finalité de la justice constitutionnelle est « en dernière analyse de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle »⁴⁸.

L'articulation de son rôle par rapport aux autres juges est décrite par Eisenmann comme suit : « De même que le contrôle juridictionnel des décisions — c'est-à-dire des règles individuelles — administratives doit en assurer la conformité aux règles générales qu'elles exécutent ; de même que le contrôle juridictionnel des règlements doit en garantir la conformité aux lois, c'est-à-dire aux normes générales de degré supérieur qui en constituent la base et le cadre ; de même le contentieux constitutionnel doit et doit uniquement sanctionner la conformité d'une catégorie subordonnée de lois à la catégorie supérieure et même suprême dont elle déduit sa validité, assurer la légalité constitutionnelle des lois ordinaires »⁴⁹. Plus synthétique, Kelsen écrit en 1923 dans la *Revue de droit suisse* : « Entre la justice constitutionnelle et la justice administrative il existe une différence théorique fondamentale, qui justifie aussi une différenciation technique des deux fonctions. Il s'agit de la différence entre la constitutionnalité et la simple légalité d'actes juridiques »⁵⁰.

Ainsi, le juge constitutionnel se trouve en dessous de la Constitution et au-dessus du législateur : il applique celle-là à celui-ci. En revanche, les autres juges se situent dans cette vision pyramidale de l'ordre juridique et juridictionnel à un étage inférieur : ils sont en dessous des lois et du législateur, loin de la sphère suprême de la hiérarchie des normes que constitue la sphère de la Constitution. Celle-ci est précisément un *espace sans juge* tant que n'est pas né le phénomène des cours constitutionnelles⁵¹. L'accès à la Constitution est interdit aux tribunaux judiciaires et administratifs à raison de la médiation des lois qui font écran ; ils sont censés se contenter d'appliquer les « lois civiles » et « administratives »⁵². De là il n'est qu'un pas — que la théorie d'Eisenmann invite à franchir — pour penser que les juges n'ont ni l'occasion ni le droit d'interpréter la Constitution : ils appliquent (et interprètent) la loi, ils n'appliquent (et n'interprètent) que la loi⁵³.

47. *Ibid.*, p. 2.

48. *Ibid.*, p. 20.

49. *Ibid.*, p. 21.

50. H. Kelsen, « Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 », ZSR, vol. 42, 1923, p. 186-187.

51. Ch. Eisenmann, *op. cit.*, p. 22 : « La justice constitutionnelle (...) ajoute un nouveau et ultime degré à l'édifice du droit interne, qu'elle couronne » (souligné par nous).

52. *Ibid.*

53. A. Esmein, *op. cit.*, p. 595 : « En Europe (...) l'idée s'est fait recevoir que les tribunaux n'avaient aucunement le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois. (...) Cela revient, au fond, à dire qu'ils ont compétence pour appliquer et interpréter les lois ordinaires ; mais qu'ils n'ont point compétence pour appliquer et interpréter la Constitution ». V. l'article 54 du sénatus-consulte du 16 décembre an X et l'article 27 de la Constitution de 1852 qui attribuent au Sénat le pouvoir de « régler par un sénatus-consulte (...) le sens des articles de la Constitution qui donnent lieu à différentes interprétations ».

41. *Ibid.*, p. 3.

42. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 204.

43. Les droits de l'homme sont évoqués par Kelsen (p. 207), mais il n'en tire aucune conséquence pour le concept de Constitution. De toute manière, il est hostile à la présence d'une déclaration des droits (p. 241). Sur l'ambiguïté d'Eisenmann, v. les précisions de G. Vedel et de L. Favoreu dans la réédition de la thèse de 1928.

44. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 199 sq. Il évoque l'hypothèse de l'inconstitutionnalité d'un règlement ou d'une décision administrative immédiatement subordonnés à la Constitution et même celle d'un traité (p. 206 sq, p. 227 sq.).

45. Ch. Eisenmann, *op. cit.*, p. 12 sq.

46. *Ibid.*, p. 2.

Le concept de « justice constitutionnelle » ainsi défini va progressivement s'imposer dans la doctrine française⁵⁴, alors même qu'il était empiriquement contestable et que, déjà à l'époque, d'autres modèles théoriques, plus larges, avaient été proposés⁵⁵. Son domaine est défini de façon très stricte, à raison d'une double exclusion qui frappe le contrôle de constitutionnalité d'actes autres que la loi (règlements, contrats, décisions de justice, etc.) ainsi que le contentieux électoral et politique⁵⁶.

B. LA CONSTRUCTION DU BINÔME « JUSTICE CONSTITUTIONNELLE-JUSTICE ORDINAIRE »

1. Le nouveau discours des constitutionnalistes sur le « juge ordinaire »

Il y a eu un discours juridique sur le « juge ordinaire » bien avant la naissance du concept de « justice constitutionnelle ». Dès le Moyen Âge, le terme apparaît en droit canonique pour désigner la juridiction exercée de manière stable par les « Ordinaires » (dont les évêques) par opposition à la juridiction *déléguée*⁵⁷. Sous l'Ancien Régime, ce sont à l'inverse des juridictions du roi — celles de droit commun — qui revendiquent ce qualificatif⁵⁸. C'est dans cette lignée que s'inscrit l'usage du mot sous la Révolution : il désigne alors les juridictions judiciaires, ainsi qu'en témoigne l'article 6 du chapitre V du titre III de la Constitution de 1791. Depuis lors le syntagme « juge ordinaire » a été associé à une pluralité de significations plus ou moins proches : il désigne tantôt la totalité des juridictions judiciaires, tantôt seulement une partie d'entre elles avec d'ailleurs, selon les auteurs, des critères de différenciation différents ; l'idée du juge ordinaire est parfois confondue — parfois elle ne l'est pas — avec celle de « juge naturel » ou encore celle de « juge de droit commun » ; son contraire est tantôt le « juge extraordinaire », tantôt le « juge d'exception », tantôt le « juge spécial (ou spécialisé) » ; si, aujourd'hui, le terme est souvent utilisé dans un sens neutre, car descriptif, il a véhiculé aux XVIII^e et XIX^e siècles une forte connotation axiologique, jetant par ricochet l'anathème sur tout juge autre que le juge ordinaire, seul juge authentique : était visé par là, entre autres, le juge administratif⁵⁹.

54. Il est ainsi repris par G. Vedel, *op. cit.*, p. 551 sq.

55. V. J. Barthélemy & P. Ducas, *op. cit.*, p. 210 sq. (le « contrôle de constitutionnalité des actes »).

56. Ch. Eisenmann, *op. cit.*, p. 175, p. 176 sq.; H. Kelsen, « Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit », p. 204 s. La justice électorale relève de la justice administrative, la justice politique de la justice répressive.

57. R. Naz (sous la dir. de), *Dictionnaire de droit canonique*, Lethoux & Aine, t. VII, 1957 (v. « ordinaire », « juridiction »).

58. C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Brunet, nouv. éd. de 1769, t. II, p. 74 s. (v. « juges ordinaires »); J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, 3^e éd., PUF, 2001, p. 45 sq.

59. V. les indications chez J.-L. Mestre, « Données historiques », in *La Cour de cassation et la Constitution*,... p. 42 note 24; G. Vedel, *op. cit.*, p. 539; J.-J. Tassin, *op. cit.*; M.-L. Rasset, *op. cit.*; E. Kern « Rechtspflege, Grundstriches und Übersicht » et « Die ordentliche Gerichtsbarkeit und die Sondergerichtsbarkeit », in G. Anschütz & R. Thoma (sous la dir. de), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, rééd. (1930-32), Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, t. 2, p. 475 sq. et p. 495 sq.

