

COLLECTION DROIT PUBLIC POSITIF

dirigée par Louis Favoreu

Mauro CAPPELLETTI

*Professeur aux universités de Florence
et de Stanford*

LE POUVOIR DES JUGES

Traduction par René DAVID

Préface de Louis FAVOREU



ECONOMICA

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

TABLE DES MATIERES

Sommaire

Origine des articles

Abreviations bibliographiques

PREFACE..... 5

1

LE TERROIR ET L'UNIVERS

REFLEXIONS D'UN ORIGINAIRE DU TARENTIN EMIGRE
DANS LE DROIT COMPARE..... 9

2

DES JUGES LEGISLATEURS ? 23

I - LE DROIT JURISPRUDENTIEL,
OBJET, METHODES, LIMITES SUBSTANTIELLES..... 25

1 - Rapport entre jugement et droit substantiel :
Thèmes de recherche..... 25

2 - Le "droit jurisprudentiel" :
Méthode suivie dans notre étude 27

3 - "Interprétation" et "création" du droit :
deux concepts qui s'"opposent"..... 29

4 - Degrés divers et "limites quant au fond"
de la créativité judiciaire..... 32

II - POUVOIR ACCRU DE CREATION DU DROIT
RECONNU A LA JURISPRUDENCE : CAUSES ET EFFETS 36

5 - Causes de ce phénomène moderne :
la "révolte contre le formalisme" 36

6 - Transformation du rôle du droit et de l'Etat
dans les sociétés modernes..... 38

7 - Législation sociale, droits sociaux,
et rôle nouveau incombant aux magistrats..... 43

8 - Un pouvoir judiciaire renforcé, contrepoids nécessaire au renforcement des "branches politiques" de l'Etat. Développements récents.....	46
9 - Conflits sociaux et protection des intérêts collectifs et diffus...	57
10 - Déclarations des droits fondamentaux de l'homme, et "justice constitutionnelle des libertés"	62

III - LEGISLATION ET JURIDICTION.

FAIBLESSES ET MERITES DU DROIT JURISPRUDENTIEL.....	69
---	----

11 - Différence fondamentale entre fonction juridictionnelle et fonction législative : "limites processuelles" et "vertus passives" de la justice	69
12 - Critiques faites à la création du droit par les juges.....	76
13 - Légitimité démocratique du droit jurisprudentiel.....	84

IV - DIFFERENCES ET CONVERGENCES

ENTRE LES GRANDES FAMILLES DE DROIT. CONCLUSION.....	97
--	----

14 - Différences fondamentales entre les systèmes de civil law et de common law, et tendance à leur convergence.....	97
15 - Conclusion.....	110

3

QUIS CUSTODES CUSTODIET ?

QUI NOUS PROTEGERA CONTRE CEUX QUI NOUS PROTEGENT ?

ETUDE DE DROIT COMPARE

SUR LA RESPONSABILITE DES AUTORITES JUDICIAIRES	115
---	-----

I - POSITION DU PROBLEME ET CONSIDERATIONS EN JEU.....	117
--	-----

1 - Sujet traité, valeurs qui y sont impliquées, et objet du présent article	117
2 - Caractère ambigu du problème de société baptisé "Responsabilité des autorités judiciaires".....	118
3 - Pourquoi le problème de la responsabilité des autorités judiciaires revêt un aspect particulier à notre époque...	119
4 - Obstacles à la responsabilité des juges	124
a) Le roi ne peut agir de façon illicite.....	124
b) Res judicata facit jus.....	125
5 - Difficulté de concilier responsabilité et indépendance des juges dans le cadre des principes de droit naturel.....	126

