

# JOURNAL

## *Point de vue d'outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel\**

FREDERIK L. MORTON

Pour l'observateur nord-américain<sup>1</sup>, l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel constitue un développement politique fascinant qui invite à une analyse comparative. Le développement du Conseil constitutionnel sous la V<sup>e</sup> République représente une tentative pour greffer la pratique du contrôle de constitutionnalité sur une longue tradition de suprématie parlementaire. A cet égard, on peut mettre en parallèle les récents développements au Canada, qui a abandonné en 1982 sa tradition de parlementarisme de style britannique en amendant sa Constitution afin d'y inclure une « Charte des droits et libertés »<sup>2</sup>. L'expérience beaucoup plus ancienne des Etats-Unis en matière de contrôle juridictionnel des lois et les nombreuses controverses qu'elle a engendrées, fournit également un riche secteur pour l'analyse comparative. Dans ce qui suit, l'auteur propose cinq comparaisons destinées à faciliter une meilleure compréhension du rôle grandissant du Conseil constitutionnel dans la vie politique fran-

\* La traduction a été aimablement réalisée par le service de la documentation étrangère de l'Assemblée nationale et le Groupe d'Etudes et de Recherches sur la justice constitutionnelle d'Aix-en-Provence.

1. F. L. Morton a enseigné le droit public comparé et le droit juridictionnel comparé aux Etats-Unis et au Canada ; il est actuellement professeur et codirecteur du Centre de Recherches et d'Etudes sociolégales de l'Université de Calgary (Alberta, Canada). Cette étude a été rédigée en 1987 au cours d'un séjour sabbatique à Aix-en-Provence, France. Une première version a été préparée pour la « Journée d'études du 13 mars 1987 » organisée par l'Association française des constitutionnalistes à Paris, F. L. Morton est de nationalité américaine.

2. F. L. Morton, *The impact of the Charter of Rights : The Judicialization of Canadian Politics*, 20, *Canadian Journal of Political Science*, 31-35 (mars 1987).

çaise, et d'une manière générale à apporter une contribution aux études comparatives, actuellement en plein développement, relatives aux juridictions constitutionnelles.

## I

Le rôle originel du Conseil constitutionnel était beaucoup plus modeste que celui qu'il a récemment assumé. Conçu à l'origine comme un « chien de garde » chargé de protéger l'exécutif contre les empiétements parlementaires, le Conseil constitutionnel a, au cours de la décennie qui vient de s'écouler, acquis la plupart des caractéristiques d'une véritable juridiction constitutionnelle, et notamment l'autorité lui permettant d'invalider les lois méconnaissant les droits constitutionnels. Certains ont fait grief au Conseil constitutionnel d'avoir usurpé des pouvoirs qu'il n'avait jamais été question de lui accorder.

De semblables griefs d'« usurpation » furent formulés contre la Cour suprême des Etats-Unis lorsqu'elle commença à exercer le contrôle juridictionnel des lois. La Constitution américaine n'attribue nulle part explicitement à la Cour suprême le pouvoir d'invalider des lois et les comptes rendus des travaux d'élaboration et d'adoption de la Constitution font état d'opinions extrêmement divisées sur le sujet. La Cour suprême n'essaya pas d'exercer un tel pouvoir pendant les treize premières années de son existence (1790-1803)<sup>3</sup>, et le Conseil constitutionnel fit de même en France (1958-1971)<sup>4</sup>. Fait plus important : la légitimité de la démarche du *chief justice* John Marshall revendiquant, pour la Cour suprême, le droit d'annuler les textes législatifs fut contestée jusqu'à la guerre de sécession (1860-1865). Alors que tous les partis admettaient le principe de la suprématie de la Constitution, il n'y avait pas de consensus sur la manière d'appliquer (de mettre en œuvre) ce principe. Le caractère non représentatif, non responsable, et donc non démocratique de la Cour suprême était le dénominateur commun de la plupart des arguments formulés contre le contrôle juridictionnel des lois au cours de la période de formation du système politique américain<sup>5</sup>.

La réponse de la Cour suprême à ces critiques fut un exercice très circonspect du contrôle juridictionnel des lois pendant les premières années. Après sa décision *Marbury v. Madison* en 1803, la Cour suprême ne déclara inconstitutionnelle aucune autre loi jusqu'en 1857, date de la désastreuse décision *Dredd Scott* — qui affaiblit gravement l'autorité de la Cour<sup>6</sup>.

3. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

4. Décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

5. Pour une relativement brève mais instructive recension des arguments en faveur des mécanismes alternatifs du contrôle de constitutionnalité, voir John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, 1984.

6. *Dredd Scott v. Sandford*, 19 Howard 393 (1857).

Ce fut seulement pendant les décennies faisant suite à la guerre de sécession — décennies au cours desquelles le contrôle juridictionnel des lois acquérait la légitimité que seul le temps peut conférer — que la Cour suprême devint plus agressive<sup>7</sup>.

On est particulièrement frappé de l'analogie qui existe entre la Cour suprême et le Conseil constitutionnel en ce qui concerne la source de leur compétence en matière de libertés. Il est bien connu que le Conseil constitutionnel n'eut presque aucun rôle dans la protection des libertés avant 1971, année où il commença à interpréter le Préambule de la Constitution de 1958 comme incorporant tous les droits énumérés dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et le Préambule de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République. Alors que ces documents étaient tous les deux mentionnés dans le Préambule de 1958, ils n'avaient jamais été considérés comme ayant valeur de droit positif. Le Conseil constitutionnel changea cela par ses propres décisions, se conférant ainsi à lui-même un nouveau et beaucoup plus influent rôle politique.

L'habituelle idée fautive sur la Cour suprême est qu'elle ait été toujours le défenseur actif des droits des minorités et des libertés individuelles. En réalité, ce rôle date seulement des années 1920. Avant cela, la Cour a rendu très peu de décisions concernant les libertés. La raison en est qu'à l'origine, le *Bill of rights* américain (art. 1-10) s'appliquait uniquement aux autorités fédérales, et non aux Etats. Durant le XIX<sup>e</sup> siècle, les Etats avaient une grande liberté pour traiter les questions de liberté, sans aucun contrôle de la Cour suprême. Dans la mesure où la législation fédérale mettait rarement en cause le *Bill of Rights*<sup>8</sup>, la Cour suprême n'était tout simplement pas concernée par les questions de libertés.

Cette situation commença à changer en 1920, lorsque la Cour suprême interpréta la *due process clause* du 14<sup>e</sup> Amendement, qui était clairement applicable aux Etats, comme « incorporant » les diverses dispositions du *Bill of Rights*<sup>9</sup>. Durant les quarante années qui suivirent, la Cour suprême utilisa son pouvoir d'interprétation pour faire respecter par les lois des Etats et les autres actes de ceux-ci la totalité du *Bill of Rights*. Aujourd'hui, ces affaires de libertés publiques concernant les Etats constituent la presque totalité de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour, et sont à l'origine de sa réputation « héroïque » de défenseur des minorités

7. Même au cours de la présente période, la Cour est beaucoup plus respectueuse des lois du Congrès que de celles des Etats. En septembre 1979, on comptait 950 lois d'Etat annulées par la Cour suprême, contre 122 lois nationales. Abrahams, *The Judicial Process*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 1980, p. 296.