De cette polysémie, les constitutionnalistes ont retenu surtout l'opposition entre juge ordinaire et juge spécial. En droit constitutionnel français, la terminologie du « juge ordinaire » a d'abord, et avant tout, une signification *organique* : elle reflète la face-à-face entre le neuf et l'ancien, entre d'un côté la juridiction spéciale (et nouvellement) créée en matière constitutionnelle et, de l'autre, les juges de l'appareil juridictionnel traditionnel. Pratique, cette acception, qui vise deux blocs d'institutions aux frontières nettement délimitées, est un point de départ qui peut faire l'unanimité entre les auteurs. C'est ce qui explique sans doute aussi pourquoi, de nos jours, la doctrine utilise de plus en plus le vocable « juges ordinaires », mais assez peu celui de « justice ordinaire ».

Le terme « juge ordinaire » figure dès le début du XX^e siècle sous la plume d'Hauriou⁶⁰, d'Eisenmann⁶¹ et de Kelsen⁶². Mais, à part chez Hauriou, il n'y a pas de véritable discours, orchestré et conscient, autour de cette expression. Apparaissant de façon incidente, le terme est en outre rarissime (une seule occurrence chez Eisenmann et Kelsen). Toutefois, chez ces derniers, les idées que d'autres érigeront plus tard, de manière explicite, en concept de « justice ordinaire » et opposeront à la fonction de justice constitutionnelle, sont déjà en germe. C'est à partir des années 1960, et surtout 1970, à l'occasion de deux débats — celui sur le contrôle de la constitutionnalité des lois venant s'ajouter à celui sur le contrôle de la constitutionnalité — que l'expression « juge ordinaire » se fait un peu plus fréquente, que ce soit dans la doctrine⁶³ ou dans des conclusions de commissaires de gouvernement⁶⁴. Le discours est amplifié dans les divers écrits, individuels ou collectifs, du doyen Favoreu qui est le premier à mettre véritablement en exergue le binôme « justice constitutionnelle-juge ordinaire »⁶⁵. Celui-ci vaudrait non seulement pour le droit positif français — qui, pourtant, n'utilise à aucun moment ces deux expressions⁶⁶ —, mais aussi en droit comparé, puisqu'il s'agit d'un élément de la théorie générale de la justice constitutionnelle dans le monde.

60. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 268, p. 270, p. 271, p. 272 note 16, p. 273.

61. Ch. Eisenmann, *op. cit.*, p. 105 : il évoque l'autorité des décisions de la « juridiction constitutionnelle spéciale » à l'égard des décisions d'une « juridiction généralement quelconque », d'un « juge ordinaire ».

62. H. Kelsen, « Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit », p. 191. Dans son article à la RDP, le terme est absent; il y oppose parfois les « juridictions de droit commun » au « juge constitutionnel spécial » (p. 233).

63. V. par ex. note M. L. (= Maurice Lagrange) sous CE, 1^{er} mars 1968 (aff. « Semoules »), D. 1968, p. 289.

64. V. par ex. concl. P. Frydman sur CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicola, Lebon*, 1989, p. 193, 195, 196.

65. V. L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, 1^{er} éd., Dalloz, 1998, p. 211 et p. 235. Auparavant : L. Favoreu & L. Philip, *GDCC*, 1^{er} éd., 1975, p. 368, 369, 371 (DC 15 janvier 1975); L. Favoreu & L. Philip, *Le Conseil constitutionnel*, 1^{er} éd., PUF, 1978, p. 88 et 123; L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, p. 3 sq.

66. Ambigu : GDCC, 12^e éd., p. 315 n^o 17 in fine : l'usage de guillemets suggère la présence d'une citation du Conseil constitutionnel. Or l'expression « juge » ou « justice ordinaire » est absente dans sa jurisprudence et en particulier dans sa décision du 15 janvier 1975. Selon les termes exacts du Conseil (DC 23 juillet 1991; DC 24 juillet 1991), le rôle de veiller à l'application des conventions

De l'adjectif on est ainsi passé insensiblement au substantif, du sens organique à un sens fonctionnel, d'une simple distinction à une véritable opposition.

2. La distinction fonctionnelle « justice constitutionnelle-justice ordinaire »

Le juge constitutionnel et les juges ordinaires ont-ils deux façons de rendre justice ? Existe-t-il une différence de nature, de régime, d'esprit ou autre qui soit telle que l'on puisse parler de deux fonctions différentes ? À ce sujet, il s'agit d'étudier comment les juristes repensent, une fois le concept de « justice constitutionnelle » dégagé, le mot conceptuel de la « justice » (sans adjectif, et dont les fondements remontent jusqu'à Montesquieu) à travers le discours de la justice dite « ordinaire ». Dans l'histoire de ce discours, deux attitudes se sont opposées : celle qui admet en principe cette distinction, quitte à en discuter les détails (b et c), et celle qui la récuse catégoriquement (a).

a. Une distinction niée : le « concept américain de justice ordinaire »

L'un des premiers à conceptualiser de manière forte et originale la fonction de « justice ordinaire » a été Maurice Hauriou. L'enjeu est le contrôle de constitutionnalité des lois : ce pouvoir doit-il, de par sa nature (extraordinaire ?), être réservé à une institution spéciale, érigée en dehors du pouvoir juridictionnel existant, ou cette mission relève-t-elle de l'office de tous les juges ? S'opposant tant au modèle autrichien de justice constitutionnelle concentrée qu'à la tradition révolutionnaire de méfiance à l'égard du pouvoir judiciaire, Hauriou affirme que la « mission naturelle du juge ordinaire est d'interpréter les lois et de régler leurs conflits, même constitutionnels »⁶⁷. Le regard tourné vers les États-Unis, il estime qu'il est de la fonction du juge, en cas de conflit entre deux règles de rang hiérarchique différent, de faire prévaloir la règle supérieure. Selon cette vision, que l'on qualifera de « concept américain de justice ordinaire », la justice ordinaire englobe la justice constitutionnelle : il n'y a pas lieu de les distinguer et par conséquent de penser un binôme, là où il n'y a, en vérité, qu'un monôme.

Le concept ainsi dégagé par Hauriou a une forte fonction normative. Sous la III^e République, les juges, et notamment le Conseil d'État, refusent de s'arroger un tel pouvoir, en se fondant non pas sur une disposition explicite des lois constitutionnelles de 1875 (muettes sur la question), mais sur des considérations de théorie et d'opportunité que le Conseil d'État a résumées dans sa référence assez vague à « l'état actuel du droit public »⁶⁸. Des lors, la théorie du doyen de Toulouse a pour

revient aux « divers organes de l'État dans le cadre de leurs compétences respectives ». Le terme n'apparaît pas non plus dans sa décision du 21 octobre 1988, *Élection du député de la 5^e circonscription du Val d'Oise*.

67. M. Hauriou, *op. cit.*, p. 268.

68. CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi et Dme Condert*, concl. Latoumente, note Eisenmann, D., 1938, 3, p. 1 sq.

enjeu de briser ce carcan intellectuel qui s'est cristallisé au cours de l'histoire — la fameuse « conception française de la séparation des pouvoirs » (Lamaude) — et qui se superpose sur les textes du droit constitutionnel positif⁶⁹. À ses yeux, une autre lecture de ces textes (de leur silence), opérée cette fois-ci à la lumière d'un autre appareil conceptuel — celui de « justice ordinaire » —, était possible, nécessaire et souhaitable. Or, comme l'on sait, ses efforts ont été vains sous la III^e République, ce qui n'a pas empêché l'idée de rebondir par la suite.

b. Une distinction imposée : le « concept puriste ou traditionnel de justice ordinaire »

Le deuxième moment fort de l'histoire du concept de « justice ordinaire », qui est cette fois-ci pensé comme un élément d'un binôme, se situe après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Son enjeu direct est l'article 55. Quel juge est censé (puisqu'il n'en dit rien de façon explicite) appliquer cet article : le Conseil constitutionnel, et lui seul, dans le cadre de l'article 61 (1^{re} option), les juges judiciaires et administratifs (2^e option) ou tous les juges, constitutionnel et ordinaires (3^e option, quasiment jamais envisagée) ? Le juge ordinaire (notamment le Conseil d'État) peut-il faire prévaloir les traités sur les lois, même postérieures, et donc censurer le législateur alors que, traditionnellement, il s'interdit de vérifier la validité des actes du Parlement ? C'est autour de ces questions dogmatiques que se noue la théorisation du binôme « justice ordinaire — justice constitutionnelle ».

