

La légitimité du juge constitutionnel

In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 557-581.

Citer ce document / Cite this document :

Favoreu Louis. La légitimité du juge constitutionnel. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 557-581.

doi : 10.3406/ridc.1994.4889

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1994_num_46_2_4889

LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Louis FAVOREU

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

La question de la légitimité du juge constitutionnel a été posée dès le début du siècle, notamment dans le célèbre ouvrage d'Édouard Lambert, sur le « gouvernement des juges aux États-Unis » (1) ainsi que dans maintes études américaines. En fait, cependant, la question a été renouvelée par l'apparition et le développement du modèle européen de justice constitutionnelle, dans la mesure où celle-ci est désormais rendue non par des juges ordinaires mais par un juge constitutionnel spécialement créé à cet effet. Elle l'a été aussi du fait que les circonstances ont changé : après les terribles expériences nazi et fasciste, il n'est plus possible de soutenir avec vraisemblance que le législateur ne peut mal faire.

Compte tenu des enseignements du droit comparé — qui ont ici une importance capitale — on peut dire que la légitimité du juge constitutionnel, spécialement quant à son rôle d'interprète de la Constitution, tient à quatre éléments : le système politique et constitutionnel dans lequel il s'insère et auquel il s'adapte ; les fonctions qu'il assume ; la composition de la juridiction ; et enfin, le fait que le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot.

I. LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL TIENT AU SYSTÈME CONSTITUTIONNEL ET POLITIQUE DANS LEQUEL IL S'INSÈRE

Bien qu'il soit utile d'établir des « modèles », il est évident que tout système de justice constitutionnelle n'est transposable que si le contexte

(1) *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris 1921.

d'insertion s'y prête et accepte, en quelque sorte, le mécanisme mis en place. On peut même considérer que la légitimité de la justice constitutionnelle va découler, en premier lieu, de l'adaptation du modèle choisi au contexte institutionnel et politique.

A. *La légitimité peut être, tout d'abord, fonction de l'histoire*

Il s'agit évidemment ici d'évoquer le cas des pays dans lesquels, après des périodes de dictature, il est apparu absolument nécessaire et évident d'instituer un contrôle juridictionnel des lois afin de mettre hors de portée des majorités les droits fondamentaux.

Comme le dit E. Garcia de Enterría : « L'effondrement du système de justice constitutionnelle... conduisit la R.F.A. surgie de cette seconde post-guerre, sensibilisée par la "perversion de l'ordonnancement juridique", accomplie avec le nazisme, à adopter, encore qu'avec de très importantes variations, le système kelsénien. La Constitution italienne de 1948 fait le même choix, auquel Calamandrei apporte son autorité technique » (2).

On peut considérer également que l'Espagne, la Grèce et le Portugal, après les périodes de dictature qu'ont connues ces trois pays, ont opté, sans hésitations, pour un système de justice constitutionnelle incluant le contrôle juridictionnel des lois, afin de se prémunir contre le retour à de tels régimes, et pas seulement parce que les Constitutions modernes comportent désormais ce système ou ce mécanisme.

En France, en revanche, la tradition historique est en sens inverse. En effet, les régimes démocratiques de la III^e et IV^e République excluent l'existence d'un contrôle juridictionnel des lois.

Le grand théoricien du droit public français classique — Raymond Carré de Malberg — expose longuement dans les deux volumes de « *La contribution à la théorie générale de l'État* » (1920-1922), les raisons et les justifications de cette exclusion, qui repose essentiellement sur la sacralisation de la loi, la méfiance envers les juges héritée de celle éprouvée à l'égard des Parlements de l'Ancien régime.

Toutefois, pendant la guerre, au sein de la Résistance, un certain nombre d'hommes appartenant à des tendances politiques diverses, ont inscrit dans leurs projets de nouvelle Constitution un système de contrôle de constitutionnalité des lois. Mais à la Libération, si l'un des trois grands partis de la coalition qui domine l'Assemblée constituante — le M.R.P. — souhaite, comme ses homologues allemands et italiens de la démocratie chrétienne, instaurer une justice constitutionnelle, la gauche communiste et socialiste (qui constitue l'autre partie de la coalition) y est hostile par tradition, car en France, le contrôle de constitutionnalité des lois est historiquement une revendication des partis conservateurs.

Et si la gauche a changé d'avis sous la V^e République, lorsqu'elle était dans l'opposition, c'est parce que les conditions de fonctionnement du régime politique s'étaient profondément transformées.

(2) *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas 1981, p. 59.

B. *La légitimité du contrôle juridictionnel des lois est fonction du type de fonctionnement des régimes politiques*

On constatera, tout d'abord, que les pays d'Europe occidentale dotés d'un système de contrôle de constitutionnalité des lois ont un régime parlementaire ou semi-parlementaire. A vrai dire, on peut faire une distinction entre ceux qui sont dotés d'un régime parlementaire au sens classique (Allemagne fédérale, Italie, Espagne, Belgique) et ceux qui ont un régime qualifié par Maurice Duverger de « semi-présidentiel » (3) en ce sens qu'il admet la juxtaposition d'un président élu par le peuple et d'un gouvernement responsable devant les députés (Autriche, Portugal, France).

Au-delà de cette distinction, ce qui compte pour notre propos c'est que dans tous ces pays — sauf un (Italie) — il y a une majorité parlementaire et gouvernementale stable, forte et soudée qui se traduit par la constitution d'un bloc : majorité des députés + gouvernement + (parfois) Chef de l'État, face auquel se trouve l'opposition. Et cette opposition a alors besoin d'un contrepoids, c'est la justice constitutionnelle. Il y a une sorte de logique institutionnelle qui aboutit à faire naître ou se développer une institution par réaction contre la trop grande puissance d'une autre institution.

Le cas français est une parfaite illustration de ce phénomène. Sous la III^e et la IV^e République, il n'y a pas de majorité stable : les majorités se font et se défont tous les six ou sept mois, parce qu'il n'y a pas de grands partis et que les majorités sont nécessairement des coalitions de petits partis. De ce fait, ces majorités ne sont pas bien dangereuses pour l'opposition ; et à la limite il n'y a pas d'opposition puisque tel parti aujourd'hui dans l'opposition sera demain (c'est-à-dire au plus dans quelques mois) dans la majorité et vice-versa. Mais dès lors que s'institue — sous la V^e République — une majorité stable et durable (et donc une opposition), la nécessité d'un contrôle de constitutionnalité des lois s'impose notamment parce qu'on ne pourra pas défaire rapidement ce qui a été fait par la majorité précédente. C'est pourquoi les partis de gauche en France se convertissent au contrôle de constitutionnalité des lois, alors que jusque-là ils l'abhorraient : le parti socialiste et même le parti communiste inscrivent l'instauration d'un « véritable » contrôle de constitutionnalité des lois dans leur programme.

Cette nécessité d'un contrepoids est ressentie de la même manière par exemple en Autriche ou en Grèce.

M. Spiliotopoulos écrit ainsi : « In the parliamentary system of government, the governing political party or coalitions of parties, displacing both the legislative and executive powers, becomes omnipotent. Under this system, the popular belief in judicial review establishes the courts, on the one hand, as the guarantors of the basic consensus on which democracy is founded, and, on the other hand, as the arbitrators that adjudge how for the reforms of regulations dictating the social, economic and cultural conform with this consensus, without reversing it ».

(3) M. DUVERGER, *La République des citoyens*, Paris 1982, p. 107.

M. Öhlinger, pour l'Autriche, partage aussi ce point de vue en insistant lui sur le rôle des partis « car le Parlement n'est pas — comme dans la philosophie rousseauiste — une réflexion (au sens d'image) non falsifiée de la population mais une place où des groupes organisés luttent pour le pouvoir et l'influencent ». D'où la nécessité d'une protection de l'opposition et de la minorité.

On peut enfin citer E. Garcia de Enterría : « una constitucion sin un Tribunal constitucional que imponga su interpretacion y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una constitucion herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder — que impone en esos casos, por simple prevalencia factica, la interpretacion que en ese momento le conviene. La Constitucion pase a ser instrumentalizada politicamente por unos grupos o partidos frente a otros » (4).

Reste alors, le cas de l'Italie qui ne connaît pas de majorité stable et durable au sein du Parlement.

En fait, on peut dire que c'est ici la faiblesse du Parlement qui appelle une intervention de la Cour constitutionnelle susceptible de pallier l'absence de choix décisifs du législateur. La Cour tend à apparaître comme un « co-législateur » ou même comme un législateur (5). Et, en ce sens, on ne peut manquer d'être frappé par l'abondance des ordonnances de renvoi des juges ordinaires à la Cour constitutionnelle (voir *supra*) et du nombre de décisions rendues à propos d'une loi déterminée : on est alors en droit de se poser la question de savoir s'il n'est pas demandé ainsi au juge constitutionnel de compléter ou de corriger la législation issue du Parlement.