8. La Cour suprême ne statua pas sur une affaire concernant le premier amendement (liberté de religion, d'expression, de la presse, et d'association) jusqu'en 1875 (*US v. Reynolds, The Mormon Polygamy Statute from Utah*). Elle n'invalida pas de loi fédérale pour violation du premier amendement (*establishment of religion grounds*) avant 1971 (*Tilton v. Richardson*, 403 US 672 (1971)).

9. Le premier cas d'« incorporation » fut *Gitlow v. New York*, USSC, 1920.

et des opprimés<sup>10</sup>. Comme le Conseil constitutionnel, la Cour suprême s'est conférée à elle-même cette importante et nouvelle compétence.

Pour conclure, le rôle admis et l'autorité de la Cour suprême américaine sont le résultat de deux cents ans de développement et d'acceptation progressive. Ont grandi avec le temps l'étendue de sa compétence et la force avec laquelle elle l'exerce. Je suggérerai que le développement politique du Conseil constitutionnel soit considéré dans cette optique. La compétence grandissante du Conseil constitutionnel apparaît moins surprenante lorsqu'on la mesure par analogie avec l'expérience américaine. La comparaison suggère aussi qu'il serait peu réaliste d'attendre des nouvelles juridictions constitutionnelles, telles que le Conseil constitutionnel, qu'elles exercent leur activité avec la même autorité que leur pendant américain, lequel est bien plus ancien et bien mieux établi qu'elles.

Il convient de rappeler la justification, par Alexander Hamilton de la Cour suprême, comme étant « la branche la moins dangereuse » du pouvoir proposée par la nouvelle Constitution de 1787<sup>11</sup>.

« On pourrait vraiment dire qu'elle n'aura ni force ni volonté, mais simplement du jugement ; et finalement qu'elle devra compter sur l'aide du bras exécutif pour l'effectivité de son jugement. »

L'autorité d'une juridiction dépend non pas de sa capacité de commander, mais de la bonne volonté mise par les autres acteurs politiques, et finalement par l'opinion publique, à obéir. Dans une démocratie, où la fiabilité est la pierre de touche de la légitimité politique, l'autorité d'une juridiction est précaire, surtout à ses débuts. L'obéissance aux décisions constitutionnelles doit devenir une coutume politique. Le constitutionnalisme doit être soigneusement entretenu dans « les mœurs politiques de la nation »<sup>12</sup> et cela prend du temps<sup>13</sup>.

## II

L'affrontement entre le Conseil constitutionnel et le nouveau Gouvernement socialiste pendant l'« alternance » ressemble étrangement à l'expérience américaine de la « crise de la Cour suprême au moment du

10. Le développement du rôle de la Cour en tant que défenseur des libertés est décrit dans F. L. Morton, *Racial Injustice : The Origins of the New Judicial Activism in the US Supreme Court*, rapport présenté à la réunion annuelle de l'Association américaine de Science politique, La Nouvelle-Orléans, 28 août-1<sup>er</sup> septembre 1986.

11. *The Federalist Papers*, n° 78.

12. En français dans le texte.

13. Cette perspective peut changer l'appréciation que l'on peut porter sur les décisions du Conseil constitutionnel. Par exemple, la réserve observée par le Conseil constitutionnel dans certaines décisions relatives aux libertés — critiquées comme excessives par Lochak — peut apparaître comme raisonnable. Cf. Danièle Lochak, *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?*, in *Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 13, 1986, p. 41-54.

New Deal » des années 1930<sup>14</sup>. Dans les deux cas, la politique d'intervention économique d'une nouvelle majorité arrivée au pouvoir se heurte aux limitations constitutionnelles interprétées par des juges nommés par un gouvernement précédent, beaucoup plus conservateur. Dans les deux cas, la confrontation entraîne de violentes critiques contre la Cour suprême ou le Conseil constitutionnel déclarés antidémocratiques et illégitimes. Il a été allégué, dans les deux cas, que les juges abusaient de leur autorité pour défendre la politique conservatrice des gouvernements précédents qui les avaient nommés. Et finalement, dans les deux cas, la quasi-totalité de la nouvelle législation fut adoptée.

Mais, au-delà de ces ressemblances évidentes entre la vie politique française des années 1980 et celle des Etats-Unis des années 1930, un enseignement plus profond doit être tiré de la pratique du contrôle de constitutionnalité. Pendant les périodes de grands changements politiques, la légitimité des juridictions constitutionnelles sera particulièrement contestée. Le caractère antidémocratique du contrôle juridictionnel des lois est une donnée permanente quoique peu remarquée (voir V, ci-dessous). Cet aspect antidémocratique du contrôle juridictionnel des lois a des chances de passer inaperçu pendant les périodes de consensus politique prolongé et de majorité stable. Dans de telles circonstances, il est peu probable que voient le jour des changements politiques radicaux mettant en cause les principes fondamentaux du régime.

C'est le contraire qui arrive lorsque se produisent, dans une société, des réajustements politiques profonds donnant naissance à une nouvelle majorité ayant un nouveau programme politique qui, en général, s'oppose à l'« ancien régime » sur une série de questions clés. Ce sont là des circonstances qui sont de nature à favoriser des débats constitutionnels importants et diviseurs. L'ancienne majorité, devenue la nouvelle minorité, tendra à se servir de toute institution politique existante pour faire obstacle au programme de la nouvelle majorité. Les juridictions constitutionnelles sont parfaitement adaptées à ces combats politiques d'arrière-garde puisque leurs membres ont généralement été nommés par l'ancien régime, partageant la même fidélité à ses valeurs et la même antipathie à l'égard de la nouvelle majorité qui l'a remplacée.

Dans ces circonstances, il n'est guère surprenant que les juridictions constitutionnelles aient accepté d'user du pouvoir qui est le leur d'interpréter la Constitution, pour s'opposer à la mise en œuvre du programme de la nouvelle majorité. Les événements qui ont suivi le bouleversement électoral de 1932 ne furent pas les premiers du genre dans l'histoire américaine. Les Fédéralistes essayèrent de se retrancher à l'abri du pouvoir

14. Un précédent commentateur nord-américain, John Keeler, a effectué la même comparaison, mais il est arrivé à des conclusions différentes : Confrontations juridico-politiques : Le Conseil constitutionnel face au Gouvernement socialiste comparé à la Cour suprême face au New Deal, *Pouvoirs*, 35, 133-148 (1985). Sur nos divergences, voir *infra*.

judiciaire après avoir été écrasés par Thomas Jefferson et son nouveau Parti démocrate aux élections de 1800<sup>15</sup>. Dans les années 1850, les hommes politiques du Sud essayèrent de défendre leur situation politique de plus en plus désespérée en influençant les nominations à la Cour suprême et les décisions de celle-ci. Le résultat le plus tangible en fut la *décision Dredd Scott*.