Dans ce débat s'affrontent toutefois deux variantes de la distinction : l'une qui est celle que l'on connaît aujourd'hui, et qui s'est imposée avec les jurisprudences *IVG*, *Cafés J. Vabre* et *Nicolo* (*infra*, point c) ; l'autre qui est restée plus à l'ombre, d'une part parce qu'elle ne s'est pas dépeçée dans la formule explicite de « justice ordinaire » — on parle plutôt de la « théorie de la loi écran », alors que, sur le fond, il s'agit bien d'une certaine conception de la justice, de la justice ordinaire, opposée par les juges ordinaires (administratifs) à la justice constitutionnelle — et que, d'autre part, elle a été vaincue et fait dès lors partie du passé. Pourtant cette dernière acception de la justice (ordinaire) est des plus intéressantes du point de vue de la théorie du droit, parce qu'elle illustre comment un présupposé théorique peut, à raison de sa force logique, du poids de l'histoire et/ou des réflexes intellectuels intérieurs par les acteurs du système juridique, venir ôter tout sens à une norme de droit positif, fût-elle constitutionnelle.

69. M. Hauriou, *op. cit.*, p. 281. Les textes érigés en obstacle au contrôle des juges sont soit abrogés (Constitution de 1791), soit ne sont que de simples lois, potentiellement caduques, et ne s'appliquent, au mieux, qu'aux juges judiciaires (Loi des 16-24 août 1790, Code pénal de 1810). Les critiques de Eisenmann quant à l'insuffisance base légale de l'arrêt *Arrighi* sont à ce sujet éloquentes. Même Carré les lois constitutionnelles de 1875, était obligé, à l'appui de l'interdiction, de se réfugier derrière l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et derrière la notion, tout aussi peu positive, de « l'esprit public » (v. L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002, p. 404, note 203).

Cette définition de la justice ordinaire se trouve reproduite sous la plume de Nicole Questiaux, dans ses conclusions sur l'affaire *Fabricants de Semoules de France* de 1968. Le « juge administratif — dit-elle — ne peut ni censurer ni méconnaître une loi »⁷⁰. Cette conception du rôle du juge, qui a tradition en France puisqu'elle remonte jusqu'à la théorie révolutionnaire du juge « bouche de la loi » — c'est pour quoi on la qualifera de concept « traditionnel » ou « puriste » de justice ordinaire —, reste, selon elle, valable sous l'empire de la Constitution de 1958. Le contrôle de constitutionnalité est, de façon explicite, attribué au Conseil constitutionnel, ce qui signifie, de façon implicite, qu'il est interdit à tous les autres juges ; quant au contrôle conventionnalité des lois, il n'est qu'une autre forme de contrôle de constitutionnalité puisqu'il revient à censurer le législateur au regard du seul article 55. Or, selon les écrits doctrinaux du président Odent, qu'elle cite à l'appui de sa démonstration, le « juge n'est pas habilité à faire une hiérarchie entre les lois »⁷¹. Aussi le Conseil d'État décide-t-il de faire prévaloir la norme la plus récente dans le conflit entre traité et loi, quitte à ôter ainsi toute signification à l'article 55 de la Constitution⁷². Le juge privilégie le respect d'un certain concept théorique (celui de justice ordinaire, défini de façon puriste) au détriment de la norme de droit positif, qui est ainsi violée⁷³.

c. Une distinction remodelée : le « concept-janus, ou hybride, de justice ordinaire »

Cette première affirmation de la distinction « justice constitutionnelle — justice ordinaire » sera dépassée par une seconde, dont les traits saillants sont — à l'exception d'un glissement de frontière, gros de désordre théorique — sensiblement les mêmes.

Ainsi, en ce qui concerne la justice constitutionnelle, la nouvelle théorie ne modifie en rien le concept : celui-ci est toujours identifié au pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, voire d'interpréter la Constitution⁷⁴. En revanche, elle

70. Concl. N. Questiaux sur CE, Sect., 1^{er} mars 1968, *Synd. gén. des fabricants de semoules de France*, *ADDA* 1968, p. 238. Lire aussi la reconstruction *a posteriori* de cette thèse dans les conclusions de P. Frydman dans l'affaire *Nicola* (CE, Ass., 20 octobre 1969), *Lebon*, p. 192 s.

71. N. Questiaux, *op. cit.*, p. 238.

72. Ce n'est pas sauver le principe de « suprématie » que d'affirmer qu'il s'applique toujours aux lois antérieures. « La notion de suprématie n'a de sens qu'à l'égard des lois postérieures » (concl. A. Touffait sur Ch. mixte, 24 mai 1975, *Cafés J. Valère*, D., 1975, p. 503). La nier sur ce point ne va nullement à substituer à la perspective verticale, souhaitée par le constituant, une vision simplement horizontale et chronologique.

73. Cpr. F. Luchaire, « Le Conseil d'État et la Constitution », *Rev. adm.*, 1979, p. 141 sq. Contra : P. Frydman, *op. cit.*, p. 192 : Les « fondements théoriques » de la jurisprudence du Conseil « ne résident évidemment pas dans une quelconque contestation du principe même de la supériorité hiérarchique des traités ». Selon lui, ce concept théorique est consacré dans le droit constitutionnel positif : l'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790 s'applique au juge administratif et a « sans aucun doute » valeur constitutionnelle, faisant corps avec le principe de la séparation des pouvoirs. Or, même à admettre l'existence de deux règles constitutionnelles, on voit mal pourquoi la règle générale (la séparation des pouvoirs) devrait l'emporter sur la règle spéciale (l'article 55).

74. Sur ce dernier aspect, v. M. Lagrange, *op. cit.*, p. 289 ; L. Favoreu, « Droit administratif et normes constitutionnelles », in *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 660.

revient sur le classement jusque-là opéré : le contrôle de conventionnalité des lois est qualifié (requalifié, par rapport à l'opinion du Conseil d'État de 1968) de technique étrangère à la justice constitutionnelle ; il est donc rangé dans la catégorie « justice ordinaire »⁷⁵. Fondé sur l'article 55, ce déplacement élargit les prérogatives des juges ordinaires, sans toutefois provoquer en retour un débat sur le concept de « justice ordinaire ». Pourant, son contenu — double — s'est profondément transformé. Au concept traditionnel de justice ordinaire se substitue, en effet, ce que l'on appellera le « concept-janus » ou « hybride » de justice ordinaire. Deux significations cohabitent, en fonction des deux débats couverts par le terme⁷⁶.

La nature des deux fonctions étant, plus ou moins, définie, il restait à préciser la nature du lien entre elles. Sur ce point, il y a continuité d'une variante à l'autre. Justice constitutionnelle et justice ordinaire s'échangent mutuellement. Non seulement les deux fonctions sont distinctes du point de vue analytique, mais en outre elles doivent être séparées du point de vue institutionnel. Il est inconcevable qu'une même prérogative puisse être exercée à la fois par le Conseil constitutionnel et par les juridictions ordinaires⁷⁷. Ce caractère exclusif, ou antithétique, attribué à la distinction (à l'opposition !) « justice constitutionnelle — justice ordinaire » n'est pas neutre : il déploie, au contraire, un effet normatif dont l'importance ressort dans la façon d'interpréter les articles 61 et 55.

