



HAL
open science

Le gouvernement [contraint] des juges

Guillaume Tusseau

► **To cite this version:**

Guillaume Tusseau. Le gouvernement [contraint] des juges : Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partage de ne pas pouvoir avoir toujours raison. Droits : Revue française de théorie juridique, 2012, 1 (55), pp.41 - 83. 10.3917/droit.055.0041 . hal-03473819

HAL Id: hal-03473819

<https://sciencespo.hal.science/hal-03473819>

Submitted on 10 Dec 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE GOUVERNEMENT [CONTRAIT] DES JUGES.
LES JUGES CONSTITUTIONNELS FACE AU POUVOIR
DE RÉPLIQUE DES AUTRES ACTEURS JURIDIQUES – OU
L'ART PARTAGÉ DE NE PAS POUVOIR AVOIR TOUJOURS
RAISON*

GUILLAUME TUSSEAU

INTRODUCTION

1. La thèse réaliste

1. Telle qu'elle apparaît dans la doctrine américaine, l'une des antennes de la pensée juridique réaliste consiste à affirmer que « all law is judge-made law ». Ainsi, J.C. Gray considère-t-il, à travers plusieurs expressions frappantes, qu'avant la décision des juges, il n'existe radicalement pas de droit. Les juges n'appliquent de ce fait aucun droit préexistant, mais le créent dans sa totalité. Le rôle des autorités dites « politiques », et notamment du législateur, est donc très faible : « Après tout, le législateur n'émet que des mots, et il revient aux tribunaux de dire ce qu'ils signifient [...]. On a parfois dit que le droit était composé de deux parties – le droit légiféré et le droit produit par les juges, mais en vérité, tout le droit est fait par les juges¹ ». C'est pourquoi « le droit d'une grande nation n'est rien d'autre que les opinions d'une demi-douzaine de vieux gentlemen [...], s'ils forment le plus haut tribunal du pays² ».

2. Prolongeant cette tradition, le réalisme français contemporain, autour de Michel Troper, lui associe certains éléments de l'analyse merklo-kelsénienne de l'ordre juridique³, tout en héritant du *linguistic turn*. Il se fonde à titre essentiel

* Ce texte, qui s'insère dans un programme de recherche plus vaste, a bénéficié de relectures serrées et de discussions stimulantes de la part de Julien Boudon, Florian Couveinhes, Christophe Otero, Pasquale Pasquino et Michel Troper, que je remercie chaleureusement.

1. Gray J.C., *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed., New York, MacMillan, 1938, xviii+348 p., pp. 124-125.

2. *Ibid.*, p. 84.

3. Merkl A.J., « Das doppelte Rechtsantlitz », [1918], in Klecatsky H., Marcic R., Schambeck H. (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 Bd., Wien, Salzburg, Europa Verlag, Universitätsverlag Anton Pustet, 1968, xxi+2409 p., Bd. 1, pp. 1091-1113 ; Id., « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues », [1931], *ibid.*, Bd. 2, pp. 1311-1361 ; Kelsen H., *Allgemeine*

sur l'idée que les énoncés juridiques présentent une nécessaire indétermination, qui laisse une certaine marge de manœuvre à celui qui les interprète¹. Dans la mesure où les normes juridiques peuvent être définies comme la signification prescriptive de certains énoncés ou de certains faits, interpréter ces énoncés ou ces faits, c'est-à-dire déterminer la signification normative qu'ils revêtent, n'est autre que définir la norme qu'ils posent. Or cette détermination n'est pas un acte de connaissance, mais un acte de volonté. Il s'agit donc de l'exercice d'un pouvoir.