Dans chacun de ces cas, la majorité politique nouvelle vit la réalisation de son programme contrariée par une Cour non responsable nommée par ses adversaires politiques. Elle attaqua le caractère non responsable et anti-démocratique du contrôle juridictionnel des lois; elle contesta son autorité et même son existence. Les événements politiques français de janvier et février 1982 sont conformes à cette analyse. La fameuse accusation lancée contre le Conseil constitutionnel par un député socialiste : « Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires », aurait pu aussi bien être formulée par un Démocrate jeffersonien, un Républicain lincolnien ou un partisan du New Deal de Roosevelt. Toutes ces péripéties mettent en lumière la fragilité du contrôle de constitutionnalité en période de changement politique.

### III

Ceci m'amène à ma troisième remarque relative au rôle nouveau du Conseil constitutionnel dans la vie politique française. Si l'affrontement de l'hiver 1982 était prévisible, on pouvait aussi prévoir qu'il ne serait ni aussi durable ni aussi sérieux que la crise de la Cour suprême américaine à l'occasion du New Deal ; et, cela, en raison des différences existant quant aux conditions de nomination et à la durée du mandat des membres du Conseil constitutionnel et de la Cour suprême. En France, le fait que les juges ne puissent être nommés que pour un mandat de neuf ans non renouvelable et que le tiers des juges soit renouvelé tous les trois ans, est la garantie d'un apport constant de « sang nouveau ». Au contraire, les juges de la Cour suprême sont nommés à vie et restent en fonction de dix à vingt ans. Au cours de ce siècle, quatre juges ont siégé à la Cour suprême pendant plus de trente ans, et huit autres pendant plus de vingt ans<sup>16</sup>. Les dates de nominations relèvent du hasard et dépendent de la retraite ou du décès des juges en exercice.

Ces différences prennent toute leur signification au cas de changement politique majeur, tel qu'examiné ci-dessus. Il y a plus de chances, dans le système américain, pour que se produise un « décalage politique » et,

15. Cf. Robert McCloskey, *The American Supreme Court*, Chicago Press, 1961, chap. 2.

16. La durée moyenne du mandat des 43 juges ayant siégé au xx<sup>e</sup> siècle est de 13,7 ans. Ces chiffres sont tirés de Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, p. 57, 401-403.

par suite, il existe un risque plus grand d'affrontement entre la juridiction constitutionnelle et le nouveau gouvernement. Comme ce fut le cas lors du New Deal, les juges nommés par le Gouvernement précédent peuvent être majoritaires à la Cour jusqu'après le début du *second* mandat du nouveau président. Le programme de la nouvelle majorité peut donc se trouver paralysé pendant plusieurs années<sup>17</sup>.

Au contraire, le renouvellement périodique des membres du Conseil constitutionnel rend plus improbable une paralysie aussi prolongée. La nouvelle majorité a eu l'occasion de nommer deux nouveaux membres — y compris un nouveau Président — avant que trois ans ne s'écoulent. Mon intention n'est pas de soutenir qu'un Gouvernement peut contrôler d'une manière précise les votes des juges qu'il nomme, mais plutôt, qu'en période de divisions politiques accusées, la nouvelle majorité nommera sans doute des juges plus en accord avec sa « philosophie politique » et que de tels juges montreront plus de sympathie pour les grandes options (mais pas nécessairement pour les détails) du nouveau programme gouvernemental. En fait, dès 1986, quatre des neuf membres du Conseil constitutionnel pouvaient être regardés comme des sympathisants du Parti socialiste, et le président — M. Badinter — était l'ancien ministre de la justice du Président Mitterrand et l'un de ses collaborateurs de longue date.

En raison de ces différences dans le mode de nomination et dans la durée du mandat, la position idéologique du Conseil constitutionnel est plus sensible aux changements d'opinion du corps électoral que ne l'est la Cour suprême. En ce sens, le Conseil est plus responsable politiquement, en tant qu'institution, que son équivalent américain. Quelques commentateurs ont considéré ce fait comme une « erreur » traduisant une insuffisante « indépendance de la juridiction »<sup>18</sup>. Mais cette critique pose la question préalable et plus fondamentale de savoir si la fonction de contrôle de constitutionnalité doit être confiée à une juridiction ordinaire (c'est-à-

17. L'héritage le plus durable de la présidence de Reagan sera sans doute le grand nombre de jeunes juges conservateurs nommés par lui dans les Cours fédérales. Les deux juges nommés à la Cour suprême — O'Connor et Scalia — ont tous deux la cinquantaine. A la fin de son second mandat, Reagan aura nommé plus de la moitié des juges des cours inférieures, c'est-à-dire plus qu'aucun autre président. Une autre étude récente montre qu'un inhabituel fort pourcentage — 11,4 % — de juges ainsi nommés ont moins de quarante ans « ce qui est susceptible de prolonger l'influence de Reagan au cours des huit prochains mandats présidentiels » (Murphy and Pritchett, *Courts, Judges and Politics*, 142 (1986)). Pour un commentaire plus détaillé de la tentative de Reagan pour investir les Cours fédérales de juges conservateurs, voir F. L. Morton, *Conservatives and the Courts in the United States and Canada*, in Kornberg and Coopers (eds), *The resurgence of Conservatism in the Anglo-american Democracies* (1987).

18. Julliard parle du « péché originel » du Conseil constitutionnel ; Cappelletti et Cohen, d'un « défaut congénital ». Cité dans Michael Davis, *The Law politics distinction, the French Constitutionnel, and the US Supreme Court*, *The American Journal et Comparative Law*, 1986, n° 1 (hiver 1986), p. 45-92, à la p. 61.

dire composée de juges nommés à vie) ou à un organisme plus politique (c'est-à-dire plus responsable). Comme la discussion de ce problème fait l'objet de mon cinquième paragraphe (ci-dessous), je dirai simplement pour le moment que chaque solution présente avantages et inconvénients.

Les avantages du Conseil constitutionnel ont déjà été précisés : les affrontements avec un nouveau Gouvernement seront vraisemblablement moins durables, et par conséquent moins sujets à critique en raison de l'apport régulier d'un « sang » politique nouveau. Pour simplifier, il est plus démocratique. Il est vrai que, à l'inverse, cette flexibilité institutionnelle peut être regardée comme un défaut fondamental. Une juridiction constitutionnelle a pour mission de guider la démocratie, non de la suivre. A quoi bon avoir une Constitution *écrite*, pourraient demander nos collègues américains, si l'on peut changer son contenu simplement en changeant les juges qui l'interprètent? L'objet d'une Constitution *écrite* n'est-il pas d'obliger les changements politiques à se conformer aux principes permanents?<sup>19</sup>

La réponse est : oui et non. Car, en pratique, il est également vrai qu'une Constitution doit s'adapter aux changements politiques et sociaux. Si elle ne le fait pas — comme ce fut *presque* le cas pour la Cour suprême et la Constitution américaine en 1937 — non seulement cela causera crise constitutionnelle et paralysie, mais elle se condamnera elle-même à être mise au rebut de l'histoire « vestige » anachronique pour un Gouvernement d'un autre âge<sup>20</sup>.