Fors de ce postulat, les auteurs en déduisent tout d'abord que l'attribution, par l'article 61, du contrôle de constitutionnalité des lois aux neuf sages du Palais Royal vaut *logiquement* — sans qu'il n'y ait besoin d'un texte explicite, comme c'est le cas à l'étranger⁷⁸ — interdiction de tout contrôle exercé par les juges ordinaires⁷⁹. En conséquence, l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité implique une révision de la Constitution et non un simple *revirement de jurisprudence* de la part des juges ordinaires. C'est pourtant cette dernière voie que prône un courant minoritaire de la doctrine qui, en réfutant le principe même de la distinction théorique entre

75. V. les concl. précitées d'A. Touffait et les GDCC, 12^e éd., p. 311 sq. (décision IVG).

76. On reviendra sur ce point *infra*, (II A. 2.).

77. « La justice constitutionnelle ne se divise pas » (L. Favoreu in *Commentaire* 1986-87, n^o 36, p. 683).

78. Dans les pays les plus représentatifs du modèle européen de justice constitutionnelle, le caractère concurrent de celle-ci est prévu et modulé par une norme explicite de droit positif. Dans la Constitution autrichienne de 1920, l'article 89 alinéa 1^{er} interdisait formellement à tous les « tribunaux » de « vérifier la validité des lois dument promulguées » ; seule la Cour constitutionnelle en était exemptée par l'article 140 alinéa 4. En outre, au début, la Cour ne pouvait être saisie de l'inconstitutionnalité d'une loi que par l'un des gouvernements (art. 140) ; la loi de révision du 7 décembre 1929 étendra le droit de saisie aux seules juridictions suprêmes des deux ordres. En Allemagne, le rôle prééminent, mais pas monopolistique du *Bundesverfassungsgericht* résulte des articles 100 alinéa 1^{er} et 93 alinéa 1^{er} n^o 4a de la Loi fondamentale (v. *infra*). En droit français il n'existe aucun de ces trois types de règle (interdiction explicite — obligation de renvoi préjudiciel — *Urteilsverfassungsschweigen*).

79. V. les concl. précitées de N. Questiaux et B. Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *REDA* 2000, p. 718 et 723. Dominante, cette lecture s'appuie sur l'autorité du fameux cours d'Odent, certains précédents de l'histoire française (Sénat napoléonien) et surtout les intentions des rédacteurs de la Constitution de 1958 (qui toutefois, de jure, n'en sont pas les auteurs). Elle a aussi pour avantage de contourner la jurisprudence traditionnelle.

justice constitutionnelle et justice ordinaire, revient à la position d'un Hauriou. Suivant le modèle américain, la justice est ontologiquement une : le droit positif (l'article 61) a, certes, prévu et réservé le contrôle *par voie d'action* au profit du Conseil constitutionnel, mais il n'a pas été aux juges ordinaires leur droit intrinsèque de vérifier la constitutionnalité des lois *par voie d'exception*.⁸⁰ Le caractère exclusif influe également sur l'interprétation de l'article 55. Selon L. Favoreu et L. Philip, si le Conseil constitutionnel s'était arrogé en 1975 la prérogative de vérifier la constitutionnalité des lois, la compétence des juges ordinaires s'en serait trouvée exclue *ipso facto*.⁸¹ *A fortiori*, à supposer qu'un jour le Conseil constitutionnel décide de revenir sur sa jurisprudence IVG, comme l'y invite une partie de la doctrine actuelle, les juges judiciaire et administratif devraient alors, selon cette logique, abandonner cette prérogative, ce dont on peut, pourrants, quelque peu douter.

Affirmé avec force dans ces deux questions touchant à la répartition des compétences entre juges, le caractère exclusif est moins présent et évident dans d'autres aspects. Ainsi, si le binôme est encore évoqué pour justifier que le Conseil constitutionnel puisse, contrairement au juge ordinaire, statuer *ultra petita*,⁸² l'impression de la similitude entre justice constitutionnelle et justice ordinaire prévaut par ailleurs.⁸³ Ce sont tous ces éléments qui forment le substrat, plus ou moins évolutif, de la distinction théorique « justice constitutionnelle-justice ordinaire ».

II. EN QUOI LA DISTINCTION, DANS SA VERSION CONTEMPORAINE, EST-ELLE CRITIQUABLE ?

Eu égard à la diversité des facettes du binôme « justice constitutionnelle — justice ordinaire », il convient, avant de s'engager dans une démarche critique, d'en préciser l'objet et la méthode. Son objet est la définition du binôme qui associe le concept *strictissimo sensu* de justice constitutionnelle et le « concept-janus » de justice ordinaire. Quoique vivement critiquée, celle-ci reste ancrée de nos jours dans l'esprit de nombre de juristes français. Par ailleurs, l'analyse se focalisera sur la seule dimension descriptive du concept. Ce faisant, on n'ignore point que le binôme a rempli, au gré des auteurs/acteurs et des circonstances, des fonctions non seulement descriptives

80. E. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, 1980, p. 16; M. Duverger, *Le système politique français*, PUF, 1985, p. 462 s.; O. Cöbin, « Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », RFDA 2000, p. 1184 sq.; M. Fromont, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Mélanges Cotac*, Economica, 2001, p. 182 s.; A.-M. Le Pouchier, « *Marbury v. Madison* est-il transposable en France ? », in E. Zoller (sous la dir. de), *Marbury v. Madison* : 1803-2003. Un dialogue franco-américain, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, p. 135 sq. V. déjà, sous l'emprise de la Constitution de 1946 : F. Gény, « De l'inconstitutionnalité des lois », JCF 1947, I, 613.

81. GDCC, 12^e éd., p. 317.

82. L. Favoreu & L. Philip, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 88.

83. V. L. Favoreu et al., op. cit., 6^e éd., p. 236 sq.

(il reflète de façon neutre l'état du droit positif) mais aussi, et parfois surtout, normatives (il sert à agir sur le droit). Pour important qu'il soit, cet aspect politique (idéologique diront d'autres) ne sera pas approfondi ici. Si son contenu peut être apprécié diversément, sa présence en soi ne nous paraît guère contestable, ni du côté des acteurs du système juridique — dont le rôle est de faire vivre le droit : de l'appliquer, mais aussi de le créer⁸⁴ —, ni du côté de la doctrine universitaire, sauf à vouloir imposer à celle-ci une méthodologie exclusivement empirique.⁸⁵

Ainsi, on se contentera de vérifier la valeur *descriptive* et *explicative* du binôme managé par la doctrine universitaire. Or celle-ci est à relativiser. À travers les lunettes de ce cadre conceptuel, un observateur néophyte — le fameux Martien descendu sur terre — aura une image en partie floue ou erronée de la réalité du droit français et du droit étranger. Soit, s'il voit la réalité (parce que le concept lui indique, de façon plus ou moins cohérente, la bonne direction), il ne peut pas s'expliquer ce qu'il voit : il ne comprend pas la réalité (A). Soit il ne voit pas, il ne peut pas voir des pans entiers de la réalité, parce que le concept les occulte (B).

A. UNE RÉALITÉ INEXPLIQUÉE

Si, dans le cadre conceptuel dessiné par la distinction « justice constitutionnelle-justice ordinaire », une certaine réalité n'est pas niée dans son existence, sa raison d'être (le fait de comprendre *pourquoi* elle est telle qu'elle est) échappe à l'entendement. La valeur explicative de la théorie est faible.