Il en résulte, du point de vue de l'analyse du raisonnement des juges, une relecture destructrice de la théorie du syllogisme judiciaire. Dans le cadre d'un contentieux de la validité des normes, cette représentation du processus de décision conduit à affirmer que le juge se limite à confronter deux normes – p. ex. la constitution, qui forme la majeure du syllogisme, et la loi, qui en forme la mineure, – dont le sens lui est donné par avance. Il peut conclure, de manière mécanique, à la validité ou à l'invalidité de la seconde au regard de la première. Or, selon l'analyse réaliste, aucun des éléments du syllogisme ne préexiste à la décision du juge. Celui-ci ne fait face qu'à une multitude d'énoncés et de faits dont il détermine, par une décision, la signification normative. Du point de vue des juges constitutionnels, que l'on peut définir, de manière relativement vaste, comme ceux dont l'activité prend pour référence des normes considérées *hic et nunc* comme constitutionnelles, il s'ensuit que, dans l'hypothèse d'un syllogisme juridique confrontant une loi (mineure) à la constitution (majeure), le juge est aussi bien auteur, par son interprétation, de l'une que de l'autre, ainsi que de la conclusion – validation ou annulation – qu'il en tire.

Qui plus est, il est possible de reconstruire le raisonnement du juge sous la forme de deux syllogismes. Ainsi que le note M. Troper, « Le premier a pour prémisse majeure une norme constitutionnelle, pour mineure la loi en litige et pour conclusion la décision d'annuler ou de valider cette loi. Par cette conclusion, le juge incontestablement fait œuvre de législateur. Mais la norme constitutionnelle qui sert de majeure a été, elle aussi, déterminée par le juge au terme d'une interprétation d'une disposition constitutionnelle. Celle-ci est elle-même, implicitement ou explicitement, le produit d'un syllogisme, dont la majeure est soit une méthode d'interprétation, soit un principe supra-constitutionnel. Dans ce cas, la cour choisit librement la majeure. [...] D'une manière plus générale, on peut affirmer que tout tribunal compétent pour annuler une norme pose une norme de même niveau que celle qu'il annule ou valide, mais qu'en même temps, il est amené à interpréter, donc à refaire la norme de niveau immédiatement

Staatslehre, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, 1925, xiv+433 p. ; Id., *Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. fr. Laroche B., Faure V., Intro. Paulson S.L., Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1997, 517 p. ; Id., *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. fr. Eisenmann C., Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », Vol. 7, 1962, 496 p.

1. Troper M., « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in Id., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, 358 p., pp. 85-94.

supérieur et qu'il doit pour cela se fonder sur une troisième norme supérieure à la précédente. [...] En d'autres termes, le juge de la constitutionnalité des lois est à la fois législateur et constituant¹ ». Il est même, doit-on ajouter, supraconstituant du fait des principes d'interprétation de la constitution qu'il est nécessairement conduit à élaborer.

De cette analyse, il est possible de tirer une conséquence radicale : les juges constitutionnels maîtrisent ainsi les significations normatives les plus élevées que peuvent recevoir les énoncés juridiques. Ils se trouvent de ce fait dans une position de pouvoir exceptionnelle. Le droit n'est rien d'autre que ce qu'en disent les juges, et les décisions des autres « autorités » normatives se limitent à tenter d'anticiper sur les décisions juridictionnelles. Les juges exercent alors non plus *un* pouvoir, mais *tout* le pouvoir, ou tout au moins un pouvoir dominateur. Si « all law is judge-made law », en droit constitutionnel comme dans les autres branches du droit, il est possible de préciser dans ce dernier domaine, à l'instar de Charles Evans Hughes, qui allait devenir *Chief justice* de la Cour suprême, que « Nous vivons sous l'empire d'une constitution, mais la constitution est ce que les juges disent qu'elle est² ».

2. Un exemple topique

3. Certaines décisions rendues par les juridictions constitutionnelles sont de nature à accréditer la thèse réaliste dans toute sa brutalité. Précédée d'une riche jurisprudence en matière de lutte contre les discriminations frappant les homosexuels³, un arrêt de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, rendu le 1^{er} décembre 2005, est remarquable à cet égard⁴.

Des couples homosexuels mettaient en cause la définition hétérosexuelle du mariage dans la *common law*, ainsi que dans la loi sur le mariage, celle-ci faisant référence, dans son art. 30(1), à la femme (*wife*) et au mari (*husband*). Concluant à une violation des principes constitutionnels de dignité (art. 10 C) et d'égalité (art. 9 C) à l'encontre des couples de même sexe, la Cour a néanmoins considéré opportun que le Parlement se prononce, eu égard aux implications sociétales de la question et à la responsabilité de cet organe dans l'établissement d'une société

1. Troper M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in Id., *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., pp. 310-311.