Là est le paradoxe de la règle constitutionnelle. Pour être fidèle à son objet, son contenu ne doit pas varier ; mais pour survivre au-delà d'une génération ou deux, ce contenu doit changer. Une constitution doit être à la fois rigide et souple. Comme une constitution écrite est rigide par définition — une « barrière de parchemin » selon les termes de *The Federalist* — la souplesse est introduite à travers la structure de l'institution chargée de l'interpréter. Qu'il suffise de dire ici, qu'en raison des différences institutionnelles entre le Conseil constitutionnel et la Cour suprême américaine, la Constitution de la V<sup>e</sup> République, en France, est plus souple

19. C'était la position du juge Sutherland, un des conservateurs influents de la Cour suprême, qui conduisit la bataille de la Cour suprême contre le New Deal de Roosevelt et aussi contre la législation économique dirigiste des Etats : « la Constitution ne doit pas changer avec les flux et reflux des événements économiques ». Si la Constitution fait obstacle à une législation souhaitée « le remède, dans cette situation, et le seul remède, c'est d'amender la Constitution » (*Home loan Association v. Blaisdale*, 290 US 398 (1934)).

20. La réplique à l'opinion du juge Sutherland quant à l'interprétation constitutionnelle vint de Robert LaFollette, sénateur du Wisconsin et leader du Parti progressiste américain pendant les années 1920. Se référant à des décisions de la Cour suprême invalidant les premiers efforts du Gouvernement fédéral pour lever un impôt national sur le revenu et pour interdire le travail des enfants LaFollette déclara : « Nous ne pouvons pas vivre dans un système de gouvernement dans lequel nous devons modifier la Constitution chaque fois que nous voulons adopter une loi progressiste. » *Les deux opinions, d'après moi, sont correctes.*



que celle de la Seconde République<sup>21</sup> des Etats-Unis. Le paradoxe selon lequel une bonne constitution doit demeurer semblable à elle-même, mais constamment changer, sera le sujet des remarques qui suivent.

#### IV

Le Pr Favoreu a montré d'une manière convaincante que, pendant l'alternance, le Conseil constitutionnel a, à la fois, limité et légitimé les initiatives politiques de la nouvelle majorité socialiste<sup>22</sup>. Ce paradoxe apparent ne devrait pas étonner les spécialistes du développement constitutionnel américain. Plus d'une fois au cours de l'histoire américaine, des initiatives politiques nouvelles ayant été âprement (mais vainement) combattues dans le forum politico-législatif ont été ensuite légitimées par le « sceau de l'approbation » de la Cour suprême. L'exemple le plus frappant fut la volte-face fameuse de la Cour suprême en 1937 qui, après s'être opposée pendant quatre ans à la politique de Roosevelt sur le New Deal, changea brusquement sa jurisprudence et commença à approuver des mesures qu'elle avait précédemment déclarées inconstitutionnelles. La retraite ultérieure de plusieurs juges permit à Roosevelt de nommer de nouveaux juges (neuf en tout) qui renforcèrent le soutien juridictionnel — et par conséquent constitutionnel — apporté à la nouvelle politique d'intervention économique de son parti. A la fin de la présidence de Roosevelt (1944), la constitution *non écrite* des Etats-Unis — c'est-à-dire la pratique politique — avait subi une véritable révolution. Et pourtant cette même constitution écrite vit toujours, légitimant les changements en établissant la continuité avec le passé.

Un récent exemple de ce phénomène fut le soutien donné par la Cour suprême en 1964-1965 aux Civil Rights Acts adoptés, à l'initiative du Président Lyndon Johnson, par un Congrès démocrate<sup>23</sup>. Dans un effort pour contraindre les Etats du Sud récalcitrants à mettre un terme à leur politique de discrimination raciale envers les Noirs, cette législation imposa des normes fédérales dans les domaines jusque-là réservés à la compétence des Etats. Quand la Cour suprême soutint l'autorité fédérale, l'opposition aux Civil Rights Acts prit fin rapidement.

De tels exemples ont amené Alexander Bickel, le plus éminent constitu-

21. Les Américains ont l'habitude commode d'oublier que leur Constitution actuelle de 1789 est en réalité la seconde constitution américaine. La première consistait dans les malheureux et éphémères articles de la Confédération (1781-1788). Ceux-ci furent de courte durée précisément parce qu'ils étaient tellement rigides. Il n'y avait pas de juridiction constitutionnelle particulière chargée de les interpréter et pour les modifier il fallait le consentement unanime des 13 Etats originels, ce qui constituait politiquement une impossibilité.

22. Cf. Louis Favoreu, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, *Revue française de Science politique*, vol. 34, n° 4-5 (août-octobre 1984), p. 1002-1029.

23. *Katzenbach v. McClung*, 379 us, 294 (1966); *Heart of Atlanta Motor Lodge v. us* 379 us 241 (1965).

tionnaliste de sa génération, à déclarer que le pouvoir de la Cour suprême d'approuver et donc de légitimer la politique gouvernementale était aussi important que son pouvoir de déclarer inconstitutionnelle une législation<sup>24</sup>. Plus récemment, des spécialistes de politique comparée ont attiré l'attention sur cette même possibilité pour les juridictions constitutionnelles de donner une légitimité à la politique gouvernementale lorsque la confiance publique dans les assemblées élues diminue<sup>25</sup>. Au Canada, par exemple, depuis l'adoption, en 1982, de la nouvelle Charte canadienne des Droits, certains gouvernements provinciaux ont cherché à obtenir une plus grande acceptation de leurs propres initiatives politiques en les soumettant d'abord aux cours d'appel provinciales<sup>26</sup>.

L'interprétation par le Pr Favoreu du rôle du Conseil constitutionnel pendant l'alternance — à la fois phénomène d' « autolimitation de la majorité gouvernementale » et d' « authentification du changement » — est conséquente avec ces tendances du droit comparé. Il est vrai que l'on pourrait tirer une conclusion encore plus large que celle du Pr Favoreu, à savoir que le nouveau rôle du Conseil constitutionnel contribuera à assurer la stabilité du régime de la Ve République. D'abord, comme Favoreu le suggère, le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil tend à modérer les changements politiques. Mais, en plus, la tendance du Conseil à suivre les évolutions confirmées de l'électorat pour les raisons examinées plus haut signifie que, à plus ou moins longue échéance, même un changement radical de politique est susceptible de recevoir le « sceau constitutionnel de l'approbation ». Comme dans le cas du New Deal américain, une semblable souplesse constitutionnelle légitime le changement en fournissant une continuité pratique et symbolique avec le passé.

## V

Mes conclusions des deux sections précédentes étant en contradiction avec celles de Keeler, cela mérite une explication. Keeler conclut que le Conseil constitutionnel « a bloqué les tentatives de réforme du Gouvernement, autant, ou même plus que la Cour suprême américaine à l'époque du New Deal »<sup>27</sup>. Il s'appuie sur trois arguments, dont aucun ne me paraît déterminant.