1. L'énigme de la pluralité des contenus des cours constitutionnelles

Le contrôle de constitutionnalité des lois n'est *qu'une* prérogative parmi d'autres des cours constitutionnelles. C'est ce qu'admet l'École d'Aix qui passe ainsi⁸⁶, sans autre explication, et au prix d'un certain brouillage conceptuel⁸⁷, du concept *strictissimo sensu*, repris d'Eisenmann, au concept *sensu*. La diversité, parfois dénotante, des différents types de contenus attribués aux cours constitutionnelles soulève la question de l'unité du concept de justice constitutionnelle pris ici, pour l'utilité de la cause, au sens strict. S'agit-il d'un simple label, d'une notion fourre-tout — « *Sammelbezeichnung* » disait Friesenbahn⁸⁸ — ou existe-t-il un dénominateur

84. Même chez Kelsen, l'exigence méthodologique de pureté vise non pas le droit (ceux qui sont dans le système juridique), mais la science du droit. V. H. Kelsen, « Was ist die Reine Rechtslehre ? », in *Demokratie und Rechtsstaat*, Festschrift Z. Glöckner, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1953, p. 152 s.

85. Sur tous ces points, v. L. Heuschling, *État de droit...*, op. cit., spéc. p. 437 sq et p. 426 sq.

86. L. Favoreu et al., op. cit., p. 198 (n° 253 in fine), p. 229 sq.

87. Ainsi, le Conseil constitutionnel, agissant en tant que juge électoral, devra être qualifié à la fois de *juste constitutionnel* (puisqu'il s'agit d'un élément du concept *stricto sensu*) et de *juste ordinaire* (parce qu'il ne peut, à cette occasion, contrôler la constitutionnalité des lois).

88. E. Friesenbahn, « Die Staatsgerichtsbarkeit », in G. Anschütz & R. Thoma, op. cit., t. 2, p. 526 (« concept-falséau »). L'expression qui a fait fureur a servi de déclencheur au débat allemand.

commun ? Cette diversité, constatée et analysée⁸⁹, reste à l'aune de la théorie normative une énigme.

Déjà l'usage courant de la distinction « justice constitutionnelle — justice ordinaire » ne prétend pas répondre à cette question. Son objectif est ailleurs : sa question est de savoir qui, parmi les juges, a, ou n'a pas, le pouvoir de vérifier la conformité des lois à la Constitution. Inexpliquée, la diversité est également inexplicable. Selon Kelsen et Eisenmann, il y a *cohabitation* entre des fonctions distinctes, la Cour étant à tour de rôle juge constitutionnel (contrôle des lois), juge administratif (justice électorale) et juge répressif (justice politique). Le cas du droit français (mais non celui du droit allemand) conforte d'ailleurs cette analyse théorique : tantôt le Conseil constitutionnel est autorisé à contrôler la constitutionnalité des lois (art. 61), tantôt — ainsi lorsqu'il statue en tant que juge électoral (art. 58 et 59) — il ne l'est point⁹⁰. Il n'y a pas d'unité de ce point de vue. Aussi l'attribution aux cours constitutionnelles de ces diverses autres prérogatives, qui, d'ailleurs, dans le passé incombait, selon les pays, tantôt à un organe politique, tantôt à la juridiction judiciaire suprême, tantôt à une juridiction spéciale, ne se justifie-t-elle guère : elle est, au mieux, le fruit du hasard, de la volonté (libre et aléatoire) des constituants et d'un certain mimétisme entre les pays⁹¹.

S'il ne s'agit pas ici d'insuffler à une réalité chaotique une rationalité extrinsèque, on peut néanmoins, selon une autre lecture dont on voudrait esquissier les grandes lignes, dégager une certaine *ratio legis*⁹². La diversité des contentieux des cours constitutionnelles s'explique par la confluence de deux conceptions, formelle et matérielle, de la Constitution, dont chacune a imprimé dans le temps sa marque à la justice constitutionnelle⁹³. La première, formelle, est celle qui identifie la Constitution aux lois constitutionnelles (rigides). La perspective, verticale, reflète la hiérarchie des normes : le droit constitutionnel est le *fondement* du système juridique, le « tronc » d'où partent les différentes branches du droit ; il est distinct du et supérieur au droit infraconstitutionnel (le droit ordinaire). À la justice constitutionnelle de garantir ce lien hiérarchique.

La définition formelle est néanmoins concurrencée par une définition matérielle, la perspective verticale par une perspective horizontale.

Au point de départ de cette seconde approche se trouve une certaine vision de l'univers juridique selon laquelle celui-ci est subdivisé en différentes sphères jur-

89. L. Favoreu *et al.*, *op. cit.*, p. 229 sq. Pour Eisenmann et Kelsen, v. les références *supra*, note 56.

90. Décision du CC du 21 octobre 1988, *Élection du député de la 5^e circonscription du Val d'Oise. Le Bundesverfassungsgericht*, au contraire, a le droit de vérifier à titre incident la validité des lois qu'il est amené à appliquer en tant que juge électoral.

91. Selon Kelsen, « il peut être opportun » d'attribuer ces contentieux à la Cour afin d'éviter une démultiplication de juridictions spéciales (« La garantie... », *op. cit.*, p. 234). L'argument est curieux car, si l'on applique la logique normative en toute rigueur, il suffirait de confier ces contentieux ordinaires aux juridictions ordinaires existantes.

92. Au-delà des considérations conceptuelles, qui seules nous intéressent ici, le choix des constituants est, bien évidemment, aussi guidé par des considérations pratiques et pragmatiques.

93. V. M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, *op. cit.*, p. 3.

diques (« Rechtskreise »⁹⁴). Face à la société civile, le monde politique est un monde à part, en raison à la fois de son objet (l'intérêt général) et de ses acteurs (les gouvernants). Ces sphères étant juxtaposées, chacune d'entre elles dispose d'une certaine autonomie : chacune a ses propres sujets de droit, ses propres règles (le droit privé pour la société, le droit public pour la sphère publique)⁹⁵ et ses propres modes de garantie des règles. Alors que l'effectivité du droit privé est garantie, de l'extérieur, par l'État à travers le juge judiciaire, le droit public s'est doté, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, de garanties spéciales, différentes. D'abord politiques, celles-ci se métamorphosent en se juridictionnalisant sous l'influence d'un droit privé érigé en modèle. Mais, si juge il y a dans la sphère publique, il s'agit, de préférence, d'un juge propre à celle-ci. D'où l'émergence d'un juge spécial d'abord en droit administratif, puis en droit constitutionnel.

Dans ce schéma, le droit constitutionnel est une *branche* du droit parmi d'autres, à côté du droit civil, pénal, etc. Il se compose de l'ensemble des règles s'appliquant à la sphère suprême du politique⁹⁶, quelle qu'en soit la source formelle. Son double objet consiste, d'une part, à mettre en forme le pouvoir de l'État, et notamment d'en organiser les procédures de désignation (par voie d'élections), et, d'autre part, à assigner au pouvoir une certaine finalité axiologique (les droits de l'homme). Le droit électoral, quand bien même il serait inscrit dans de simples lois, se trouve au cœur de la Constitution, ainsi définie, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une démocratie. Quant au contentieux électoral, il se situe, avec le contentieux des droits de l'homme, à l'épicentre de la justice constitutionnelle. Il est donc conforme à la logique (à cette logique) de confier la justice électorale à la Cour constitutionnelle plutôt qu'à un juge administratif ou à un juge spécial.

2. L'énigme de la fonction de « justice ordinaire »

Au sein du binôme « justice constitutionnelle — justice ordinaire », la seconde notion est traitée quelque peu en marâtre par la doctrine actuelle. L'image d'ensemble en est imperceptible ou brouillée, alors même que ses différents éléments constitutifs sont identifiés et étudiés. On sait qui est juge ordinaire ; on sait moins ce qu'il fait.