Les observations de G. Zagrebelsky vont d'ailleurs en ce sens : « la situation actuelle (en Italie) se caractérise par ce qu'on appelle un excès de "*contrattualizzazione*" des décisions politiques (entre majorité et opposition, entre les groupes sociaux plus forts, syndicats, etc.), ce qui paraît une conséquence du manque d'alternance. Tout cela n'est pas sans danger parce que cette tendance amène à considérer toute matière, tout intérêt, toute valeur négociable, même les matières, les intérêts, les valeurs protégés par la Constitution et donc situés hors de la négociation politique. Voilà la fonction actuelle de la Cour constitutionnelle italienne : arrêter l'excès de "*contrattualizzazione*" des décisions politiques qui peut être elle-même très dangereuse pour les droits fondamentaux (surtout de ceux qui ne participent pas à la "*contrattualizzazione*") ».

Ainsi, en définitive, le contrôle de constitutionnalité des lois est soit un contrepoids à une majorité parlementaire trop puissante, soit un substitut à une majorité parlementaire inexistante. Dans les deux cas, sa légitimité n'est pas mise en doute.

(4) *La Constitucion como norma y el tribunal constitucional*, p. 186.

(5) V. en ce sens, G. ZAGREBELSKY, « La Corte costituzionale e il legislatore », in *Corte costituzionale e sui lappo della forma di governo in Italia*, Milan 1982, p. 103.

C. *La question de légitimité se posera avec plus ou moins d'acuité selon que le contrôle juridictionnel des lois est organisé de telle ou telle façon : la légitimité peut dépendre de la technique juridictionnelle employée*

Il semble ici que deux problèmes peuvent être soulevés dont l'un seulement prête à discussion car l'autre est apparemment tranché : tout d'abord, contrôle diffus (à l'américaine) ou contrôle concentré (à l'euro-péenne) ? Ensuite contrôle préventif ou contrôle répressif ?

a) La technique américaine du contrôle diffus est sans doute moins apte, en Europe, à assurer la légitimité du contrôle juridictionnel des lois que la technique européenne du contrôle concentré.

M. Cappelletti a déjà, de manière convaincante, donné les raisons de cette meilleure adaptation et souligné la « sagesse » de cette solution « européenne » (6) : « (...) les rares et habituellement très brèves expériences que certains pays de tradition romano-germanique ont faites avec le contrôle "diffus" (...) de justice constitutionnelle — ainsi pendant quelques années, la République de Weimar et également l'Italie de 1948 à 1956 — n'ont pas été encourageantes du tout. Les juges d'Europe continentale sont habituellement des magistrats de "carrière" peu aptes à assurer une tâche de contrôle des lois, tâche qui, nous le verrons, est inévitablement créatrice et va beaucoup plus loin que leurs fonctions traditionnelles de "simples interprètes" et de fidèles serviteurs des lois. L'interprétation même des normes constitutionnelles, et spécialement du noyau central de celles-ci qu'est la déclaration des droits fondamentaux ou "*Bill of Rights*", est normalement très différente de l'interprétation des lois ordinaires, elle demande une approche qui se conjugue mal avec la traditionnelle "faiblesse et timidité" du juge de modèle continental ».

Il y a évidemment l'exception de la Grèce ; mais l'existence d'une Cour spéciale supérieure chargée de trancher les conflits de jurisprudence est de nature à infléchir le système.

b) Le problème du moment du contrôle (*a priori* ou *a posteriori*) est, en revanche, beaucoup plus sujet à discussion.

Du moins, à notre avis, car pour beaucoup de spécialistes la cause est entendue : le contrôle *a posteriori* est le seul valable et admissible, et le contrôle *a priori* est une hérésie dont on espère que la France se guérira rapidement. Le problème est donc toujours posé de manière unilatérale : on fait le procès du contrôle *a priori* ; mais jamais celui du contrôle *a posteriori* considéré comme évidemment supérieur au premier et insusceptible d'être remis en cause.

Dans ce rapport, nous allons mettre à l'épreuve les deux techniques, et non pas seulement l'une d'entre elles, au regard uniquement de la question de la légitimité.

(6) Cf. *Judicial Review in the Contemporary World*, chap. 3 et 4 ; cf. aussi son rapport au Colloque d'Aix, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica 1983, p. 463.

Le contrôle préventif ou *a priori* fait moins l'objet d'un procès que d'une condamnation sans procès.

En effet, c'est sans examen préalable sérieux que ce type de contrôle est condamné essentiellement pour deux raisons : d'une part, il n'est pas satisfaisant du point de vue technique car le juge ne dispose pas d'un temps d'examen suffisant et d'autre part, une loi non appliquée n'a pas encore révélé ses imperfections ou irrégularités constitutionnelles (mais on omet généralement de rappeler en contrepartie, ses avantages ainsi que les inconvénients techniques du contrôle *a posteriori*) ; d'autre part, le contrôle est illégitime car il met en cause ou gêne l'exercice de la souveraineté parlementaire en s'interposant entre le vote et la promulgation de la loi. En conséquence de quoi, du moins jusqu'à une époque récente, le système français de justice constitutionnelle, et lui seul, était globalement condamné ou rejeté dans le purgatoire des contrôles de caractère politique. Comme il a été écrit au rapporteur « le contrôle *a priori* ou préventif des lois n'est admissible, ni légitime constitutionnellement dans un système parlementaire à moins qu'il ne soit expressément prévu dans la propre Constitution (...). *Il ne manque pas d'être significatif que ce contrôle — le seul, en outre — soit prévu dans une Constitution comme la française qui ne répond pas pleinement au système parlementaire* ».

Ce propos — qui est très significatif quant à la conception que l'on a à l'étranger du système français — appelle deux observations : d'une part, comme il a déjà été souligné, la France est en bonne compagnie dans la catégorie des régimes semi-parlementaires ou (et) semi-présidentiels puisqu'on peut y classer également l'Autriche et le Portugal ; d'autre part, et surtout, la Constitution française est loin d'être la seule à prévoir un contrôle *a priori* : il y a au moins les Constitutions autrichienne, allemande, portugaise et même espagnole, qui prévoient (ou prévoyaient) un contrôle préalable.

On peut noter, par exemple, que saisi entre le vote et la promulgation du texte de loi sur l'interruption de grossesse, le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe, non seulement a suspendu l'exécution de la loi mais l'a ensuite annulée, sans que la loi ait jamais été appliquée (7). De même, saisi avant promulgation du texte de loi organique d'harmonisation du processus autonome, le Tribunal constitutionnel espagnol s'est déclaré compétent et a annulé la loi sans qu'elle soit jamais entrée en application (8). Il avait d'ailleurs fait de même auparavant pour un projet de loi organique relatif aux élections locales (9).

On remarquera, enfin, que la Cour autrichienne exerce ce contrôle *a priori* depuis 1925 (au temps où Kelsen était membre de la Cour) et qu'elle a rendu une soixantaine d'arrêtés en trente ans, dont certains récemment. A-t-on entendu dire que les Cours allemande, autrichienne et espagnole n'exerçaient pas un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois ou que le contrôle était illégitime ?

(7) Ordonnance provisoire du 21 juin 1974 et arrêt du 25 février 1975.

(8) S.T.C. 76/1983 du 5 août 1983.

(9) S.T.C. 38/1983 du 16 mai 1983.

En quoi, d'ailleurs, le contrôle *a priori* serait-il illégitime ?

Un premier argument peut être tiré de ce que le contrôle préventif fait intervenir le juge constitutionnel dans le processus législatif. Mais, à cela, on peut répondre tout d'abord que le Chef de l'État intervient aussi dans ce processus par la promulgation (en Allemagne fédérale, par exemple, en bloquant la promulgation, le Président de la Fédération a obligé le Parlement à revoir sa loi (10) et ceci n'est pas considéré comme illégitime) ; ensuite, cela ne peut être critiqué au regard de la conception kelsénienne du « législateur négatif » (11).

A vrai dire, c'est surtout un second argument qui est avancé, argument qui fait appel à un élément supplémentaire : la saisine *a priori* par des organes politiques. Ceci est clairement exprimé par M. Cappelletti dans sa communication orale au colloque d'Aix (12) : « La saisine réservée à quelques personnages politiques et, depuis 1974, à un certain nombre de membres du Parlement aussi, accentue le caractère « politique » et obscurcit la nature « judiciaire » du Conseil ; elle fait du Conseil un organe assez hybride où les caractéristiques du législateur, d'une « troisième Chambre » législative, prédominent sur celles du juge, et il s'agit évidemment d'une troisième Chambre sans une quelconque base électorale. De cette façon le Conseil m'apparaît immensément plus vulnérable à cette objection récurrente vis-à-vis de n'importe quel système de contrôle judiciaire des lois, le manque de légitimité démocratique ».