II - TYPOLOGIE DE LA RESPONSABILITE DES JUGES	132
6 - Esquisse d'une typologie.....	132
a) Responsabilité politique et constitutionnelle des juges et des organismes judiciaires	133
b) Responsabilité envers la société	139
c) Responsabilité pour autrui de l'Etat - et obligation personnelle pour le juge de réparer le dommage causé par sa décision.....	147
d) Responsabilité juridique personnelle du juge : pénale, civile, et disciplinaire.....	150
III - CONCLUSION : POUR UN SYSTEME DEMOCRATIQUE ET ADEQUAT DE RESPONSABILITE DES JUGES	167
7 - Deux modèles extrêmes : contrôle externe (par une autorité supérieure) ou contrôle interne (par le corps judiciaire lui-même) ...	167
a) Contrôle externe par une autorité supérieure (modèle "répressif").....	167
b) Modèle corporatif-autonome (ctrlôle "interne" par le corps judiciaire)	174
c) Pour un contrôle démocratique adapté aux besoins de notre temps.....	175

4

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DES LOIS EN DROIT COMPARE

177

I - ANTECEDENTS HISTORIQUES DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE	182
1 - L'idée de lex superior dans l'Antiquité.....	183
2 - L'idée de lex superior dans la pensée du Moyen-Age	185
3 - France : Parlements et souveraineté du peuple.....	186
4 - Angleterre et colonies anglaises.....	188
5 - Evolution de la justice constitutionnelle	193
II - CONTROLE JURIDICTIONNEL DE CONSTITUTIONNALITE : CENTRALISATION OU DECENTRALISATION	194
6 - Contrôle juridictionnel décentralisé	196
7 - Contrôle juridictionnel centralisé.....	199
a) Principe de séparation des pouvoirs.....	200
b) Absence d'une règle du précédent	202
c) Inaptitude des tribunaux ordinaires	205
8 - Tendances confluentes	210
Conclusion.....	212

5

**UN PROBLEME MAJEUR :
CONTROLE JURIDICTIONNEL DES LOIS
ET PRINCIPE DE DEMOCRATIE**

ETUDE DE DROIT COMPARE	215
I - FRANCE.....	218
A - Conseil d'Etat	220
B - Conseil constitutionnel.....	221
C - Cour de cassation.....	223
II - AUTRICHE, ALLEMAGNE ET ITALIE.....	226
III - EUROPE : LA "PETITE EUROPE" DES NEUF.....	228
IV - EUROPE : LA PLUS GRANDE EUROPE DES VINGT-ET-UN.....	231
A - Applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme.....	231
B - Application de la Convention européenne	232
V - CONSTITUTIONNALISME ET FEDERALISME. DROITS DE L'HOMME ET DROIT COMMUNAUTAIRE	234
A - Combinaison de constitutionnalisme et fédéralisme.....	234
B - Conflit entre constitutionnalisme et fédéralisme.....	236
VI - RETOUR A NOTRE PROBLEME MAJEUR : ACTIVISME DES JUGES ET RECURRENCE DU PLURALISME	239
Conclusion.....	248

6

MONTESQUIEU ABANDONNE ?

DEVELOPPEMENT ET LEGITIMITE DE LA "JUSTICE CONSTITUTIONNELLE"	249
--	-----

1 - Participation des tribunaux à la garantie des libertés.....	249
2 - Signification de la "justice constitutionnelle"	251
3 - Apparition et développement de la justice constitutionnelle après la deuxième guerre mondiale.....	253
4 - La France a-t-elle rejeté les idées de Montesquieu ?	256

5 - Angleterre : la suprématie absolue du Parlement.....	265
6 - L'Angleterre abandonne-t-elle le principe de base de Locke ?	267
A - Le droit de la Communauté européenne "ne peut pas être arrêté" ..	267
B - La "justice transnationale" administrée par la Cour européenne des droits de l'homme.....	268
7 - Un "problème majeur" : la justice constitutionnelle est-elle admissible dans un régime de démocratie ?.....	270
8 - La Révolution moderne touchant les droits de l'homme. Son caractère légitime. Dépassement du conflit traditionnel entre droit naturel et droit positif.....	275