2. Hughes C.E., « Speech Before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907 », in *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes Governor of New York (1906-1908)*, Intro. Schurman J.G., New York, G.P. Putnam's Sons, The Knickerbocker Press, 1908, xxxviii+289 p., p. 139.

3. *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* (CCT 11/98) ; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs* (CCT 10/99).

4. *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another, with Doctors For Life International (first amicus curiae), John Jackson Smyth (second amicus curiae) and Marriage Alliance of South Africa (third amicus curiae)* CCT 60/04 ; *Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v. Minister of Home Affairs and Others* CCT 10/05.

conforme aux objectifs de la constitution. C'est pourquoi elle a suspendu l'application de sa déclaration d'inconstitutionnalité. Le juge estima qu'un délai d'un an à compter de sa décision devait être suffisant pour que le législateur prenne position. Mais il formula l'avertissement suivant : « si le Parlement ne corrigeait pas les défauts dans ce délai, l'art. 30(1) du *Marriage Act* 25 de 1961 serait à l'avenir considéré comme incluant les termes 'ou époux' [- neutres du point de vue du sexe -] après les termes 'ou mari' tels qu'ils apparaissent dans la formule du mariage¹ ». La loi fut finalement approuvée le 14 novembre 2006 par l'Assemblée nationale, puis le 28 novembre par le Conseil national des provinces, et signée le 30 novembre, soit la veille de l'expiration du délai prévu.

Il est possible de reconstituer la manière dont le juge a fait usage de son pouvoir de la façon suivante.

(1) Il a admis, concernant la seconde affaire (10/05), la recevabilité d'une action du Lesbian and Gay Equality Project, donnant de la sorte de l'intérêt pour agir une interprétation extrêmement lâche. Conformément à ce que les droits constitutionnels canadien² et indien³ connaissent sous le nom de « litiges d'intérêt public » ou « litiges d'action sociale », une telle attitude permet à des associations, groupements, et sociétés militantes en tous genres d'agir devant le juge au nom des individus ou communautés qu'elles entendent défendre. Elle tend à accroître la probabilité pour le juge d'être saisi de recours, qui constituent autant d'occasions d'exercer son pouvoir.

(2) Au terme d'une interprétation d'énoncés législatifs, d'énoncés constitutionnels et d'énoncés tirés de précédents judiciaires qui en font un législateur autant qu'un constituant, le juge a censuré une inconstitutionnalité. Il a, de ce fait, revêtu le rôle de ce que H. Kelsen nomme un « législateur négatif⁴ », abrogeant une norme préexistante. Mais l'exemple sud-africain démontre à l'envi à quel point cette vision de la justice constitutionnelle est insuffisante.

(3) En effet, l'inconstitutionnalité ne consistait pas en une extension trop large du champ d'application d'une norme. Elle reposait au contraire sur le fait que celle-ci ne s'appliquait pas à certaines catégories d'individus. C'est donc moins une action incorrecte du législateur qui est en cause, qu'une abstention

1. § 2.e) de l'ordre de la Cour.

2. Cour suprême du Canada, *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 RCS 138 ; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 RCS 265 ; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 RCS 575 ; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 RCS 236.

3. Baar C., « Social Action Litigation in India: The Operation and Limits of the World's Most Active Judiciary », in Jackson D.W., Tate C.N. (ed.), *Comparative Judicial Review and Public Policy*, Westport (Conn.), London, Greenwood Press, 1992, viii+214 p., pp. 77-87 ; Sathé S.P., *Judicial Activism in India. Transgressing Borders and Enforcing Limits*, foreword Baxi U., 2nd ed., New Delhi, Oxford University Press, 2003, lxxxv+326 p., spéc. pp. 185-248. V., plus largement concernant l'Asie, Po Jen Yap, Holning Lau (ed.), *Public Interest Litigation in Asia*, New York, Routledge, coll. « Routledge Law in Asia », 2011, vi+166 p.