On remarquera que ce reproche peut être adressé à tous les systèmes de contrôle abstrait des normes, et en tout cas, à tous les systèmes de contrôle préalable.

Certes la France est plus exposée au risque évoqué par M. Cappelletti car le contrôle *a priori* déclenché par des organes politiques est la principale forme de contrôle. Mais, s'il est exact qu'au moment de l'alternance en 1981-1982, le Conseil constitutionnel a été exposé à de vives critiques notamment lors de l'affaire des nationalisations, il est à remarquer que ses décisions ont été scrupuleusement appliquées et que son autorité est, en définitive, sortie renforcée de cette épreuve (13). Par ailleurs, il n'y a plus de discussions ou de controverses pour les lois qu'il a examinées, alors qu'avec un système de contrôle *a posteriori*, on en serait à s'interroger sur la constitutionnalité des grandes réformes des nationalisations, de la décentralisation, de la planification, etc. Il est d'ailleurs particulièrement significatif à cet égard que l'un des maîtres du droit constitutionnel et de la science politique (M. Duverger), peu favorable pourtant au Conseil constitutionnel, après avoir constaté que l'autorité du juge constitutionnel n'a finalement pas été mise en cause au cours de cette période délicate, fasse une claire distinction entre autorité politique et autorité juridiction-

(10) Cf. J.-C. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en R.F.A.*, coll. « Droit public positif », Presses Universitaires d'Aix-Marseille – Economica 1982, p. 68.

(11) Cf. H. KELSEN, *op. cit.*, R.D.P. 1928.

(12) In *Cours constitutionnelles...*, *op. cit.*, p. 500.

(13) V. notre chronique à la *Revue du droit public*, 1982, n° 2, pp. 377 et s. (affaire des nationalisations).

nelle : « Le pouvoir d'opposition du Conseil constitutionnel n'a pas la même nature que celui du Sénat et de la minorité de l'Assemblée nationale. Le second implique une appréciation toute subjective du contenu des réformes engagées par la majorité. Le premier vérifie que les lois ainsi votées sont conformes aux règles juridiques dont le respect s'impose à chaque parti pour maintenir la démocratie » (14).

Il convient de se demander maintenant si le contrôle *a posteriori* est lui-même à l'abri de tout reproche du point de vue de la légitimité.

Une première question peut être posée : est-il moins attentatoire aux pouvoirs et prérogatives du législateur de faire tomber *a posteriori* une loi et tout l'édifice juridique qu'elle soutient (et qui a été établi conformément à la volonté du législateur) que d'empêcher une loi inconstitutionnelle d'entrer en vigueur et de donner la possibilité au législateur de la corriger ?

Une deuxième observation peut être faite à propos des procédés quelque peu acrobatiques auxquels on est obligé d'avoir recours pour concilier les effets d'une annulation ou d'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée *a posteriori* avec la sécurité des relations juridiques.

Ainsi la Cour allemande s'autorise-t-elle plusieurs procédés qui font assez bon compte de l'autorité normative du législateur : elle met par exemple en place, comme dans l'affaire de l'interruption de grossesse, « une réglementation transitoire applicable jusqu'à l'entrée en vigueur d'un nouveau texte législatif » (15) ; ou bien, elle refait pratiquement la loi en faisant injonction au législateur de reprendre son texte (pourtant déjà appliqué) sur ses directives (16) ; ce que fait d'ailleurs aussi la Cour italienne par ce que l'on appelle les « arrêts de délégation » (17).

Est-il alors plus légitime de légiférer à la place du législateur pour éviter de rompre la continuité de la vie juridique que de corriger les textes du législateur avant qu'ils ne s'appliquent ? Par ailleurs l'autorité du législateur est-elle renforcée lorsque, comme dans le cas italien, des centaines de recours sont formulés (parfois en une seule année) contre une loi après sa mise en application ? Cela ne va-t-il pas permettre en définitive au juge constitutionnel de corriger et même de refaire la loi par une série d'interprétations à l'aide de sentences « manipulatives » additives ou substitutives ?

Dans ce dernier cas, on en arrive pratiquement à une élaboration du droit par le juge, ce qui est peu « légitime au regard du système des sources du droit en vigueur en Europe continentale » (18) ; alors que dans le cas du contrôle préventif, le législateur reste maître des corrections à apporter à son texte qui ensuite aura un caractère définitif et inattaquable, du moins dans le système français.

Cette dernière précision est nécessaire car certaines modalités d'exercice peuvent en effet poser le problème de la légitimité du contrôle préventif.

(14) M. DUVERGER, *La République des citoyens*, Paris 1982, p. 213.

(15) Cf. J.-C. BÉGUIN, *op. cit.*, p. 172.

(16) *Ibid.*, p. 270.

(17) A. PIZZORUSSO, *Cours constitutionnelles...*, p. 183.

(18) *Ibid.*

Ainsi, lorsque, comme en Espagne, le Tribunal constitutionnel saisi d'un recours *a priori*, ne se voit imposer aucun délai pour statuer : la décision du législateur peut alors être suspendue pendant un an ou plus (comme dans l'affaire de la loi d'harmonisation du processus autonome en Espagne) et à la limite, le juge constitutionnel peut suspendre une loi jusqu'à la fin d'une législature (19). Alors qu'en France, le délai impératif d'un mois supprime ce risque et ces inconvénients.

De même, l'avantage d'un contrôle *a priori* est qu'il coupe court très vite à la contestation sur la régularité de la loi, tandis que si un contrôle *a posteriori* est possible malgré un contrôle *a priori* (comme c'était le cas en Espagne) cela pose un sérieux problème et annule les bénéfices du contrôle *a priori*.

D. *La légitimité du contrôle juridictionnel des lois pourra être contestée en considération des caractères mêmes du texte constitutionnel ou des normes de référence*, soit que le texte soit trop flou ou imprécis, soit qu'il soit trop ancien, soit que le texte soit à fois trop imprécis et trop ancien. Il est alors reproché au juge constitutionnel de disposer d'une trop grande liberté d'appréciation compte tenu de l'état du texte ou des normes de référence, et donc de se substituer illégitimement au constituant en définissant lui-même les normes de référence ou en les actualisant.

Le cas français est, de ce point de vue, particulièrement intéressant et significatif dans la mesure où le texte même de la Constitution contient peu de dispositions précises applicables aux individus et où il est nécessaire de faire référence à la Déclaration de 1789 et au Préambule de la Constitution de 1946.

Et l'on peut donner une bonne illustration de l'attitude critique précédemment évoquée en citant une étude émanant d'un membre de la doctrine appartenant à un courant peu favorable au contrôle juridictionnel des lois : « Tout a été dit sur la liberté que laissent au Conseil constitutionnel des dispositions ambiguës, vagues, parfois contradictoires, dont il détermine discrétionnairement la valeur juridique et les conditions d'application. De cette liberté dans le choix, l'interprétation et l'application des « principes à valeur constitutionnelle », on a fréquemment souligné les conséquences politiques : le risque d'un gouvernement des juges ; on a moins insisté sur les conséquences juridiques : l'incertitude qui s'attache à l'existence, à la consistance, à la valeur et à la portée des normes constitutionnelles. Principes introuvables, principes à géométrie variable, principes au contenu élastique ou aux effets aléatoires... : la souplesse et la flexibilité des normes applicables découlent inexorablement de la subjectivité de l'interprétation par le juge des dispositions constitutionnelles » (20).

Cette critique repose évidemment sur une perception assez naïve des rapports entre le juge et le texte qu'il doit appliquer ou interpréter, s'agissant surtout du juge constitutionnel et, comme souvent en France, ne fait

(19) C'est pourquoi il a été supprimé en 1985.

(20) D. LOSCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Revue Pouvoirs*, n° 13 (1980), pp. 35-49.

pas référence au droit comparé. Dans le même temps, en effet, on peut glorifier l'exemple américain et oublier que la Cour suprême des États-Unis a à interpréter une Constitution vieille de deux siècles et dont les dispositions ne sont pas toujours d'une grande précision. Alors que les juristes américains, loin de se plaindre de cette ambiguïté des textes, s'en sont au contraire félicités. Comme l'a souligné M. Cappelletti dans son rapport précité dans lequel nous puiserons la citation suivante due à un juge des États-Unis : « Ce n'est pas avec ironie que je qualifie les termes de la Déclaration des droits « d'ambiguïtés glorieuses ». La nature insaisissable même de leur substance a rendu possible la mise au point et la remise au point de la doctrine constitutionnelle, de manière à satisfaire les besoins d'une société libre, pluraliste et en évolution. *Tandis que la précision occupe une place d'honneur dans la rédaction d'un arrêté préfectoral, elle est mortelle lorsqu'il s'agit d'une constitution qui veut être vivante* » (21).