7

LE POUVOIR JUDICIAIRE DANS UN ETAT FEDERAL OU UNE UNION TRANSNATIONALE. SON ROLE D'INTERACTION

(PAR MAURO CAPPELLETTI ET DAVID GOLAY)..... 281

I - INTRODUCTION.....	281
II - DOMAINE D'ACTIVITE DES AUTORITES JUDICIAIRES	282
A - Problèmes constitutionnels	282
1 - Suprématie du pouvoir central.....	283
2 - Compétence	284
B - Procédure judiciaire	285
C - Droits de l'homme.....	286
III - CONTROLE JURIDICTIONNEL DE CONSTITUTIONNALITE. DROIT COMPARE. INTERET DE L'EXPERIENCE AMERICAINE.....	287
A - Le problème du contrôle juridictionnel des lois.....	287
B - Solutions données dans l'histoire à ce problème.....	288
1 - Etats-Unis.....	288
2 - Europe	289
C - Tendances convergentes et différences qui subsistent.....	291
1 - Tendances convergentes	291
2 - Variantes qui subsistent.....	293
a) Variantes en Europe	294
b) Centralisation du contrôle	294
c) Portée du contrôle.....	297
d) Controverses qui subsistent	299

IV - LE FEDERALISME, LES COURS ET L'INTEGRATION AUX ETATS-UNIS	299
A - Litiges en matière constitutionnelle	299
1 - Suprématie.....	299
2 - Compétence	300
a) Pouvoirs des autorités fédérales.....	301
b) Compétence des Etats.....	303
i/ Pouvoirs concurrents et "commerce clause"	303
ii/ Domaines réservés au droit fédéral (pre-emption)	305
iii/ Consentement	307
B - Procédures judiciaires.....	308
1 - Juridictions fédérales et suprématie de la Cour suprême.....	308
2 - Expansion de la compétence des juridictions fédérales	310
3 - Quelques doctrines relatives à la compétence des tribunaux fédéraux	313
a) Appel à la Cour suprême de jugements rendus par les Cours des Etats	313
b) Compétence des tribunaux fédéraux inférieurs	315
C - Droits fondamentaux de l'homme.....	320
1 - Le Bill of Rights et l'intégration	320
2 - "Due process" dans les procédures et "Incorporation"	323
3 - "Due process" et égalité de traitement quant au fond du droit ...	325
4 - Problème des remèdes.....	327
D - conclusion	329
V - LE TRANSNATIONALISME, LES COURS, ET L'INTEGRATION EUROPEENNE, VUS A LA LUMIERE DE L'EXPERIENCE DES ETATS-UNIS.....	330
A - La "constitutionnalisation" des Traités.....	332
1 - Suprématie.....	332
2 - Acceptation de la doctrine de suprématie.....	334
a) France	334
b) Autres Etats de la Communauté	336
B - Compétence.....	338
1 - Pouvoirs implicites	339
2 - Pre-emption	341
3 - Consentement.....	345
4 - Conclusion comparative	347
C - Procédures judiciaires	347
1 - Système judiciaire de la Communauté	348
2 - Contrôle juridictionnel décentralisé et procédure de "décision préjudicielle" dans la Communauté.....	351
3 - Restrictions de l'article 97.....	352
a) Qualité pour aller devant la Cour	352
b) Exécution des jugements.....	356
4 - Obstacles d'ordre procédural à la saisine de la Cour.....	359
D - Droits fondamentaux de l'homme.....	362
1 - Droits fondamentaux et droit de la Communauté.....	363

2 - La "Déclaration des droits" non écrite	365
a) Droit de se faire entendre.....	366
b) Non bis in idem	366
c) Certitude du droit	366
d) Egalité.....	367
e) Responsabilité.....	367
3 - Intégration de la "Déclaration des droits" non-écrite au droit de la Communauté.....	368

VI - DROIT DE LA COMMUNAUTE ET DECLARATIONS DE DROITS NATIONALES.....	370
--	-----

A - Position du problème.....	370
B - Compromis possible.....	373

VII - CONCLUSION.....	374
-----------------------	-----

INDEX ALPHABETIQUE DES MATIERES.....	379
--------------------------------------	-----

TABLE DES MATIERES.....	391
-------------------------	-----