4. V. Kelsen H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », in *Revue du droit public*, 1928, p. 224.

ou une omission de sa part. La loi est inconstitutionnelle en tant qu'elle n'inclut pas les couples de même sexe, de sorte que, comme toute invalidation « en tant que ne pas », la décision du juge n'est pas seulement négative. Elle fait bien de lui un législateur *positif*.

(4) Le juge a suspendu sa propre décision, dissociant ainsi le prononcé d'une inconstitutionnalité, d'une part, et la cessation d'application de la norme invalidée, d'autre part. Il a à ce titre fait preuve d'une maîtrise totalement discrétionnaire de l'effet temporel de ses décisions.

(5) Confinant le législateur dans une position résolument subalterne, il a prononcé une injonction à son encontre, et lui a ordonné de modifier la législation.

(6) Se faisant pressant, il lui a accordé pour ce faire un délai d'un an.

(7) Il a totalement prédéterminé ce que celui-ci devait faire, de sorte que sa marge de manœuvre propre était réduite au maximum.

(8) La Cour s'est assuré que, si les autorités politiques n'exécutaient pas l'injonction, dans le délai imparti, le droit qu'elle avait édicté s'appliquerait automatiquement.

4. Que les autorités politiques agissent ou non, qu'elles agissent rapidement ou non, et quel que soit le sens dans lequel elles pourraient envisager d'agir, la chose est donc entendue : le droit positif sera conforme à ce qu'énonce la Cour constitutionnelle. Il est difficile d'imaginer comment les acteurs politiques pourraient se trouver davantage assujettis au pouvoir des juges, tel que l'analyse réaliste est en mesure de le mettre en évidence. Est-ce à dire que les juges agissent totalement à leur guise au sein de l'ordre juridique, et y occupent une position rigoureusement hégémonique ? Doit-on conclure que l'antagonisme entre « gouvernement des hommes » et « gouvernement des lois », cher à J.H. Harrington¹ et John Adams², est dorénavant, dans le cadre de l'État constitutionnel contemporain, rendu périmé par le « gouvernement des juges » ?

3. *Le réalisme pris à son propre piège ?*

5. Tel ne semble pas être le cas. Sur le plan empirique, tout d'abord, il est possible de remarquer que les juges, de manière générale, ne rendent pas de décisions totalement farfelues, erratiques les unes avec les autres et de nature à

1. V. Harrington J.H., *The Oceana and Other Works*, 3rd ed., London, A. Millar, 1747, xlvi+227 p., p. 56 : « a commonwealth is a government of laws and not of men » (disponible sur www.books.google.fr, consulté le 20 juillet 2010).

2. V. Constitution du Massachusetts de 1780, Première partie, art. XXX : « In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men. »

contredire ouvertement et durablement l'opinion ou les préférences des autres acteurs juridiques. C'est notamment l'une des raisons pour lesquelles plusieurs auteurs tendent à relativiser l'idée selon laquelle les juges constitutionnels pourraient se révéler, à l'encontre des institutions représentatives traditionnelles, qui seraient les instruments de la majorité, les véritables champions des minorités ethniques, politiques, sociales, religieuses, etc., et des agents de changement politique¹.

Ensuite, des raisons internes à la démarche réaliste elle-même ne permettent pas de soutenir l'idée que les juges exerceraient un pouvoir sans partage. En effet, les juges ne sont pas les seuls acteurs dont les comportements ne se limitent pas, si on les analyse d'un point de vue réaliste, à prendre acte d'un donné préexistant. D'autres acteurs juridiques prennent des décisions et, concernant le droit constitutionnel, interprètent la constitution, ou plutôt, donnent à des énoncés la signification de normes constitutionnelles². La radicalité même de l'analyse réaliste, en ce qu'elle s'avère pertinente au-delà du seul cas des juges, lui impose de tempérer ses conclusions. Le fait que plusieurs acteurs aient, simultanément et concomitamment, la faculté d'interpréter un stock fini d'énoncés, impose de détacher l'attention des seuls juges constitutionnels, qu'un effet d'optique malheureux pourrait faire apparaître comme les seuls détenteurs du pouvoir de produire du droit constitutionnel, et de s'intéresser, de manière plus large, à leur environnement institutionnel. Puisque le juge n'est pas le seul interprète de la constitution, il lui faut tenir compte de l'interprétation des mêmes énoncés constitutionnels que donnent ou que peuvent donner les autres organes juridiques. « Le juge constitutionnel apparaît ainsi comme un élément d'un système comportant d'autres autorités avec lesquelles il a des rapports de force ou