La question de la légitimité du contrôle juridictionnel des lois a été particulièrement discutée sous cet angle lors de l'affaire des nationalisations en 1981, en 1986 à propos de diverses lois et en 1993.

Logiquement une telle controverse ne devrait pas se produire dans les pays ayant une Constitution moderne et comportant de nombreuses et abondantes précisions, ainsi qu'il en va en Allemagne fédérale, Italie, Espagne ou Grèce.

Mais ceci n'est pas établi car, malgré les précisions et parfois même à cause de ces précisions, la controverse va naître et pourra conduire à mettre en cause le contrôle opéré par le juge.

A la limite, on pourrait même dire que la légitimité du contrôle juridictionnel des lois est fonction du faible degré de précision du texte constitutionnel, car moins les dispositions constitutionnelles sont précises plus la liberté du législateur est grande. Comme le dit Kelsen, « la liberté du législateur, qui n'est subordonné qu'à la Constitution, n'est soumise qu'à des limitations relativement faibles ; son pouvoir de création reste relativement grand » (22). Et cela parce que les dispositions constitutionnelles restent assez générales.

En conséquence, augmenter la précision des textes constitutionnels pour rendre plus aisé et légitime le contrôle juridictionnel des lois, aboutit en fait à diminuer la liberté du législateur et donc à rendre plus contraignant le contrôle, en augmentant par ailleurs la rigidité de la Constitution.

E. *La légitimité peut être fonction de la structure de l'État*

Il est à peine besoin de noter que dans les États Fédéraux, la nécessité et donc la légitimité du contrôle juridictionnel des lois sont encore plus évidents que dans les autres États : ainsi en est-il en Autriche et en Allemagne.

(21) Texte de la citation en français dans le rapport précité de M. CAPPELLETTI, *Cours constitutionnelles...*, p. 474, d'une opinion du juge Shirley M. HUESTEDLER, « In the Name of Justice », *Stanford Lawyer*, 14, n° 1 (1979), pp. 3-4 (souligné par moi).

(22) *Op. cit.* R.D.P. 1928, p. 200.

Encore doit-on constater que même dans les États qui n'ont pas à proprement parler, une structure fédérale, cette nécessité se fasse clairement jour. Ainsi en est-il en Italie, en Espagne et même au Portugal : mais il est vrai qu'il s'agit d'États quasi-fédéraux, ou de ce que l'on a appelé des États régionaux.

Mais le contrôle juridictionnel des lois est également indispensable dans des États comme la Belgique afin d'assurer un équilibre entre communautés ethniques et linguistiques. Et, même en France, le contrôle des lois apparaît comme un moyen de garantir l'équilibre constitutionnel entre l'État et les collectivités territoriales, et c'est donc une justification supplémentaire de sa légitimité.

II. LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL TIENT AUX FONCTIONS QU'IL ASSUME

A divers titres, le contrôle juridictionnel des lois peut contribuer à mieux faire fonctionner des régimes démocratiques et en ce sens sa légitimité peut être mieux reconnue si on met l'accent sur ses effets bénéfiques, non seulement dans le domaine juridique mais également dans le domaine politique.

Pour la clarté de l'exposé, seront distinguées une série de fonctions, mais bien évidemment certaines sont très proches les unes des autres et il peut y avoir quelque arbitraire à les différencier aussi nettement.

A. Le contrôle juridictionnel des lois permet de faire trancher en termes juridiques des conflits d'ordre politique

Lorsque majorité et opposition s'affrontent sur des questions importantes sans que les électeurs soient appelés à trancher, il est évident que le recours au juge constitutionnel pour le faire statuer sur la loi adoptée par la majorité a la vertu d'apaiser le débat et de le rendre plus serein. Parfois même, dès lors que la décision du juge constitutionnel est rendue, la controverse s'éteint.

Maints exemples pourraient être donnés dans les divers pays. Il est un problème notamment qui s'est trouvé posé en même temps en Allemagne, en Autriche, en France et en Italie : celui de la constitutionnalité de l'avortement ou de l'interruption volontaire de grossesse. La controverse était vive, notamment en Allemagne et en France, tant au Parlement que dans l'opinion. Mais dès lors que les décisions ont été prises par les juges constitutionnels — essentiellement au début de 1975 — il y a eu un apaisement de la querelle même si, dans certains pays, elle n'a pas cessé complètement.

Il en a été de même en France pour l'affaire des nationalisations : la fièvre est montée au cours du deuxième semestre de 1981, puis elle est retombée début 1982 avec la décision du Conseil constitutionnel.

Il y a pacification de la vie politique par le contrôle juridictionnel des lois parce que l'opposition a à sa disposition un moyen de s'assurer que la majorité ne franchit pas les limites fixées par la Constitution et donc que les règles fondamentales, sur lesquelles il y a eu consensus à

un moment donné de l'histoire du pays, ne seront pas remises en cause du moins sans son accord (23).

Très proche de cette fonction est évidemment celle de régulation et d'authentification des changements politiques.

B. La régulation et l'authentification des changements politiques ou alternance

Un changement de majorité au Parlement et au gouvernement intervenant après plusieurs années de gestion par une formation politique opposée, peut provoquer un état de tension dû tant à l'esprit de revanche de l'équipe qui arrive au pouvoir qu'à son souci de défaire aussi vite que possible ce qui a été fait par la précédente équipe. Ceci peut se produire au cas d'alternances contrastées comme en France, en Espagne, au Portugal ou même en Allemagne et en Autriche.

L'existence d'un contrôle juridictionnel des lois aura pour effet d'éviter un trop fort retour de balancier susceptible de rompre l'équilibre constitutionnel.

Les lois votées par la nouvelle majorité devront rester dans le cadre constitutionnel. Il y aura une régulation c'est-à-dire une canalisation du flot des réformes, le juge constitutionnel indiquant celles qui peuvent être faites par la loi et celles qui exigent une révision de la Constitution.

Ceci est évidemment de nature à gêner la majorité qui ne pourra mener à bien toutes les réformes prévues. Mais, d'une part, les réformes qui, après recours au juge constitutionnel, auront été déclarées conformes à la Constitution seront en quelque sorte authentifiées, et bénéficieront donc d'une autorité supplémentaire ; d'autre part, il sera bien commode parfois pour l'équipe au pouvoir de prendre prétexte d'une possible censure du juge constitutionnel pour ne pas faire adopter une réforme qu'elle avait pourtant promise à ses électeurs.

Par ailleurs, l'opposition a le sentiment qu'avec le contrôle juridictionnel des lois, elle pourra éviter d'être écrasée ou victime d'une revanche de la nouvelle majorité.

La France de 1981-1982 a vécu pour la première fois une alternance ou changement de majorité contrastée, et la fonction du contrôle juridictionnel des lois est apparue comme vraiment essentielle (24) alors surtout que jusque-là, il n'y avait eu ni véritable alternance, ni contrôle juridictionnel des lois (l'un et l'autre étant inconcevables sous la III^e et la IV^e République).

C. Le renforcement de la cohésion de la société politique

On empruntera à E. Garcia de Enterría l'illustration ou la démonstration de l'existence de cette fonction : « Esta se ha revelado ser un formida-

(23) *Contra*, Alec STONE, *The birth of judicial politics in France, The Constitutional Council in comparative perspective*, Oxford University Press, 1992.

(24) V. notre article : L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et l'alternance », *R.F.S.P.*, n° 4-5, 1984, pp. 1002 et s.

ble instrumento de integración política y social de la sociedad a la que sirve » (25).

Il relève que cela s'est d'abord produit aux États-Unis. Puis en Allemagne fédérale où « la misma comprobación de los beneficiosos efectos del sistema por la integración política y social es ya también admitida por todos » (26).

Et aujourd'hui, on constate le même phénomène en France et en Espagne : le prestige de la Constitution est rehaussé par le contrôle juridictionnel des lois et les valeurs fondamentales qu'elle contient sont désormais respectées et mises en œuvre.

Il y a aussi une vertu pédagogique du contrôle juridictionnel des lois car les problèmes constitutionnels sont, de son fait, exposés publiquement et contradictoirement. Et Garcia de Enterría invoque l'ensemble américain cité par Rostow selon lequel la Cour suprême est un « organisme éducatif » et les juges constitutionnels animateurs d'un « séminaire national de vie ».

Il est vrai que, dans les pays européens aussi, le contrôle juridictionnel des lois assuré par les Cours constitutionnelles aboutit à familiariser les citoyens avec les notions constitutionnelles qui, sinon, resteraient assez lointaines.