À dire vrai, même la signification organique du juge ordinaire a vu ses frontières redessinées. Au début, la dichotomie est des plus simples et pratiques : il y a, d'un

94. L'idée des sphères juridiques est dégagée par Eriksenhahn, notamment dans « Über Begriff und Arten der Rechtsprechung », in *Festschrift R. Thoma*, Tübingen, Mohr, 1950, p. 22 sq., spéc. p. 36 sq.

95. Ainsi s'expliquent les tendances, au sein de la doctrine du droit civil au XIX^e siècle, d'ériger les fondements du droit administratif (civil) et, au sein de la doctrine administrative, de chercher la notion formelle (v. la synthèse rétrospective de L. Favoreu, « Droit administratif et normes constitutionnelles », *op. cit.*).

96. Ce qui permet d'esquissier une différenciation entre droit constitutionnel et droit administratif. On écarte ici, pour la clarté du propos, le droit international et le droit pénal.

côté, le Conseil constitutionnel et, de l'autre, les juges administratifs et judiciaires. Cette délimitation est modifiée une fois qu'il apparaît que le Conseil constitutionnel, dans ses fonctions de juge électoral, agit à l'instar de la Cour de cassation et du Conseil d'État comme un juge ordinaire : il peut vérifier, certes, la conventionnalité des lois mais non leur constitutionnalité — prérogative qu'il ne peut exercer que dans le cadre des articles 61, 37 alinéa 2 et 41. Plus complexe, ce nouveau tracé de la signification organique garde néanmoins une unité : quel que soit le débat (celui du contrôle de constitutionnalité ou celui de l'article 55), la ligne de démarcation se situe toujours au même endroit.

À l'inverse, il n'y a plus d'unité théorique si l'on s'attache à la fonction, plutôt : aux fonctions désignées, actuellement, par le terme « justice ordinaire ». Au début, celle-ci existait encore. Le concept dit « traditionnel » de justice ordinaire pouvait se targuer d'une certaine cohérence intellectuelle : de l'axiome selon lequel le juge n'a pas à contester la validité de la loi découlaient, d'une part, — dans le silence du droit positif — l'interdiction de tout contrôle diffus de la constitutionnalité des lois et, d'autre part, — à l'encontre du droit positif — la récusation par le Conseil d'État en 1968 de tout contrôle de la conventionnalité des lois. À ce concept traditionnel, pur, sera substitué, en référence à l'article 55, le « concept-janus », ou hybride, de justice ordinaire : désormais le juge ordinaire est censé à la fois ne pas censurer la loi (contrôle de la constitutionnalité des lois) et censurer la loi (contrôle de la conventionnalité des lois). Le droit positif s'en trouve conforté, au détriment de la cohérence théorique : il y a « malaise »⁹⁷. Des lors, exception faite de certaines métaphores reflétant cette dualité — « le jeu de raquettes »⁹⁸, « les chassés-croisés »⁹⁹ —, la doctrine ne rente plus de décaler une définition synthétique de la justice ordinaire. D'un point de vue prospectif, cette contradiction interne est d'ailleurs susceptible d'engendrer une nouvelle évolution du droit positif que d'aucuns voudraient précipiter : on ne cesse, en effet, de souligner le côté artificiel de cette délimitation, aux effets parfois absurdes, afin de prôner, face à un « droit imparfait », le rétablissement de « l'harmonie des plus belles constructions juridiques »¹⁰⁰. Puisque le juge ordinaire contrôle déjà la conventionnalité des lois, reconnaissons lui aussi le droit de vérifier la constitutionnalité des lois ! Ainsi, à supposer que les juges ordinaires fassent leur cette idée (ce qui n'est pas acquis¹⁰¹), la théorie serait, paraît-il, à nouveau sauvée. On serait alors passé du concept traditionnel de justice ordinaire au concept hybride, pour arriver enfin à un autre concept pur, *i.e.* le concept américain.

97. D. de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998, p. 225 sq.

98. G. Vedel « Rapport de synthèse », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, p. 288.

99. P.-L. Frier, *Précis de droit administratif*, 1^{er} éd., Montchrestien, 2001, p. 57.

100. O. Gohin, *op. cit.*, p. 1188, reprenant une opposition esquissée par R. Laroumèrie (*op. cit.*, p. 7).

101. Cpr. les deux prises de position doctrinales opposées d'Y. Chagny, conseiller à la Cour de cassation, et de B. Genevois, conseiller d'État, in D. Chagnolland (sous la dir. de), *op. cit.*

Or, en vérité, sur ce point, la « beauté conceptuelle » du droit français est définitivement perdue, et ce depuis 1975, voire depuis 1945, lorsque le concept classique de Constitution éclate et voit émigrer un de ses éléments constitutifs — les droits de l'homme — vers la sphère supranationale. Le résultat auquel on aboutirait au mieux, si l'on suivait ces auteurs, serait un *autre mélange* — car mélange il y a déjà — entre, cette fois-ci, un contrôle *a priori* de la validité de la loi exercé par le Conseil constitutionnel au regard de la seule Constitution et un contrôle *a posteriori* exercé par les juges ordinaires au regard à la fois de la Constitution et des traités.

B. UNE RÉALITÉ OCCULTE

L'une des fonctions majeures des concepts est de structurer (d'*informer*) notre connaissance du phénomène juridique. Il s'agit de réduire par des généralisations — les célèbres théories générales¹⁰² — l'infinité richesse et complexité du réel. Le nombre des données de base du droit (textes, décisions de justice, pratiques, analyses doctrinales, etc.) est tel que nul ne peut prétendre en connaître l'intégralité, à plus forte mesure si l'on adopte une perspective historique et/ou comparative. De cette masse, composée d'éléments particuliers et hétéroclites, est censée émerger une vision d'ensemble, s'articulant autour de quelques traits saillants. Indispensables, mais faillibles, les concepts servent à *révéler* la réalité ou, à l'inverse — si le procédé est utilisé à mauvais escient —, à l'*occulter*. De ce point de vue, le concept *strictissimo sensu* de justice constitutionnelle est critiquable dans son application (1), mais aussi, et surtout, dans sa définition (2).

1. Un concept mal appliqué

La critique vise ici non pas le concept en lui-même (que l'on adopte à titre d'hypothèse), mais l'usage qui en est fait dans le travail de *qualification* de la réalité. Les principes du concept *strictissimo sensu* de justice constitutionnelle ont tendance à conclure, à partir de cette prémisse, au caractère concentré de la justice constitutionnelle : celle-ci est réservée en France au Conseil constitutionnel et, dans les divers pays européens, à la Cour constitutionnelle, car eux seuls auraient le droit de vérifier la conformité des lois à la Constitution. Ils en auraient le *monopole*. Or, telle quelle, dans sa généralité nette et tranchante, cette assertion donne une image fautive, car partielle, de la réalité. Elle doit être nuancée tant en droit français qu'en droit comparé.