1. V. p. ex. Mandel M., *The Charter of Rights and the Legalization of Politics*, Toronto, Thompson Educational, 1994, xii+542 p. ; Ginsburg T., *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2003, xi+295 p. ; Hirschl R., *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), London, Harvard University Press, 2004, 286 p. ; Rosenberg G.N., *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, 2nd ed., Chicago, University of Chicago Press, coll. « American Politics and Political Economy Series », 2010, xii+525 p.

2. V. p. ex. Fisher L., *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1988, x+306 p. ; Gant S.E., « Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution », in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 24, 1996-1997, pp. 359-440 ; Whittington K.E., *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999, x+303 p. ; Devins N., Whittington K.E. (ed.), *Congress and the Constitution*, Durham, London, Duke University Press, 2005, vi+320 p. ; Dokhan D., *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, préf. Goyard C., Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 103, 2001, vii+580 p., pp. 14-90 ; Giraud T., *L'interprétation de la constitution par les organes non juridictionnels*, Th. Paris X, 2005, 464 p. ; Tusseau G., « El control político de constitucionalidad en Francia », trad. cast. Garza Castillo M., in Prado Maillard J.L. (ed.), Figueruelo Burrieza Á., Enriquez Fuentes G.J., Núñez Torres M. (dir.), *El control político en el Derecho comparado*, Granada, Comares, 2010, xxii+163 p., pp. 31-50.

de coopération. [...] Toutes les autorités chargées d'appliquer la constitution l'interprètent et la recréent de concert¹ ».

L'ordre juridique n'apparaît donc plus sous la coupe d'un seul type d'organes. Il est la résultante d'interactions complexes et multilatérales entre acteurs, qui fonctionnent de manière systémique. Le pouvoir des juges constitutionnels n'est donc pas absolu et donné une fois pour toutes. Il se construit, se maintient, s'accroît ou s'affaiblit de manière progressive et continue en fonction de l'état du système des rapports entre acteurs, et notamment du pouvoir que les autres acteurs, à l'égal du juge constitutionnel, parviennent à s'octroyer. Chacune des actions par lesquelles l'un ou l'autre affirme son pouvoir est nécessairement solidaire de la prise en compte de la manière dont celle-ci est de nature à appeler des réactions, plus ou moins hostiles et de nature à la contrecarrer, de la part des autres acteurs.

4. *Propos et plan*

6. Précisément parce qu'ils exercent un pouvoir sur le plan juridique, les juges se trouvent privés de l'une des singularités statutaires et fonctionnelles que leur attribue traditionnellement la pensée juridique. Il est donc possible, dans un sens parfaitement neutre, de suivre l'invitation de M. Troper et de parler de « gouvernement des juges ». Si l'expression présente, à l'origine², un caractère péjoratif, il s'agit simplement ici de partir de l'hypothèse selon laquelle il existe un « gouvernement », au sens d'un pouvoir normatif, exercé par les juges³.

Ainsi que le démontre l'exemple de la Cour constitutionnelle sud-africaine, ce gouvernement, précisément parce qu'il se présente malgré tout comme celui d'institutions *juridictionnelles*, emprunte des formes originales. Variées et plus ou moins complexes, c'est à travers elles que les juges constitutionnels s'ingénient à trouver le moyen de se subordonner efficacement les autres acteurs juridiques, de manière à garantir l'impact maximal de leur pouvoir. Mais si l'effervescence qu'il est possible de constater en la matière peut justifier une certaine admiration, elle peut tout autant être le signe d'un malaise. Ni gratuite, ni fortuite, elle est la résultante d'un certain nombre de facteurs qui, précisément parce qu'ils sont de nature à entraver l'action des juges, suscitent et, d'une certaine manière, imposent une telle inventivité. Elle peut, de ce fait apparaître comme traduisant, tout autant que la finesse des techniques d'exercice de leur pouvoir, une certaine

1. Troper M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *op. cit.*, p. 313.

2. Lambert E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle de la constitutionnalité des lois*, [1921], préf. Moderne F., Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, xix+276 p.