Tout d'abord, Keeler relève que le Conseil constitutionnel a annulé plus de lois que la Cour suprême (21 contre 12). Mais comme Keeler le reconnaît lui-même, cette appréciation est plus quantitative que quali-

24. Cf. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of politics* (1962).

25. Cf. Kenneth Holland, *Emerging Trends in the Political Role of Courts in Modern Democracies : Courts and the enhancement of legitimacy*, étude présentée à la réunion du groupe d'études de droit comparé de l'Association internationale de Science politique, Berkeley, Californie, 14-15 décembre 1986.

26. Cf. Morton, *op. cit.* (n. 2, *supra*), p. 47-51.

27. Keeler, *op. cit.*, p. 146.

tative, et ces statistiques ne sont pas par elles-mêmes déterminantes. En fait, l'usage que fait Keeler de ces chiffres est quelque peu fallacieux. Sur les 21 cas cités par Keeler, un seul est une annulation complète. Les vingt autres sont des annulations partielles, qui n'empêchent pas les lois d'être promulguées et mises en application. Vu sous cet angle, l'argument statistique de Keeler perd l'essentiel de sa force.

Deuxièmement, Keeler attache une signification au fait que la Cour américaine a cessé d'invalider la législation du New Deal au bout de deux ans (1935-1937), tandis que le Conseil constitutionnel a continué d'invalider les lois socialistes trois ans après sa première annulation (1982-1985). Je ne parviens pas à voir la signification que Keeler voudrait attribuer à une différence d'une année, sachant que le chiffre américain est le résultat d'un fait contingent — à savoir le départ à la retraite ou le décès de la plupart des membres conservateurs de la Cour suprême en 1937<sup>28</sup>. Pour le Conseil constitutionnel, le renouvellement du tiers de ses membres tous les trois ans n'est pas le fait du hasard mais d'une exigence constitutionnelle.

Un deuxième problème apparaît dans la statistique de Keeler : il exclut les invalidations des lois des Etats prononcées par la Cour suprême, lois destinées, elles aussi, à lutter contre la dépression économique, et dont beaucoup furent annulées avant 1935<sup>29</sup>. Ces décisions sont considérées à juste titre comme faisant partie de la crise constitutionnelle des années 1930, et leur inclusion dans les statistiques effacerait toute différence entre les deux juridictions. Le fait que Keeler n'ait choisi que les décisions de la Cour suprême intervenues après 1932 pourrait être contesté parce que arbitraire et servant sa propre interprétation. Le conflit entre la Cour suprême et le New Deal de Roosevelt était le point culminant d'une lutte de vingt ans menée par la majorité conservatrice de la Cour contre la législation sociale et économique « progressiste » à la fois au niveau fédéral et au niveau des Etats<sup>30</sup>. Vu sous cet angle, la crise constitutionnelle américaine des années 1930 fut beaucoup plus longue et plus sérieuse que les événements qui se sont produits en France pendant les années 1980.

Troisièmement, Keeler attache une signification au fait que la technique de contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel l'autorise à bloquer les lois avant qu'elles ne soient promulguées. Je suggérerais respectueusement qu'à la lumière des statistiques ci-dessus (une seule annulation totale), c'est un point de vue plutôt académique. De plus, on pourrait dire d'une manière

28. Au cours du second mandat présidentiel de Roosevelt (1937-1940), trois sur quatre des archi-conservateurs partirent à la retraite ou décédèrent, autorisant le président à nommer de nouveaux juges qui soutinrent le New Deal. Van Devanter démissionna en 1937 à l'âge de 78 ans après vingt-six ans passés à la Cour. Sutherland démissionna en 1938 à l'âge de 76 ans après quinze ans de service. Butler mourut en 1939 à l'âge de 73 ans après avoir été juge pendant seize ans.

29. Par exemple, la Cour suprême invalida la loi sur le salaire minimum de l'Etat de New York dans sa décision *Morehead v. Tipaldo*, 1934.

30. Il s'agit du conflit raconté par Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921.

aussi plausible que la technique de contrôle *a priori* peut en réalité minimiser le pouvoir de la Cour constitutionnelle de s'opposer à la politique du gouvernement. Dans le système américain, une loi nouvelle peut être l'objet de nombreux jugements contradictoires des Cours fédérales de premier degré et aboutir éventuellement à des injonctions susceptibles d'empêcher son application. Comme il faut deux à cinq ans pour qu'un cas passe devant la Cour suprême et qu'une décision soit rendue, la politique ainsi attaquée peut rester des années dans les « limbes légaux ». Par contraste, dans le système français, les questions relatives à la constitutionnalité d'un nouveau texte sont définitivement tranchées dans le délai d'un mois après l'adoption de la loi, ou même de huit jours si le gouvernement le demande. Une fois que le Conseil constitutionnel a donné son accord, la réforme politique peut être mise en œuvre directement sans qu'aucun doute subsiste sur sa validité sur le plan constitutionnel.

Même dans les cas où le Conseil constitutionnel invalide une loi, le gouvernement a la possibilité de la réviser immédiatement pour la rendre conforme à la décision du juge. C'est précisément ce que firent les socialistes avec la loi de nationalisations, qui fut corrigée, votée par le Parlement, approuvée par le Conseil constitutionnel et promulguée moins de deux mois après qu'elle a été déclarée inconstitutionnelle. Si l'on veut faire dépendre le caractère sérieux des crises constitutionnelles de la longueur du délai pendant lequel les Cours respectives bloquent la politique du gouvernement, il serait plus juste et plus plausible pour la France de faire le calcul sur deux mois plutôt que sur trois ans.

Keeler rejette également la thèse de Favoreu (que j'admets) selon laquelle, en dernière analyse, le Conseil constitutionnel a plus fait pour légitimer le programme politique socialiste que pour empêcher sa réalisation. Je répondrai tout d'abord, en accord avec Keeler, que le concept de « légitimation » du changement politique n'a pas été — et j'ajouterais, probablement ne peut pas être — vérifié de manière empirique. C'est en quelque sorte un *judgement call* (?), fondé sur la lecture des événements politiques entourant les décisions juridictionnelles en question. Je suggérerai alors que la lecture de Favoreu concernant les événements en France entre 1981 et 1986 est plus convaincante que celle de Keeler.

En premier lieu, la thèse principale de Keeler — à savoir que le Conseil constitutionnel a été un obstacle plus sérieux pour le gouvernement de F. Mitterrand que ne l'a été la Cour suprême pour le New Deal de Roosevelt — présente toutes les faiblesses exposées plus haut. Il demeure qu'en définitive, toutes les réformes, sauf une, du gouvernement socialiste ont été adoptées. L'observation de Favoreu selon laquelle le Conseil constitutionnel n'a pas fait obstacle au programme socialiste, mais l'a plutôt canalisé dans des formes constitutionnellement acceptables, est plus convaincante que celle de Keeler.