Si le droit français ne reconnaît pas, en l'état actuel, aux juridictions ordinaires un pouvoir *général* de vérifier la constitutionnalité des lois — ni par voie d'action, ni par voie d'exception —, il existe toutefois des techniques de substitution, qui s'en

102. Lire à ce sujet : Ph. Jestaz & Ch. Jamia, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 147 sq., p. 228 sq.

rapprochent, voire de véritables contrôles de la constitutionnalité des lois, ponc-
tuels, qui ne disent pas leur nom. La liste de ces techniques étant dressée depuis un
certain temps déjà, l'on se contentera d'un bref rappel¹⁰³. On citera, en passant, le
contrôle de la constitutionnalité des lois effectué par le Conseil d'État, dans ses *fonc-
tions consultatives*. Parmi les prérogatives juridictionnelles au sens strict, il faut men-
tionner le contrôle de la conventionnalité des lois : celui-ci n'est pas un contrôle de
la constitutionnalité des lois proprement dit¹⁰⁴. Ses effets sont néanmoins, dans cer-
tains cas, très proches, ce qui autorise à parler, non pas d'*identité*, mais de *conver-
gences*. On n'est plus dans l'ordre des *ersatz*, mais dans le registre d'un véritable
contrôle de la constitutionnalité des lois dans le cas du contrôle de l'existence de
la loi, effectué par les juges judiciaires et administratifs, et, surtout, dans le cas du
contrôle de l'abrogation des lois antérieures par la Constitution. Ce dernier contrôle
est souvent présenté comme étant fondé non pas sur le principe de suprématie de
la Constitution, mais sur l'adage *lex posterior*¹⁰⁵. Il s'agirait d'un simple conflit dans
le temps entre deux lois successives. Or cette présentation est aujourd'hui datée.
Formulée par la Cour de cassation sous les Chartres de 1814 et 1830¹⁰⁶, cette lecture
libérale a permis à la Cour de déployer une double stratégie d'évitement : éviter à
avoir à appliquer des lois liberticides de l'époque napoléonienne, en contournant (à
supposer qu'il s'applique) l'interdit du contrôle de la constitutionnalité des lois. Judi-
ciaire à l'époque, et fondée en droit (le principe même de suprématie de la Consti-
tution était douteux sans les Chartres à cause de leur caractère souple), elle paraît
illégitime sous l'empire de la Constitution de 1958 dont la suprématie est acquise.
D'ailleurs, ce contrôle, qui présente les mêmes difficultés que le contrôle des lois
postconstitutionnelles, et qui aurait pu jouer un rôle important en France (en raison
des fréquents changements de Constitution), est aujourd'hui refusé par la Cour de
cassation. À la différence du Conseil d'État qui se reconnaît ce pouvoir, la Cour de
cassation estime « qu'il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de relever l'in-
constitutionnalité des lois, quelle que soit la date de leur promulgation »¹⁰⁷.

Ainsi, en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, le monopole du
Conseil constitutionnel est en partie contourné, en partie battu en brèche, sans que,

103. Outre les articles précités de M. Fromont, B. Genevois, O. Gohin et A.-M. Le Poutre, voir M. Jéol, « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, *op. cit.*, p. 69 sq.

104. L'existence d'un fondement constitutionnel (l'article 55 en l'espèce) n'est pas, en soi, suffisant pour faire d'un contrôle *juridictionnel* d'un acte un contrôle de *constitutionnalité*. Sinon tout le contentieux administratif de l'amulation et de la réformation doit être qualifié de contrôle de constitutionnalité à raison de son fondement désormais constitutionnel (CC, 23 janvier 1987 ; v. art. 19 al. 4 et 20 al. 3 LP). Cfr. P. Frydman, *op. cit.*, p. 193.

105. H. Kelsen, « La garantie... », p. 235 ; M. Jéol, *op. cit.*, p. 70 ; B. Genevois, *op. cit.*, p. 720.

106. V. J.-L. Mestre, « Données historiques », *op. cit.*, p. 40 sq.

107. Chm. 18 novembre 1985, cité par M. Jéol, *op. cit.*, p. 70. En droit comparé, la nature de ce contrôle est également discutée : il relève tantôt de la Cour constitutionnelle, tantôt des juges ordinaires, tantôt des deux. V. J. Tremeur, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJCC*, t. VI, 1990, p. 219 sq.

à la différence de l'Allemagne, le Conseil ait les moyens, faute de lien hiérarchique, à assorer sa *prééminence* à l'égard des juges judiciaires et administratifs.

Ainsi que le notent d'emblee Klaus Schlaich et Stefan Koriath, la Cour constitutionnelle fédérale ne dispose pas du monopole de la justice constitutionnelle¹⁰⁸. Son rôle de juge *suprême*, mais non de juge *exclusif*, découle notamment de la façon dont l'article 100 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale a prévu le contrôle concret de la constitutionnalité des lois. Selon cet article, le juge ordinaire dispose — à l'exception d'une seule prérogative — d'un droit de contrôle *intégral* à l'égard des lois. Tout juge ordinaire doit vérifier lui-même le bien-fondé de l'exception d'inconstitutionnalité, soulevée par l'une des parties du procès, et s'interroger à ce titre sur l'interprétation à retenir et de la loi et de la Loi fondamentale. 2^o S'il estime que le moyen est infondé, il a le pouvoir de le rejeter ; il peut le faire notamment en interprétant la loi à la lumière des exigences de la Loi fondamentale. 3^o En revanche, si le juge estime que le grief d'inconstitutionnalité est *fondé*, et ne peut être neutralisé par voie d'interprétation, il doit surseoir à statuer et saisir la Cour, en lui soumettant un mémoire argumenté. Ce dont il ne dispose donc pas, c'est le pouvoir de récusation de la loi, au sens formel¹⁰⁹.

Les effets de cet article sur l'économie générale de la justice constitutionnelle sont non négligeables : d'un côté, le juge ordinaire contribue à désencombrer le prétoire de la Cour de Karlsruhe ; de l'autre, il est autorisé à développer sa propre interprétation de la Loi fondamentale et à valider le droit ordinaire — dont il peut se sentir culturellement proche — à l'aune d'une interprétation de la loi et/ou de la Loi fondamentale que la Cour, de l'extérieur, n'aurait peut-être pas retenue. C'est de là d'ailleurs que proviennent les tensions actuelles entre la Cour de Karlsruhe et les *Fachgerichte*. Si la première peut néanmoins s'imposer *in fine*, c'est grâce au droit qu'ont les justiciables de lui déférer les décisions des juridictions ordinaires suprêmes (la *Urteilsverfassungsbeschwerde* de l'art. 93 al. 1^{er} 4a LP). Ainsi, excepté certains contentieux où la Cour dispose d'un véritable monopole (litiges entre organes, justice politique), la justice constitutionnelle en Allemagne est fondée sur l'idée d'une « subsidiarité fonctionnelle »¹¹⁰, où les *Fachgerichte* sont, *mutatis mutandis*, les juges constitutionnels de premier degré.

2. Un concept mal défini

Déjà critiquable dans ses usages, le concept *strictissimo sensu* de justice constitutionnelle l'est aussi et surtout dans sa définition. La réalité de la justice constitutionnelle ne se laisse réduire ni à ce concept — qui, de surcroît, est redondant d'un strict point

108. K. Schlaich et S. Koriath, *op. cit.*, p. 16. Sur tout ce qui suit, v. p. 16 sq., p. 107 sq.

109. A noter que, selon la Cour de Karlsruhe, l'obligation de renvoi préjudiciel ne s'applique ni aux règlements, ni aux lois préconstitutionnelles, ni aux lois de l'ancienne RDA. Le contrôle est alors totalement diffus, avec toutefois toujours la possibilité *in fine* d'une *Urteilsverfassungsbeschwerde*.

110. K. Schlaich & S. Koriath, *op. cit.*, p. 17 (« *Aufgabensubstanz* »).

de vue sémantique¹¹¹ — ni même au concept *stricto sensu*. Ce dernier présente, certes, un intérêt¹¹², mais il n'épuise pas tout le champ problématique entrecouvert par le syntagme « justice constitutionnelle ». Il y a, en effet, une justice constitutionnelle qui existe *en dehors* du prétoire des cours constitutionnelles, et qui a existé avant la création même de ces cours¹¹³. Cette réalité-là est invisible, car impensable à travers ces outils intellectuels. En termes de recherche universitaire, il est donc peu probable qu'on ne parte à la découverte de cette réalité, dont on ne présuppose pas même l'existence¹¹⁴. En outre, la doctrine est parfois prise au dépourvu, lorsque la « pratique » — le droit positif, s'exprimant par la voie de ses acteurs, et utilisant une autre théorie — vient contredire la « théorie » (la *manuaise* théorie des universitaires, dirait Kant).