3. Troper M., « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, xxiii+458 p., pp. 49-65 ; Id., *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, coll. « Verbatim », 2006, 56 p.

fébrilité des juges constitutionnels. Loin d'avoir un monopole en la matière, le raffinement des formes que revêt leur pouvoir se heurte inmanquablement à une ingéniosité de niveau égal des autres institutions.

Il en résulte que leur situation institutionnelle est à la fois le produit des initiatives autonomes qu'ils peuvent prendre au sein du système à leur propre avantage, de la manière dont ils peuvent instrumentaliser à leur profit la présence et la conduite d'autres acteurs, et enfin des mesures de rétorsion que les autres acteurs, qui leur font concurrence, peuvent prendre à leur encontre. Le pouvoir des juges s'avère ainsi inmanquablement affecté de certaines limites, dans la mesure où il reste, selon des modalités variées, sujet aux possibles réactions défavorables des autres acteurs juridiques, qu'il entend dans le même temps contrer à son tour. Loin d'être totalement libre, chacun de ces acteurs se trouve dans « une situation de fait dans laquelle [il] est conduit à adopter telle ou solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère¹. » Il s'avère, en d'autres termes, soumis à des contraintes juridiques.

7. L'objectif, finalement très modeste, de ce texte consiste, à partir du droit positif de différents États, à donner un certain nombre d'exemples concrets de la manière dont, en raison du pouvoir que les autres acteurs peuvent exercer sur eux, le gouvernement des juges s'avère un gouvernement limité ou « contraint ».

Il s'agit d'explicitier les configurations du système juridique qui contribuent à restreindre la latitude d'action de juges constitutionnels pourtant détenteurs d'une liberté interprétative totale, de préciser la consistance des déterminations causales qui incitent un acteur libre à ne pas faire n'importe quoi de son pouvoir absolu. Les interventions des autres acteurs juridiques et la manière dont elles sont anticipées ont un rôle crucial dans la mise en place de ces situations juridiques. Il importe de mesurer à quel point leurs initiatives, plus ou moins hostiles à l'égard des juges, privent ou non véritablement ces derniers de toute marge de manœuvre propre. À cette fin, il est nécessaire d'esquisser une cartographie de quelques types de configurations interorganiques dans lesquelles le gouvernement des juges apparaît comme contraint, c'est-à-dire se trouve confronté à la résistance et au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques, celui-ci pouvant à son tour se heurter à un certain pouvoir de contre-réplique des juges.

Afin de parvenir à des enseignements présentant un certain degré de généralité, seul un nombre relativement limité d'éléments des situations en cause sera considéré. Ainsi, sont exclus du champ de l'étude les comportements par lesquels les autorités politiques, les administrations ou les autres juges destinataires des décisions des juges constitutionnels les ignorent, refusent de les appliquer, ou les appliquent avec lenteur. Ne sont envisagées que les prises de

1. Champeil-Desplats V., Troper M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in Troper M., Champeil-Desplats V., Grzegorzczak C. (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2005, vi+203 p., p. 12.

position résolues et déterminées par lesquels ces acteurs engagent, selon l'appréciation que l'on en a, une forme d'épreuve de force ou de dialogue, dans lesquels la question de la primauté d'un interprète constitutionnel sur l'autre est ouvertement posée. Par ailleurs, ne seront directement envisagées que les incitations et limites comportementales résultant directement du pouvoir de réplique des autres acteurs. En sont notamment exclus des éléments tenant à d'autres facteurs tels, par exemple, que le soutien populaire dont bénéficient soit le juge constitutionnel, soit l'autorité politique, le respect des acteurs politiques pour le principe d'indépendance des juridictions, le coût politique (en termes de risque électoral, de critique par l'opposition, d'énergie perdue pour d'autres éléments de l'agenda politique, etc.) d'une mise en cause des juges, etc.¹. Ces aspects, à l'évidence essentiels dans chaque contexte institutionnel, n'occuperont qu'une place secondaire.