D. *La diffusion et l'enracinement des droits fondamentaux*

Cette fonction est évidemment très proche de la précédente : mais elle ajoute une dimension supplémentaire à travers l'idée d'une pénétration ou d'une imprégnation des diverses branches du droit par l'idéologie ou la philosophie des droits fondamentaux.

Le professeur Georg Ress parle à ce sujet de « normativisation » de la Constitution qui conduit, notamment en Allemagne « à ce que la Constitution produit son effet sur l'ensemble du système de droit » ce qui provoque une nouvelle interprétation ou conception de disciplines jusqu'ici assez éloignées du droit constitutionnel. Ce phénomène qui a connu un développement remarquable en Allemagne et en Autriche et aussi en Italie, a fait son apparition en France et en Espagne.

Le degré de pénétration de la doctrine des droits fondamentaux constitutionnels au sein des diverses branches du droit est cependant fonction de la force de persuasion de la Cour constitutionnelle à l'égard des tribunaux ordinaires et des mécanismes qui lui permettent d'assurer sinon d'imposer l'adoption de sa doctrine (mécanismes très efficaces en Allemagne fédérale par exemple ; nettement moins ailleurs) ; et aussi de la manière dont est enseigné le droit constitutionnel jurisprudentiel dans les universités ou dans les écoles de formation des fonctionnaires ou des magistrats.

E. *La fonction précédente implique évidemment que soit remplie la mission de protection des droits fondamentaux*

C'est une des principales justifications du contrôle juridictionnel des lois et historiquement, comme nous l'avons vu, la raison de la création de la justice constitutionnelle en Allemagne fédérale et en Italie.

(25) *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, op. cit., p. 194.

(26) *Ibid.*

Il est un aspect cependant à mettre en relief comme l'a fait M. Cappelletti (27) dans son rapport au colloque d'Aix : certains groupes ou tendances minoritaires n'ont pas accès aux instances politiques et constitutionnelles normales du fait de leur faible représentation. Ils sont donc marginalisés et leurs droits risquent de ne pas être reconnus ou défendus. La justice constitutionnelle et le contrôle juridictionnel des lois peuvent leur donner la possibilité de faire valoir leurs droits et leurs revendications.

F. *L'adaptation de la Constitution*

Une Constitution qui vieillit et qui est trop rigide pour être modifiée et révisée aisément, constitue potentiellement un danger pour la démocratie car elle appelle des changements brutaux. Par son action progressive le contrôle juridictionnel des lois peut faciliter l'adaptation et l'évolution de la Constitution.

A cet égard, on peut relever que la France aurait pu faire l'économie de quelques constitutions, si elle avait disposé d'un contrôle juridictionnel des lois. C'est ce que souligne très justement E. Garcia de Enterría en opposant le système américain au système français (28) : « Frente al sistema americano, de hacer constantemente operativa una Constitución inmutable y capaz de dar calida a las aspiraciones cambiantes de todos los grupos y de todos las épocas (...), el sistema francés alternativo de ajustes constitucionales periodicos y sucesivos siempre discutidos (...) ».

Il est vrai cependant, comme l'a fait remarquer Th. Öhlinger, que le contrôle juridictionnel des lois peut aboutir à des révisions régulières de la Constitution « corrigeant » les arrêts de la Cour constitutionnelle.

Ceci suppose soit que la révision de la Constitution soit très aisément réalisable, soit qu'il existe une majorité suffisante, et donc un consensus, au Parlement pour réviser la Constitution (ce qui a été le cas en Autriche).

On arrive alors à une multiplication des lois constitutionnelles que doit ensuite appliquer le juge constitutionnel, comme le juge ordinaire le fait des lois ordinaires. De sorte que, comme le remarque le professeur Öhlinger, par ailleurs juge suppléant à la Cour constitutionnelle d'Autriche, « le contrôle juridictionnel des lois ne se distingue qu'à peine de l'activité d'un juge « normal » : en substance il reste seulement applicateur des lois ». C'est un thème que l'on retrouvera plus loin.

III. LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL TIENT A LA COMPOSITION DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

La légitimité de la justice constitutionnelle est souvent mise en cause à propos de la composition des juridictions constitutionnelles — qu'il s'agisse des Cours suprêmes placées au sommet d'un édifice juridictionnel

(27) Cf. M. CAPPELLETTI, citant M. SHAPIRO, in *Cours constitutionnelles...*, p. 478.

(28) *Op. cit.*, p. 194.

ou des Cours et tribunaux constitutionnels — chargés de rendre cette justice.

Il sera tiré profit des travaux de la Table ronde internationale tenue à Aix-en-Provence le 20 octobre 1988 sur le thème : « Les juges constitutionnels », et qui fournit beaucoup de renseignements sur le recrutement et la « sociologie » de ces juges (29).

On avancera deux propositions, la première étant descriptive et la seconde se voulant plus constructive : la composition des juridictions constitutionnelles conditionne la légitimité de la justice constitutionnelle ; la recherche de la légitimité impose un certain type de composition des juridictions constitutionnelles.

A. *La composition des juridictions constitutionnelles conditionne la légitimité de la justice constitutionnelle*

La question de la composition des juridictions constitutionnelles est certainement celle qui a provoqué — du moins en France — le plus d'équivoques et d'erreurs que je me suis efforcé de combattre et de dissiper depuis plus d'un quart de siècle en faisant appel au droit comparé (30).

Il est aujourd'hui admis généralement d'une part, que la composition des juridictions constitutionnelles est adaptée à leur mission, et d'autre part, que leur crédibilité et donc leur légitimité est fonction essentiellement du mode de désignation des juges constitutionnels.

1. — Les juridictions constitutionnelles appartiennent au même genre que les juridictions ordinaires mais non à la même espèce.

Les questions soumises aux juridictions constitutionnelles se situent au plus haut niveau : celui où se rejoignent droit et politique. Il s'agit de problèmes relatifs à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics ou bien au système de production de normes ; ou bien encore de se prononcer sur ce qu'on appelle des « choix de société », d'une importance capitale pour les individus. En outre, les décisions des juridictions constitutionnelles mettent en cause souvent les actes des autorités les plus élevées de l'État, et notamment les lois du Parlement, qui sont considérées comme exprimant la volonté générale.

Ces juridictions ne peuvent donc avoir la même composition que les juridictions ordinaires sous peine de voir leur légitimité contestée, par ceux qu'elles contrôlent, c'est-à-dire essentiellement les gouvernants. En conséquence, les magistrats professionnels qui composent normalement les juridictions ordinaires, n'ont pas leur place *naturelle* au sein des juridictions constitutionnelles, du moins à titre principal.

Et c'est là que se situe d'ailleurs la première fausse croyance fort répandue il y a quelques années en France par exemple — mais aussi dans d'autres pays — selon laquelle seule la qualité de magistrat professionnel

(29) *Annuaire international de justice constitutionnelle*, IV-1988 (Paris 1990), pp. 80-227.

(30) Cf. L. FAVOREU, in *Revue du droit public*, 1967, pp. 5-120.

garantirait l'indépendance et l'impartialité des juridictions et notamment des juridictions constitutionnelles.

Il est bien connu que même les magistrats britanniques, dont pourtant le prestige est considérable, ne se voient pas reconnaître — et ne se reconnaissent pas eux-mêmes — l'aptitude nécessaire à un contrôle de constitutionnalité des lois (31).

Mauro Cappelletti a bien montré, en outre, qu'en Europe continentale les juges ordinaires ne sont pas préparés à un tel contrôle : « Les juges d'Europe continentale sont habituellement des magistrats de "carrière" peu aptes à assurer une tâche de contrôle des lois, tâche qui, nous le verrons, est inévitablement créatrice et va beaucoup plus loin que leur fonction traditionnelle de "simples interprètes" et de "fidèles serviteurs" des lois. L'interprétation même des normes constitutionnelles, et spécialement du noyau central de celles-ci qu'est la Déclaration des droits fondamentaux ou "*Bill of Rights*", est normalement très différente de l'interprétation des lois ordinaires ; elle demande une approche qui se conjugue mal avec la traditionnelle "faiblesse et timidité" du juge de modèle continental ».

Certes, il y a des exceptions, et l'on remarquera notamment qu'au Portugal, les juridictions ordinaires peuvent assurer un tel contrôle ; mais c'est le Tribunal constitutionnel qui, en définitive, tranchera la ou les questions de principe.

Le fait que les juridictions constitutionnelles n'ont pas la même composition que les juridictions ordinaires ne leur enlève pas leur caractère de juridiction : ce n'est pas parce que les juridictions constitutionnelles ne sont pas composées de magistrats professionnels parvenus à ce stade à la suite d'un déroulement normal de carrière qu'elles ne peuvent être qualifiées de juridictions car la qualification de juridiction ne dépend pas exclusivement de critères forgés pour les juridictions ordinaires.