Mais les limitations partielles de la nouvelle politique socialiste par le Conseil constitutionnel ont-elles servi à légitimer celle-ci ? Comme ce jugement ne peut probablement pas être définitivement établi ou réfuté,

j'apporterai seulement ce que j'espère être deux observations utiles. Premièrement, la différence entre Keeler et Favoreu peut être due en partie à une différence de perspective. Comme Holland l'a observé, ceux qui étudient le contrôle juridictionnel ne voient que les exemples où une loi est déclarée incompatible avec la Constitution, alors que ceux qui étudient la légitimité concentrent leur intérêt sur les cas beaucoup plus nombreux où le texte est conforme<sup>31</sup>. Tandis que le premier est plus dramatique (et donc retient davantage l'attention des médias), le dernier peut être plus important. A une époque où l'on constate un déclin de l'autorité des parlements nationaux de toutes les démocraties occidentales, il y a un consensus grandissant pour que la légitimation juridictionnelle de la politique faite par d'autres institutions soit plus importante que la manière dont s'établit la politique jurisprudentielle<sup>32</sup>.

Deuxièmement, je suggérerai que la stabilité du régime et sa légitimité politique ne peuvent être considérées comme garanties dans les périodes de changement politique majeur. L'expérience américaine suggère que le « bon pour accord » de la Cour suprême a aidé à consolider le soutien — ou au moins à désamorcer l'opposition — à la « révolution constitutionnelle » effectuée par le New Deal de Roosevelt<sup>33</sup>. Peut-être Keeler a-t-il sous-estimé le sérieux de la crise politique potentielle ouverte par la victoire de la gauche en 1981. La Constitution de la V<sup>e</sup> République avait été écrite par la droite et pour la droite, et la droite avait gouverné sans interruption depuis 1958. La France voudrait-elle — et pourrait-elle — accepter un Gouvernement de gauche ? La réponse n'était pas évidente au printemps 1981.

Ironiquement, l'article de Keeler souligne le sens de la confrontation et de la crise qui entourait les événements de janvier 1982 : la déclaration de *La Croix* selon laquelle le Conseil constitutionnel était « le dernier rempart (face au) Gouvernement socialo-communiste », la déclaration de Jacques Chirac selon laquelle « le clivage politique en France n'était plus entre gauche et droite mais entre républicains et marxistes », ou la menace à peine voilée du député socialiste André Labarrère adressée au Conseil constitutionnel : « A force de nous assassiner, il va finir par se suicider. »<sup>34</sup>

31. Holland, *Courts and the Enhancement of Legitimacy*, p. 14.

32. J. C. Wahlke, Policy Demands and System Support : The Role of the Represented, in G. Loewenberg (ed.), *Modern Parliaments : Change or Decline ?*, Chicago, Aldine, 1971, p. 141-171 ; cité par Holland, *Courts and the Enhancement of Legitimacy*, p. 14.

33. Je n'ai pas inventé le terme « révolution constitutionnelle » pour dramatiser l'importance de la transformation que Roosevelt apporta à la vie politique et à la société américaines. Ce terme a été créé par Edward Corwin, Le meilleur constitutionnaliste américain de sa génération, *Constitutional Revolution Ltd* (Claremont, 1941).

34. Keeler, p. 137-143. Il me semble que Keeler s'est trompé en plaçant la citation de Chirac après sa référence à l'approbation par le Conseil constitutionnel de la loi de nationalisation refaite. Ceci donne la fausse impression que la seconde décision du Conseil sur la loi de nationalisation aggravait les tensions politiques plutôt qu'elle ne les calmait.

En définitive, Keeler constate que « la tempête est calmée... par l'approbation par le Conseil constitutionnel de la nouvelle loi de nationalisation en février »<sup>35</sup>. A mon avis, ces notations du propre article de Keeler corroborent la thèse de Favoreu : à savoir que les actions simultanées du Conseil constitutionnel qui, à la fois, limite et approuve le programme politique socialiste pendant les années 1982-1985 font percevoir la continuité constitutionnelle — et donc la légitimité — du Gouvernement de Mitterrand.

## VI

Les auteurs américains et français n'ont pas cessé de s'interroger sur le point de savoir si le Conseil constitutionnel est une « véritable juridiction »<sup>36</sup> [« La classique controverse sur la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel »<sup>37</sup>]. Je suggérerais que c'est là une manière non productive — ou tout au moins prématurée — d'aborder l'objet de la recherche. Elle ne clarifie pas la question plus fondamentale de savoir « pourquoi le Conseil constitutionnel devrait-il être une juridiction » ? Ou bien pour poser la même question sous une forme techniquement plus exacte : pourquoi la fonction de *contrôle de constitutionnalité* devrait-elle être dévolue à une institution judiciaire ?

Pour répondre à cette question il faut déterminer le véritable objet du contrôle de constitutionnalité : agir comme un contrôle contre-majoritaire afin de corriger les injustices éventuelles de la « démocratie à l'état pur ». La crainte d'injustices a été déterminante au XVIII<sup>e</sup> siècle chez les « pères fondateurs » du régime américain (les premiers architectes du constitutionnalisme moderne), ainsi que chez les juristes et hommes d'Etat européens après la seconde guerre mondiale. La démocratie libérale procède des deux valeurs jumelles de liberté et d'égalité<sup>38</sup>. Nos obligations à l'égard de la liberté impliquent que les gouvernants protègent et respectent les droits naturels ou fondamentaux de l'homme. Nos obligations, à l'égard de l'égalité (qui signifie pour nous qu'aucune personne n'est telle qu'elle puisse imposer sa volonté à une autre sans son consentement), impliquent un système de Gouvernement recueillant le consentement des gouvernés. Malheureusement le Gouvernement par consentement ne produit pas toujours des politiques qui respectent les droits fondamentaux. Pour dire les choses plus simplement, la règle majoritaire viole parfois les droits de la minorité. Le renforcement des constitutions écrites par des décla-

35. Keeler, p. 144.

36. Ceci est le thème du pénétrant article de Michael Davis, *The Law-Politics Distinction, the Conseil constitutionnel, and the us Supreme Court*, *The American Journal of Comparative Law*, n° 1 (hiver 1986), p. 45-92.

37. En français dans le texte.

38. Pour une discussion brève mais instructive sur la question liberté-égalité dans le contexte de la politique américaine, voir Martin Diamond, *The Relationship between the Declaration of Independence and the Constitution of 1789*.

rations ou des chartes de droits est une tentative pour canaliser la politique des majorités dans des voies qui respectent les limites des droits individuels<sup>39</sup>. Ainsi le contrôle de constitutionnalité est destiné à servir de frein à la démocratie majoritaire.