Ainsi, l'idée que la cour constitutionnelle soit le seul interprète de la Constitution et qu'elle n'interprète que la Constitution (mais pas le droit ordinaire) et que, à l'inverse, les juges ordinaires ne fassent qu'appliquer et interpréter la loi (et que la loi), a été contredite à de multiples reprises. Déjà la cour constitutionnelle ne peut pas ne pas interpréter la loi — ce qui l'amène à dégager des directives d'interprétation — puisque le contrôle de constitutionnalité suppose la confrontation de deux normes dont le sens respectif doit, au préalable, être fixé¹¹⁵. Inversement, l'accès à la Constitution n'est point interdit aux juges ordinaires¹¹⁶. Dès la Révolution, le Tribunal de cassation a argué que la « loi » qu'il lui incombe d'appliquer en vertu du Code de procédure civile, incluait également la « loi constitutionnelle »¹¹⁷. Si les juges judiciaires et administratifs refusent, depuis le XIX^e siècle, de s'arroger un droit général de contrôler la constitutionnalité de la loi (au sens formel), ils ne s'interdisent pas pour autant : 1^o d'interpréter les dispositions de la Constitution, ce à quoi invite désormais, par sa formulation volontairement large, l'article 12 alinéa 1^{er} du

111. Sa question de fond, qui est de savoir qui, parmi les juges, a le pouvoir de vérifier la conformité des lois à la Constitution, est déjà évoquée et résolue à travers l'expression « contrôle de la constitutionnalité des lois ».

112. V. la question évoquée *supra*, II A. 1.

113. V. J.-L. Mestre in L. Favoreu et al., *op. cit.*, p. 255 sq.; A. Le Diverlec, « Les prémisses de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in D. Chagnolaud (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 103 sq.

114. Pour trouver, il faut au préalable savoir où chercher, avoir une hypothèse de travail. Or celle-ci est élaborée à partir d'un concept. Ainsi, nait-on chercher une justice constitutionnelle du côté de l'Angleterre ou de la Suisse, si l'on partait du concept *strictissimo sensu*? Pourtant justice constitutionnelle il y a. V. J. P. Müller, *op. cit.*; A. Justiaume, *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien*, thèse Paris II, 2002. Sur l'intérêt de choisir, en droit comparé, un concept large, v. M. Fromont, *La justice constitutionnelle...*, p. 3.

115. G. Vedel & P. Delvolvé, *Droit administratif*, t. 1, 12^e éd., PUF, 1992, p. 64.
116. Depuis les affaires *Koné, Sarrazin, Dille Frouse* et *Breitschler*, ce point n'est plus vraiment contesté. Parmi tant, v. G. Vedel & P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 61; N. Molléssis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997; O. Jouanjan & P. Wachsmann, « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'État », *RFDA* 2001, p. 1169 sq.; B. Sellier, *Droit administratif*, t. 1, Flammarion, 2001, p. 30 sq.; B. Mathieu & M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, PUF, 2004, p. 138 sq.

117. V. J.-L. Mestre, « Données historiques », *op. cit.*, p. 35.

Nouveau Code de procédure civile (« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit — à toutes les règles de droit — qui lui sont applicables »¹¹⁸) ; 2^o de vérifier, à condition qu'aucune loi ne fasse écran, la constitutionnalité de tous les autres actes juridiques, dont les décisions des juridictions inférieures, les contrats, les règlements, les décisions administratives et, depuis peu, les traités¹¹⁹.

Il faut, à ce sujet, revenir au concept *strictissimo sensu* qui est à la source des erreurs d'analyse. Ainsi qu'il est généralement admis, le vocable « justice constitutionnelle » évoque de prime abord une justice portant sur la Constitution. Le périmètre de la réalité contentieuse du droit constitutionnel est donc fonction du périmètre de la Constitution. Or, sur ce point, la définition d'Eisenmann du concept de constitution est trop étriquée par rapport à la réalité, ce qui fait que son concept de justice constitutionnelle, qui en découle, l'est aussi. La plupart des textes constitutionnels ne s'adressent pas uniquement au législateur. Leur objet est plus large : ils visent d'autres pouvoirs que le seul pouvoir législatif, d'autres normes que la seule loi, et d'autres sujets que les seuls gouvernants.

La Constitution, en tant que *fondement* de tout l'ordre juridique, irradie sur les différentes branches du droit : ses dispositions, notamment sur les droits et libertés des individus, sont de nature à pouvoir s'appliquer le cas échéant — à condition d'être suffisamment précises — aux litiges pendants devant le juge civil ou administratif¹²⁰. C'est pourquoi les deux cercles de la justice constitutionnelle et de la justice administrative, pour ne prendre que cet exemple, se chevauchent forcément. En effet, leurs critères de délimitation ne s'opposent pas : la justice constitutionnelle se définit par référence à une certaine strate de la pyramide des normes (la strate *suprême* occupée par la Constitution) ; il faudrait donc, pour que les deux justices ne se touchent jamais, que la définition de la compétence des juridictions administratives se fasse par référence à une autre strate de la hiérarchie. Or il n'en est rien : le débat administratif porte sur des critères d'un tout autre genre (service public, puissance publique) et le droit administratif a des sources formelles variées, dont la Constitution¹²¹. Ainsi s'explique l'existence de règles juridiques se rattachant à la fois au droit administratif (du point de vue de leur contenu) et au droit constitutionnel (du point de vue de leur source formelle). La justice qui a trait à ces

118. La formule « règles de droit », au lieu de « loi », se retrouve également dans l'article 604 NCP (pourvoi en cassation).

119. Voir... la Constitution elle-même ! Inimaginable en France, l'hypothèse s'est présentée outre-Rhin après la chute de l'Empire. Dans divers procès, les parties contestèrent, à titre incident, la validité de la Constitution de Weimar de 1919 et des lois qui en découlèrent, en arguant que celle-ci avait été élaborée au mépris de la procédure de révision imposée par la Constitution de 1871. S'entendant compétents, les juges (ordinaires et constitutionnel spécial) ont réitéré le moyen sur le fond en se référant à la théorie de la « force normative du factuel » (G. Jellinek), V. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. VI, Kohlhammer, Stuttgart, 1993, p. 9 sq.

120. B. Sellier, *op. cit.*, p. 40.

121. C'est pourquoi, il ne faut pas identifier le concept de droit ordinaire à la somme des règles du droit administratif et du droit privé. Le droit ordinaire ne désigne qu'une partie de cette masse, que les règles de rang infra-constitutionnel.

règles peut donc être qualifiée à la fois de justice administrative et de justice constitutionnelle.

En ajoutant ainsi, au périmètre tracé par le concept *stricto sensu* de justice constitutionnelle, ce contentieux qui est à la fois administratif (ou privé), mais aussi constitutionnel, le concept *latu sensu* de justice constitutionnelle permet aux juristes de penser — entre polyphonie et cacophonie — les rôles variés, à l'égard de la seule et même Constitution, du juge constitutionnel spécial et des juges ordinaires. Par là même, en révélant le caractère pluraliste, diffus ou polycentrique du contentieux constitutionnel, ce concept annonce un autre débat dont il est le préalable logique : celui sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel et, à un autre niveau, celui sur le « dialogue des juges ».

Troisième partie

Constructions