D'ailleurs, il existe de nombreuses juridictions ordinaires, dans divers pays (notamment en France mais aussi en Grande-Bretagne) qui ne sont pas composées de magistrats professionnels, sans que leur soit refusée la qualité de juridiction.

2. — Si l'on étudie la composition des principales juridictions constitutionnelles (Cour suprême des États-Unis, Canada, Norvège, Danemark, Japon, Tribunal fédéral suisse, Cours constitutionnelles d'Autriche, R.F.A., Italie, Espagne, France, Portugal, Belgique, Pologne, Hongrie, etc.), on constate qu'un certain nombre de traits caractéristiques se retrouvent presque systématiquement qui concernent tant le mode de désignation des juges que les qualités de ces juges eux-mêmes.

a) Le mode de désignation des juges constitutionnels. Les juges constitutionnels sont toujours désignés par des autorités politiques.

(31) V. par ex. N. H. ANDREWS, « L'Angleterre doit-elle adopter une Déclaration des droits assortie d'un contrôle juridictionnel des lois ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, V-1989 (Paris 1991), pp. 35-56 (spécialement pp. 50-51).

Ils sont soit désignés par le gouvernement seul (Canada, Japon, Norvège, Danemark), soit par le pouvoir exécutif avec l'accord d'une assemblée (États-Unis, Brésil), soit par une assemblée avec le Roi (Belgique), soit par une assemblée (Portugal), soit par les deux assemblées (R.F.A.), soit par l'exécutif et le Parlement (Autriche, France), soit enfin par l'exécutif, le législatif et le judiciaire (Italie, Espagne).

Il est aussi connu que, quelles que soient les précautions juridiques prises (majorité qualifiée par exemple en Italie, R.F.A., Espagne, Portugal), les nominations sont toujours le résultat d'un processus politique (32).

La seule différence entre les divers systèmes est que certains ont ouvertement recours à la *Parteinproporz* c'est-à-dire à la répartition proportionnelle ou équilibrée des sièges entre les partis politiques (Autriche, Allemagne, Italie, Portugal, Suisse) alors que d'autres (États-Unis, France, Espagne) s'en remettent en quelque sorte à l'alternance pour assurer une pluralité de sensibilités au sein de la juridiction constitutionnelle (33).

Ce mode de désignation des juges constitutionnels par des autorités politiques pour des motifs politiques, loin de constituer une tare des systèmes de justice constitutionnelle, est au contraire une qualité et même une nécessité : car la légitimité de la justice constitutionnelle repose en grande partie sur cette technique de désignation, ainsi qu'il est admis aujourd'hui de manière générale.

Le contre-exemple est fourni par l'expérience grecque : en effet, la Constitution de 1975 a cru assurer un bon fonctionnement du système en faisant désigner les membres de la Cour spéciale supérieure par un *tirage au sort* respectivement parmi les magistrats et les professeurs. Et le résultat est que cette institution n'a pas connu le développement qui aurait pu être le sien si elle avait eu une assise démocratique.

Des préoccupations autres que strictement politiques sont parfois présentes dans le processus de désignation des juges constitutionnels : il s'agit — officieusement — de représenter telle ou telle partie de la population (ainsi aux États-Unis) ou officiellement, de faire une place à telle communauté ou société distincte (les deux juges québécois au sein de la Cour suprême canadienne ; les six juges de chaque communauté en Belgique).

Ces diverses préoccupations — de nature politique ou autre — ne font que traduire le souci de rendre adaptable ou crédible la juridiction constitutionnelle chargée d'imposer son interprétation de la Constitution aux gouvernants : la légitimité de la justice constitutionnelle est fonction de son acceptation par ceux qu'elle va contrôler et aussi par l'opinion.

b) Les qualités des juges constitutionnels. L'utilisation de telle ou telle technique de désignation des juges constitutionnels ne suffit pas à

(32) V. les diverses communications à la Table ronde d'Aix, du 20 octobre 1988 (A.I.J.C., IV-1988, pp. 79-227). V. aussi, dans le même *Annuaire*, l'étude de A. VON BRUNNECK, « Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales », notamment p. 18 ; A. WEBER, A.I.J.C., I-1985, p. 45.

(33) C'est ce que j'ai proposé d'appeler le système de « pondération par l'alternance ».

assurer la crédibilité de ceux-ci : encore faut-il que les juges choisis présentent un certain nombre de qualités ou caractéristiques.

Il semble que six critères ou paramètres puissent être retenus, étant entendu qu'ils ne sont pas nécessairement associés ou réunis dans un même cas et qu'ils ont une importance très différente : l'âge, le sexe, la qualification professionnelle ou universitaire, la sensibilité politique, l'appartenance à une communauté linguistique ou religieuse ou ethnique, leurs antécédents.

Les deux premiers critères ne semblent pas jouer un très grand rôle dans le processus de légitimation de la désignation.

L'âge n'est pas considéré comme un facteur important de légitimité. On peut constater que les juges constitutionnels ne sont pas généralement nommés avant 50 ans : mais cela ne saurait être considéré comme une règle car cela varie selon les juridictions. Même si fréquemment — du moins en France — les juges constitutionnels sont dénommés « les sages », on ne peut affirmer qu'un âge avancé renforce la crédibilité des juges constitutionnels : il peut être parfois, au contraire, une cause de contestation de la juridiction constitutionnelle (34).

L'absence de toute femme au sein des juridictions constitutionnelles est aujourd'hui critiquée et la Cour suprême américaine comme le Conseil constitutionnel français ont récemment accru leur légitimité en accueillant dans leurs rangs la première femme, juge constitutionnel.

Toutefois, en dehors de ces cas-là, la question de savoir si un homme ou une femme sera nommé ne revêt pas une importance particulière et la légitimité d'une juridiction constitutionnelle ne dépendra pas d'une répartition équilibrée entre hommes et femmes.

La question se pose différemment à propos de la qualification technique des juges constitutionnels. Il est en effet généralement considéré qu'il doit s'agir de juristes et même de juristes chevronnés faute de quoi la crédibilité de l'institution, et donc sa légitimité, pourrait être mise en cause. Et effectivement, dans la grande généralité des cas, cette qualité de juriste sera exigée.

En fait, cette exigence ne me paraît pas à elle seule susceptible de produire l'effet recherché : un juge constitutionnel non juriste mais doté d'une forte personnalité et d'une solide expérience dans la gestion des affaires publiques pourra renforcer davantage le crédit de la justice constitutionnelle qu'un juriste technicien. Il y a des juges non juristes au sein du Conseil constitutionnel français (35) et de la Cour d'Arbitrage de Belgique. Il y en a eu jusqu'après la guerre au sein de la Cour suprême des États-Unis.

La sensibilité politique a évidemment une importance beaucoup plus grande car elle donne l'impression aux forces politiques qu'elles sont

(34) Ainsi aux États-Unis, au temps du *New Deal*, et en France après l'affaire des nationalisations.

(35) Il est vrai qu'ils sont en diminution puisqu'actuellement sur 9 juges, on compte un seul non juriste.

représentées au sein de l'organe de contrôle et qu'elles peuvent lui faire confiance de ce fait.

Il en va de même de l'appartenance à un groupe ou communauté linguistique, religieux ou ethnique ; cela rassure et donne confiance dans les hypothèses où c'est nécessaire, c'est-à-dire au cas de société plurielle ou pluri-composée.

Un dernier point est à souligner : c'est que dans les pays sortant de période de dictature ou de régime autoritaire, la légitimité de la juridiction constitutionnelle peut être atteinte si la composition de celle-ci fait trop de place aux hommes du passé, surtout lorsque ceux-ci se sont compromis avec l'ancien régime.

Il est bien évident qu'en Europe de l'Est, la crédibilité de certaines Cours constitutionnelles n'est pas des plus certaines, compte tenu de leur composition.

B. La recherche de la légitimité impose un certain type de composition des juridictions constitutionnelles

Il ne s'agit ici que de formuler quelques observations ou réflexions que peut inspirer l'examen des diverses expériences, en se risquant à une tentative de systématisation.

On peut estimer que la recherche de légitimité de la justice constitutionnelle conduit à privilégier trois objectifs, d'importance différente, dans la détermination de la composition des juridictions constitutionnelles : le pluralisme, la représentativité, la complémentarité.

1. — D'une manière ou d'une autre, l'important est que l'organe chargé de la justice constitutionnelle ait une composition pluraliste, c'est-à-dire qu'une seule tendance ou sensibilité ne soit pas exclusivement représentée en son sein, faute de quoi ledit organe n'aura pas de véritable légitimité.