Reconnaître son caractère antimajoritaire fait apparaître le problème le plus sérieux du contrôle de constitutionnalité : quelle force peut atteindre un contrôle sur une démocratie politique ? Ou plus concrètement, comment établir de la manière la plus efficace possible des limitations antimajoritaires ? Un examen rapide de la pratique suivie dans plusieurs démocraties libérales suggère que les contrôles les plus directs peuvent ne pas être les plus efficaces. Il convient de noter la disparition de presque toutes les institutions clairement antidémocratiques — c'est-à-dire non élues et irresponsables — qui avaient pour objectif, à l'origine, d'agir comme un mécanisme de contrôle sur les modes de Gouvernement les plus démocratiques ou les plus populaires. Aux Etats-Unis, le « non-politique » et volontairement élitiste collège électoral a été rapidement « démocratisé » par Thomas Jefferson et par l'émergence, en 1800, de partis politiques organisés<sup>40</sup>. De la même manière, l'élection indirecte des sénateurs prévue pour donner au Sénat un comportement plus stable et politiquement sûr n'a pas pu survivre au mouvement populiste du siècle suivant. Les divers « conseils de révision » et « censeurs » des premiers Gouvernements qui avaient pour objet de contrôler l'activité législative furent graduellement supprimés. En Grande-Bretagne, l'autorité de la Couronne et de la Chambre des Lords a été réduite à une expression symbolique. Au Canada, le Sénat non élu, qui, à l'origine, devait être partie intégrante du fonctionnement du Gouvernement national, est devenu un organisme ne disposant même pas d'une autorité symbolique. Le dénominateur commun de toutes ces institutions était de présenter un caractère explicitement politique quant à leurs fonctions, tout en étant non élues, et donc irresponsables dans l'exercice de leur fonction de contrôle. Dans des sociétés qui se sont progressivement démocratisées au fil des générations, cette combinaison fut fatale à leur autorité.

39. Il existe malheureusement à l'heure actuelle une tendance qui consiste à penser que la seule voie pour contrôler les excès de la démocratie majoritaire passe par l'énumération dans les constitutions écrites des droits et libertés fondamentaux. Ceci est une vue très étroite des choses si on la compare à celle des pères fondateurs américains qui ont conçu l'ensemble de la Constitution comme un contrôle sur les défauts de la « démocratie à l'état pur ». Le fédéralisme, la séparation des pouvoirs, un parlement bicaméral, l'élection indirecte des sénateurs et du président — tous ces mécanismes étaient compris pour donner une forme à la pratique de la démocratie et pour tempérer le « fait majoritaire ». En effet, à l'exemple d'Alexander Hamilton, l'un des auteurs des *Federalist Papers* a affirmé que la proposition antifédéraliste consistant à ajouter à la Constitution une charte des droits était superflue. Pour une analyse contemporaine très riche de cette question, voir Herbert Storing, *The Relationship between the Constitution and the Bill of Rights*, réédité dans Garry McDowell (ed.), *Taking the Constitution Seriously*, Essays on the Constitution and Constitutional Law, p. 266-281 (1981).

40. Voir James Ceseair, *Presidential Selection* (Princeton University Press, 1979).

En revanche, des institutions de contrôle irresponsables qui ont su dissimuler, pour ainsi dire, leur fonction politique sous le manteau de procédures et de formes légales, ont prospéré. La Cour suprême des États-Unis est l'institution la plus ancienne et la plus puissante qui puisse être donnée en exemple ; mais la Cour suprême du Canada a également tiré une légitimité politique de son assise légale. L'impression générale selon laquelle les décisions de ces « juridictions » sont dictées par le texte des constitutions — et non par les préférences politiques des juges — fait que leurs décisions sont mieux admises. Les expériences américaine et canadienne suggèrent que la manière la plus efficace de contrôler une démocratie majoritaire est la voie indirecte « judiciaire ».

Nous pouvons maintenant répondre à la question posée au début : pourquoi la fonction de contrôle de constitutionnalité devrait-elle être dévolue à une institution judiciaire ? La réponse est que la judiciarisation du contrôle de constitutionnalité le rend plus légitime et ainsi plus efficace en supprimant — ou au moins en camouflant — la sensibilité politique de ceux qui l'exercent, c'est-à-dire les juges. La jurisprudence constitutionnelle des États-Unis et du Canada comporte de très nombreux cas où il est affirmé que ce que la Cour suprême fait (ou devrait faire) *n'est pas de faire la loi mais de l'interpréter*. L'accent mis sur la stricte dichotomie entre droit et politique opérée par les promoteurs du contrôle judiciaire des lois est en fait une « stratégie de défense » qui cherche à légitimer sa fonction politique en l'enrobant dans la procédure et le langage de la fonction judiciaire.

La tentative de légitimer le rôle politique du Conseil constitutionnel en insistant sur son caractère juridique a aussi commencé à apparaître dans la jurisprudence française. Favoreu et Philip le disent d'une manière négative lorsqu'ils observent que<sup>41</sup> : « Une autre manière de mettre en cause le principe même de la justice constitutionnelle est de considérer le juge constitutionnel comme un pouvoir politique, dans un premier temps, puis de contester sa légitimité, dans un second temps... C'est évidemment le meilleur moyen de ruiner l'autorité du juge constitutionnel car, en tant que « pouvoir politique », il n'a pas de légitimité. Il ne repose pas, en effet, sur l'élection, du moins directement, et il n'est responsable devant personne. »

Le Conseil constitutionnel manifeste de la même manière qu'il est conscient de la source de son autorité lorsqu'il souligne qu'« il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »<sup>42</sup> et qu'« il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur »<sup>43</sup>.

De manière significative la Cour suprême du Canada s'est prononcée récemment dans le même sens s'agissant de l'interprétation de la nouvelle

41. Favoreu et Philip, *Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, p. 527.

42. Décision du 15 janvier 1975, Interruption volontaire de grossesse.

43. Décision du 20 janvier 1981, Sécurité et Liberté.



Charte des Droits et Libertés du Canada<sup>44</sup>. En s'opposant à une tradition politique de « suprématie parlementaire » l'adoption de la Charte a suscité une grande inquiétude au motif qu'elle transférerait trop d'influence politique à la justice. Ainsi dans ses décisions concernant la charte, la Cour suprême du Canada a essayé de dissiper les doutes à propos de la légitimité de son nouveau rôle en affirmant de manière répétée que son rôle, dans le cadre de la charte, est « juridique » et non pas « politique ». La Cour a insisté sur le fait que son examen est limité à la « légalité » de la politique mise en cause et non pas à sa « sagesse »<sup>45</sup>. Comme le Conseil constitutionnel, la Cour suprême du Canada cherche par la distinction entre droit et politique à légitimer sa nouvelle fonction et ainsi à renforcer son autorité.