On peut prendre deux exemples pour illustrer ce propos.

L'exemple japonais, tout d'abord : la Cour suprême dont les membres sont désignés par le gouvernement, c'est-à-dire par la majorité au pouvoir, a une composition politiquement homogène car le même parti a dominé la vie politique depuis la fin de la Seconde Guerre ; en conséquence, la Cour ne déclarait pratiquement jamais l'inconstitutionnalité d'une loi et sa crédibilité, en tant que juge constitutionnel, est faible (36).

L'exemple suédois va exactement dans le même sens : le même parti ayant été au pouvoir pendant une période de près de cinquante ans, la composition des Cours suprêmes a toujours été homogène, le gouvernement ne nommant que des juges de sa tendance ; dès lors, le contrôle de constitutionnalité des lois n'existe pas et les juristes suédois savent qu'ils doivent s'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme s'ils veulent avoir quelque chance de succès.

(36) Cf. M. NAKAMURA, « Quarante ans de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *A.I.J.C.* III-1987, pp. 691 et s. V. dans le même sens, la chronique régulière de M. UENO dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*.

Comment obtenir ce pluralisme nécessaire à la légitimité de la juridiction constitutionnelle ? Deux conditions au moins doivent être réunies.

Une des premières conditions de réussite est sans doute le renouvellement régulier des membres de la juridiction constitutionnelle. En effet, à la différence des juridictions ordinaires, les juridictions constitutionnelles sont composées de juges nommés assez tard (vers les cinquante ans) et le plus souvent pour une durée déterminée et relativement courte ; le juge constitutionnel ne fait normalement pas carrière ; il n'est juge constitutionnel que pour un temps. La Cour suprême des États-Unis fait exception, encore que l'on puisse noter qu'un tiers des juges en fonction dans les quarante ans qui ont suivi la Seconde Guerre, n'ont guère dépassé les quinze ans d'exercice, et qu'en moyenne, il y a eu un renouvellement à la Cour tous les 22 mois.

La seconde condition est que le système de nomination et de renouvellement soit à même, en quelque sorte, de « fabriquer » ou de produire le pluralisme. A cet égard, le système de la « *parteins proporz* » a montré son efficacité dès lors qu'il assure la présence de plusieurs tendances au sein de la juridiction constitutionnelle. Le système de « pondération par l'alternance » de type américain ou français produit des effets plus aléatoires car il suppose que se produise une alternance au pouvoir à des intervalles de durée raisonnable, ce qui s'est réalisé jusqu'ici tant aux États-Unis qu'en France (de 1959 à 1994).

A cet égard, on notera l'importance fondamentale du phénomène de l'alternance dès lors que n'est pas utilisé le système de la *proporz*, car il permet d'obtenir le pluralisme : c'est ainsi qu'au Canada, ce pluralisme existe parce qu'à la différence des Cours suprêmes japonaise et suédoise, les juges de la Cour suprême de ce pays sont désignés par des majorités qui alternent au gouvernement.

2. — La question est très proche de la précédente, quoiqu'un peu différente : pour conférer une légitimité à la juridiction constitutionnelle, sa composition peut avoir à tenir compte de la nécessité de représenter des tendances ou des parties de la population.

S'agissant des tendances ou sensibilités politiques, le problème est de savoir s'il faut les représenter toutes.

Le système de la *proporz* permet de le faire : mais on notera qu'en Autriche et en Allemagne, le partage des sièges de juges se fait entre les deux principaux partis (avec quelquefois, une possibilité pour le Parti libéral auquel l'un des deux grands partis fait une place) et qu'en Italie, la répartition se fait entre les cinq partis formant ce que l'on appelle « l'arc républicain », en excluant les autres partis ; alors qu'en revanche, au Portugal et en Suisse, tous les partis ont une représentation.

En fait, il est admis que l'important est de donner voix au chapitre aux partis susceptibles de gouverner un jour, c'est-à-dire aux partis qui sont soit au gouvernement, soit dans l'opposition (dès lors qu'ils ont une chance d'accéder au pouvoir lors d'une alternance). On peut considérer aussi que le fait qu'en Allemagne ou en France, la sensibilité communiste ne soit pas représentée au sein de la juridiction constitutionnelle, ne met pas en cause la légitimité de la justice constitutionnelle parce que le parti

communiste n'est pas au nombre des « partis de gouvernement » c'est-à-dire des partis qui peuvent alterner au pouvoir.

Ceci exprime le fait que l'institution de la justice constitutionnelle ne fonctionne bien que si ceux qui sont soumis au contrôle (c'est-à-dire les gouvernants et ceux qui, dans l'opposition, ont vocation à les remplacer) ont le sentiment qu'ils participent à la désignation des membres de l'organe de contrôle : *les contrôlés doivent avoir le sentiment qu'ils sont associés à la désignation des contrôleurs.*

C'est ce qui explique d'ailleurs que l'on doit dénier le caractère de Cour constitutionnelle à la Cour de justice des Communautés européennes car, comme nous l'avons montré, les juges de cette Cour ne sont pas désignés conformément au processus décrit ci-dessus (37) : les partis politiques représentés au Parlement européen ne participent pas à la désignation des juges de la Cour qui d'ailleurs ne contrôle que très partiellement les actes du Parlement.

Dans certains cas, on cherche également à représenter la population dans sa diversité linguistique, religieuse ou ethnique.

Certains pays, comme la France, excluent cette possibilité car ils s'interdisent toute distinction au sein d'une population qui est considérée comme homogène et qui doit même l'être d'après notre Constitution (38).

Ceci est plus aisé dans les États fédéraux et de manière générale, dans les États composés où l'on admet officiellement que coexistent plusieurs communautés ou que certaines minorités doivent être protégées. La question est évidemment ici aussi de savoir si l'on doit représenter toutes les composantes d'une population ou si l'on doit n'en retenir que quelques-unes. En outre, la représentation peut avoir un caractère officiel (comme en Belgique ou au Canada) ou officieux (comme aux États-Unis).

Il est très difficile de se prononcer sur ce point, à la différence du précédent.

3. — Ceci touche davantage la question des compétences techniques et des expériences des juges constitutionnels.

Il semble que la crédibilité de la justice constitutionnelle soit atteinte lorsque l'une des composantes est sur-représentée voire exclusivement représentée. Aussi une juridiction constitutionnelle composée de juristes « purs », c'est-à-dire n'ayant pas eu d'autres activités dans les domaines politiques ou syndicaux, ne serait pas sans doute pleinement acceptée (39).

(37) Cf. L. FAVOREU, « Vers une justice constitutionnelle communautaire » ?, in *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, Ed. Université de Bruxelles, 1988, pp. 233-243.

(38) On rappellera que, récemment, le Conseil constitutionnel a refusé qu'une loi puisse consacrer, même formellement, la notion de « peuple corse » (9 mai 1991, FAVOREU et PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e éd., n° 45).

(39) On notera cette observation de M. FROMONT à propos de la faible proportion des juges ayant eu une expérience politique au sein de la Cour constitutionnelle allemande : « Cette sous-représentation du monde politique est souvent considérée comme la cause d'une certaine méconnaissance de la réalité politique, voire d'une certaine naïveté, dont témoigneraient certains jugements de la Cour » (*A.I.J.C.* IV-1988, p. 84).

A l'inverse, si les « politiques » dominaient trop, il y aurait aussi contestation de la composition.

La proportion importante de professeurs d'université dans la plupart des Cours constitutionnelles européennes avait été relevée comme une singularité et une spécificité européenne par un auteur américain au début des années soixante. Elle s'explique cependant par le fait que c'est dans leurs rangs que l'on a plus facilement trouvé des personnalités indépendantes lors du passage des régimes autoritaires aux régimes démocratiques.

On pourrait faire valoir aussi que l'expérience des avocats et des fonctionnaires est nécessaire au sein d'une juridiction constitutionnelle.

En définitive, c'est un dosage et un équilibre satisfaisant entre les diverses expériences qui doit être trouvé pour assurer au juge constitutionnel le maximum de crédibilité.

Dans un rapport de synthèse reprenant plusieurs contributions nationales, on peut lire cette conclusion qui me paraît sage (et correspondre au surplus à la réalité) :

« L'expérience constitutionnelle des juges constitutionnels varie. En réalité seul un praticien ayant beaucoup d'expérience comme juge, avocat, fonctionnaire, professeur ou homme politique peut être nommé. Dans la plupart des pays, on recherche un mélange de ces cinq groupes, afin de mettre en jeu des expériences différentes dans le contrôle de constitutionnalité » (40).