Le Conseil en édictant une règle générale de non-intervention, excepté dans le cas d'une « erreur manifeste », cherche de la même manière à créer une stricte dichotomie entre le juridique et le politique<sup>46</sup>. En effet, cette règle reprend la très importante doctrine américaine de l'erreur manifeste (*rule of clear mistake*)<sup>47</sup>. Formulée par James Thayer au début du xx<sup>e</sup> siècle, la règle de l'erreur manifeste est devenue une norme de la jurisprudence américaine jusqu'à l'émergence d'une nouvelle pensée judiciaire stimulée par le mouvement des droits civiques des années cinquante<sup>48</sup>. Les principes français et américain de « l'erreur manifeste » cherchent à circonscrire, mais dans le même temps à légitimer, les méthodes respectives de contrôle de constitutionnalité. Le fait que deux règles de jurisprudence identiques puissent surgir de manière indépendante dans deux cultures politiques différentes à quatre-vingts années de distance révèle la fragilité de l'autorité d'un contrôle de constitutionnalité politiquement indépendant s'exerçant sur des Parlements démocratiques. Il atteste également de la nécessité de distinguer le juridique du politique si l'on veut légitimer la fonction d'un contrôle de constitutionnalité indépendant.

44. Le Canada a amendé sa Constitution en 1982 pour y inclure la déclaration des droits et libertés, voir F. L. Morton, *The impact of the Charter of Rights : The Judicialization of Canadian Politics*, *op. cit.*

45. « La question qui se pose à nous n'est pas de savoir si la politique de défense du Gouvernement est judicieuse mais de savoir si elle contrevient aux droits des appelants aux termes de la section 7 de la Charte des Droits et Libertés. Ceci est une question totalement différente. Je ne pense pas qu'il puisse y avoir de doute sur le fait qu'il s'agit là d'une question de la compétence de la justice », Juge Wilson, *Operation Dismantle v. the Government of Canada* (1985) 1 s. CR. 441.

46. Décision du 16 janvier 1982, Nationalisations.

47. Voir James Thayer, *The origin and Scope of the American Doctrine of Judicial Review*, Harvard Law Review, 1910. Réédité dans Gary McDowell, *Taking the Constitution Seriously*, Important Texts and Essays in American Constitutional Law, 1980. La plus importante discussion dans la période récente se trouve dans Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, 1965, chap. 1.

48. Voir F. L. Morton, *Racial Injustice and the Origins of a New Judicial Activism in the US Supreme Court*, Contribution présentée à la réunion annuelle de l'Association américaine de Science politique, La Nouvelle-Orléans, Louisiane, 1<sup>er</sup>-4 septembre 1985.

Cela signifie-t-il que la judiciarisation du contrôle de constitutionnalité est la meilleure approche et que la Cour suprême des États-Unis est le modèle auquel doivent être comparées les autres juridictions constitutionnelles ? Certainement pas. Si elle peut avoir la vertu d'une légitimité renforcée, elle possède aussi les défauts qui en découlent. La nomination à vie dont bénéficient les juges ordinaires a-t-elle un sens pour des fonctionnaires disposant du pouvoir d'annuler des actes politiques majeurs du Gouvernement ? La discussion qui a eu lieu à propos de la crise de la justice américaine qui a accompagné le « New Deal » de Roosevelt suggère des solutions alternatives tout à fait possibles. Serait-il sensé que chaque juge dans le pays puisse se prononcer sur la validité de la politique gouvernementale ? Les magistrats des tribunaux de simple police sont-ils vraiment chargés d'une telle fonction ou est-il plus sensé de conférer cette fonction mi-politique, mi-juridique, à une seule juridiction constitutionnelle spécialisée, composée des meilleurs juges d'un pays et qui ont été choisis expressément pour cette mission délicate ? Certainement, on peut sur ce point plaider pour le modèle européen des Cours constitutionnelles<sup>49</sup>. Enfin est-il pertinent d'investir une instance irresponsable de 9 juges de l'autorité ultime d'interpréter la portée pratique des grands mais vagues principes de la démocratie libérale ? Ou bien serait-il prudent d'avoir une sorte de « contrôle législatif » du contrôle juridictionnel — comme c'est le cas au Canada avec le nouveau projet de *legislative override* — pour se garder des « erreurs » judiciaires dans l'interprétation de la Constitution<sup>50</sup>.

Toutes les pratiques qui viennent d'être décrites n'ont pas de caractère judiciaire et sont cependant aussi valables que la solution américaine au problème de l'aménagement du contrôle de constitutionnalité des lois dans une démocratie. Cette approche comparative du contrôle de constitutionnalité nous permet de distinguer les avantages et inconvénients relatifs des différentes pratiques institutionnelles et procédurales. En revanche, la perspective est moins nette lorsque l'on commence à examiner la question traditionnelle de savoir si le Conseil constitutionnel est une « véritable juridiction ». Cette dernière approche suppose que l'exercice par une instance judiciaire du contrôle de constitutionnalité — le modèle américain — est la norme. Ce faisant, on s'interdit tout examen plus approfondi plutôt qu'on ne le facilite. On affirme simplement l'avantage de la judiciarisation sans identifier avec précision la nature de cet avantage (c'est-à-dire la légitimité), ni admettre la possibilité de désavantages correspondants.

Pour conclure : il est temps que les doctrines constitutionnelles amé-

49. Voir Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, PUF (« Que sais-je ? »), 1986.

50. D'après la section 33 de la Charte canadienne des Droits, à la fois le Parlement national et les Parlements provinciaux peuvent en effet rejeter l'interprétation juridictionnelle de la Charte qu'ils trouvent fautive ou inacceptable. On pouvait penser que les gouvernements auraient hésité à utiliser la section 33 par peur d'une réaction politique du public. Jusqu'à aujourd'hui, cependant, cela n'est pas encore arrivé. V. Morton, *The Political Impact of the Charter*.

ricaine et européenne conçoivent le contrôle de constitutionnalité comme le « genre » et le modèle américain simplement comme une « espèce ou un cas » (en quelque sorte la variante judiciaire) de contrôle de constitutionnalité qui n'est ni intrinsèquement meilleur ni pire que les différentes pratiques européennes. Cette approche permet une évaluation plus objective et plus enrichissante des avantages et inconvénients relatifs des différents aménagements institutionnels du contrôle de constitutionnalité. Plus fondamentalement, elle facilitera une discussion plus raffinée sur la dialectique juridique/politique inhérente à tout régime de contrôle de constitutionnalité<sup>51</sup>.

## VII

Pour résumer l'impact du rôle politique croissant du Conseil constitutionnel, un commentateur a suggéré qu'avec l'accumulation de nouvelles décisions année après année le Conseil constitutionnel construit peu à peu un mur autour de l'exercice par le Parlement de son pouvoir législatif<sup>52</sup>. Les implications peu orthodoxes de cette métaphore provocatrice — que le Conseil fait la loi plutôt que de se contenter de l'interpréter — portent le critique à riposter que le Conseil constitutionnel ne construit pas ce mur, mais plutôt le découvre. Pour terminer, je suggérerai une variation supplémentaire sur ce thème : « Peut-être est-ce moins un nouveau mur que de nouvelles mœurs qui s'édifient. »

51. Des questions essentielles telles que la méthode de désignation des juges constitutionnels et leur mandat ; l'accès à la juridiction ; les pouvoirs de réparation ; juridiction spéciale ou juridiction ordinaire.

52. Louis Favoreu, présentation orale à la Journée d'études de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, 13 mars 1987, *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica, 1988, p. 70.