IV. LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL TIENT A CE QU'IL N'A PAS LE DERNIER MOT

Ce qui fonde la légitimité du juge constitutionnel c'est que, normalement, le contrôle qu'il exerce et la censure qu'il peut prononcer à l'encontre d'un texte législatif, ne s'analysent pas comme un verrou ou un barrage, mais comme un aiguillage : c'est-à-dire que l'obstacle opposé par le juge constitutionnel à une loi ordinaire n'est pas définitif et peut être levé par le vote d'une loi constitutionnelle ; en conséquence, le contrôle de constitutionnalité joue le rôle d'un aiguillage en orientant les réformes vers la voie normative adéquate, en l'occurrence, la voie constitutionnelle. C'est ainsi que j'avais expliqué, dès 1982 (41), quelle était la véritable signification du contrôle de constitutionnalité en m'appuyant sur les idées de Kelsen et d'Eisenmann selon lesquels toute inconstitutionnalité, même de fond, peut s'analyser en définitive en une incompétence du législateur ordinaire, car seul le constituant aurait pu prendre la (ou les) disposition(s) censurées. Car comme le souligne Eisenmann dans sa thèse, « la question en son fond reste de procédure : prononcer l'inconstitutionnalité d'une norme légale, c'est dire que dérogeant par son objet ou son contenu à

(40) A. VON BRÜNNECK, *op. cit.*, p. 20.

(41) *R.D.P.* 1982, pp. 419-420. V. aussi « Le Conseil constitutionnel et l'alternance », *R.F.S.P.* 1984.

la Constitution, cette norme aurait dû être posée en la forme constitutionnelle » (42).

Le doyen Vedel est allé dans le même sens dans son avant-propos à la réédition de la thèse d'Eisenmann en 1986 et il a repris cette idée récemment dans son étude de Maastricht à Schengen (43).

« C'est la plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. A celui qui se plaint que la loi votée par des représentants de la nation ne soit pas souveraine, comme la nation elle-même, on répond que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levé par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant, peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts ».

Au cours de l'été 1993, la question est devenue d'actualité en France, lorsque le ministre de l'Intérieur, quelques jours après la décision du Conseil constitutionnel censurant la loi sur la maîtrise de l'immigration, a fait valoir que seule une loi constitutionnelle reprenant ce qui venait d'être censuré, permettrait de mettre en application les Accords de Schengen (44). Ceci a déclenché un débat d'autant plus confus que c'était la première fois qu'une telle question était posée et que certains y ont vu une atteinte à l'autorité du Conseil constitutionnel, allant même jusqu'à soutenir que la France se déconsidérerait en suivant une telle démarche (45), ignorant apparemment ce qui se passait en droit comparé. En effet, il y a déjà soixante-dix ans, Édouard Lambert faisait état des amendements constitutionnels adoptés pour tourner certains arrêts de la Cour suprême des États-Unis (46) ; et, en Autriche, on ne compte plus aujourd'hui les lois constitutionnelles ayant cet objet (47). Il est parfaitement légitime, en effet, de demander au pouvoir constituant son interprétation de la Constitution et de « reprendre la parole » après une annulation par le juge constitutionnel. Comme l'a justement souligné le doyen Vedel,

(42) Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, p. 17.

(43) *R.F.D.A.* 1992, p. 173.

(44) *Le Figaro* du 17 août 1993.

(45) M. DÜVERGER, *Le Monde*, 30 sept. 1993 : Que penseraient de notre pays nos partenaires européens « s'il entreprenait maintenant de paralyser une décision de son Conseil par des manœuvres politiques ? ... Une révision constitutionnelle doit être évitée à tout prix... parce qu'elle serait considérée par toute l'Europe comme une manœuvre pour annuler une décision juridictionnelle par un vote parlementaire ou un referendum populaire, en violation de l'État de droit » !

(46) *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris 1921. V. l'étude récente de G. SCOFFONI, « Le Congrès des États-Unis et la remise en cause des interprétations constitutionnelles de la Cour suprême. Sur la conciliation entre justice constitutionnelle et théorie démocratique », in *R.F.D.C.*, 16-1993, pp. 675-707.

(47) *Op. cit.*, p. IX.

« la représentation nationale exprime bien la volonté générale, mais seulement dans les conditions prévues par la Constitution et dans les matières dévolues par celle-ci au législateur. Hors de ces limites la volonté générale ne peut s'exprimer que dans une procédure de révision constitutionnelle qui est précisément agencée pour que, sur des points fondamentaux, l'assentiment démocratique soit indiscutable » (48).

Ce que signifie donc, en définitive, le contrôle de constitutionnalité c'est que le consentement est d'autant plus difficile à obtenir que le sujet est grave ; et parfois même la majorité devra obtenir l'accord de l'opposition pour que soit entériné un choix de société particulièrement important.

Il a été fait à cette analyse deux objections.

Tout d'abord, il lui est reproché « de reposer sur le présupposé qu'une décision adoptée à une forte majorité est plus démocratique qu'une autre adoptée à une faible majorité » : or, selon Michel Troper « cette conception du principe majoritaire est contestable » car « le seul système démocratique, celui qui assure l'autonomie du plus grand nombre, c'est celui de la majorité simple ». L'argument est pour le moins surprenant et paradoxal car, à bien le comprendre, il signifierait, que toutes les exigences de majorité renforcée sont anti-démocratiques, notamment celles qui sont le plus souvent imposées pour l'adoption des lois constitutionnelles.

Ensuite, « la deuxième faiblesse de la théorie de l'aiguilleur réside dans un autre présupposé : que la voie indiquée par la Cour peut toujours être réellement empruntée ». Or, « il suffit de noter que certaines révisions constitutionnelles sont tout simplement impossibles » (49).

Et Michel Troper donne comme exemple la Constitution française actuelle qui, ne pouvant être révisée sans le consentement du Sénat, aucune réforme tendant à réduire ses pouvoirs ne peut aboutir. On notera que l'on peut en dire tout autant d'une réforme concernant l'Assemblée nationale ou le président de la République, puisque leur consentement est aussi nécessaire. Et dès lors quelle est la portée de l'argument ? Car il faut toujours, évidemment, le consentement des organes qui participent à la révision pour réduire leurs pouvoirs.

En outre, le fait que, dans certains cas et souvent momentanément, la révision ne soit pas possible, faute de consentements acquis dans les formes et à la majorité requises n'infirme nullement la justesse du raisonnement : cela la confirme au contraire, dans la mesure où la plus grande difficulté à obtenir un tel consentement est voulue et souhaitée dès lors qu'il s'agit de décisions graves et importantes. Enfin, si la loi constitutionnelle est trop facilement votée, cela signifie que la justice constitutionnelle sera corrélativement affaiblie dans la mesure où, trop facilement neutralisable, le contrôle de constitutionnalité n'aura plus aucune efficacité. C'est ce qui se passe notamment au Mexique où la Constitution est modifiée aussitôt qu'une loi est invalidée, dès lors que le régime du parti dominant

(48) *Op. cit.*, p. IX.

(49) M. TROPER, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité » (à paraître).

assure une majorité toujours suffisante pour voter des lois constitutionnelles, en sorte que le contrôle de constitutionnalité est sans effet.

Reste cependant une question qui est celle du contrôle possible des lois constitutionnelles par le juge constitutionnel.

On sait en effet que les Cours constitutionnelles allemande, autrichienne et italienne, par exemple, admettent la possibilité d'un contrôle des lois constitutionnelles : la Cour allemande, notamment, a déjà contrôlé de telles lois par rapport aux dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux.

Il est vrai que, dans ce cas, on peut se demander si n'est pas détruit l'argument selon lequel la légitimité du juge constitutionnel tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot. C'est d'ailleurs l'un des arguments que retient le doyen Vedel pour rejeter toute idée de supraconstitutionnalité et pour se féliciter que le Conseil constitutionnel français n'ait pas, jusqu'ici, franchi le pas comme ses homologues allemand ou autrichien (50).

Deux remarques pour conclure.

La question de la légitimité du juge constitutionnel prend une dimension particulière en Europe dans la mesure où, désormais, il existe un ou même deux juges susceptibles de désavouer les législateurs nationaux au niveau supranational. Comment en effet contester la possibilité pour le juge constitutionnel de contrôler les lois du Parlement dès lors que les Cours de Luxembourg et de Strasbourg — dont la légitimité démocratique est moins grande (51) — peuvent le faire ?

La véritable sanction de la légitimité de la justice constitutionnelle est donnée ou apportée par l'opinion publique. C'est elle qui en définitive consacre ou rejette l'institution au regard de sa jurisprudence et de son action au sein de l'État. En France, depuis une dizaine d'années, la légitimité du juge constitutionnel est ainsi consacrée.

(50) « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, pp. 79-97.

(51) Cf. en ce sens notre intervention au Colloque de Strasbourg, 17-18 juin 1993, à paraître in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1994.