8. Dépourvue de toute prétention psychologique, cette étude n'entend pas appréhender ce que les acteurs ressentent ou pensent, « effectivement » ou « en réalité ». Elle ne vise pas davantage à fournir une explication complète du comportement des juges. Elle se limite, à partir de postulats déterminés, à offrir l'une des reconstructions possibles de la pratique juridique.

Celle-ci s'appuie sur une version de la figure de l'*homo juridicus* proposé par la Théorie des contraintes juridiques². Les acteurs étudiés sont des producteurs de normes ou des prétendants à la production de normes. Outre les juges constitutionnels, seuls seront envisagés les acteurs que l'on peut dire, dans un sens extrêmement vague, « politiques », tels que les gouvernements, les législateurs, les constituants, etc. Seront donc négligées les tensions qui peuvent se présenter entre les juges constitutionnels et, lorsqu'ils existent, les juges dits « ordinaires » – juridictions inférieures, juridictions fédérées, autres ordres de juridictions (judiciaires, administratives, financières, militaires, etc.) ou autres chambres d'une juridiction suprême comprenant une chambre constitutionnelle³. Par ailleurs, l'angle d'analyse retenu conduit à se concentrer de manière exclusive sur le rapport, le plus souvent binaire, qui se noue entre les juges, d'une part, et une autorité politique d'autre part. Sont de ce fait quasiment

1. Sur ces éléments, v. p. ex. Handberg R., Hill H.F.Jr., « Court Curbing, Court Reversals, and Judicial Review: The Supreme Court versus Congress », in *Law and Society Review*, Vol. 14, 1979-1980, pp. 309-322 ; Whittington K., « Legislative Sanctions and the Strategic Environment of Judicial Review », in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1(3), 2003, pp. 446-474.

2. Champeil-Desplats, Troper, « Propositions pour une théorie [...] », *op. cit.*, pp. 15-16.

3. Sur la variété institutionnelle en la matière, v. p. ex. Tusseau G., *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique / Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, pref. Pegoraro L., éd. bilingue, trad. it. Morandini A., Bologna, Bononia University Press, coll. « Ricerche di diritto comparato », 2009, 87+106 p. ; Id., *Para acabar con los « modelos » de jurisdicción constitucional: Un ensayo de crítica*, 2^e ed., révisée et augmentée, trad. esp. en collaboration avec García Berrio Hernández T., pres. Ferrer Mac-Gregor E., México, Porrúa, col. « Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional », Vol. 50, 2011, xix+171 p.

exclus de l'analyse des éléments tels que les rapports qui peuvent se nouer entre les deux acteurs en litige, d'une part, et un acteur tiers, susceptible d'influencer également l'issue de la situation¹.

Ces *homini juridici* sont conçus comme des acteurs rationnels, leur rationalité étant définie, de manière relativement sommaire, comme le fait d'adapter leur action à l'objectif de préserver ou d'améliorer leur situation de pouvoir au sein du système. Si l'on considère, par stipulation², et à nouveau de manière relativement large, que « le pouvoir peut être défini comme la faculté d'influencer soit l'état des facultés passives [i.e. celles qui sont communes aux êtres animés et inanimés], soit l'état des facultés actives [i.e. celles qui sont le propres des êtres animés], du sujet vis-à-vis duquel il est exercé³ », le pouvoir exercé par les juges, de même que celui auquel il peut être soumis, peuvent être compris comme la capacité à entraver, stimuler ou influencer la conduite d'autrui. Dans un cadre juridique, ce pouvoir s'exprime par la création de normes, que celles-ci soient prescriptives, permissives, d'abrogation ou d'habilitation⁴.

9. Afin d'analyser les configurations institutionnelles qui se mettent ainsi en place, il est possible de prendre pour point de départ la situation où une juridiction constitutionnelle a rendu ou s'apprête à rendre une décision qui, pour une raison quelconque, mécontente une autorité politique. Selon le point de vue adopté, et du fait de l'interaction, *a priori* continue, entre les différents acteurs, plusieurs questions s'enchaînent les unes aux autres. Comment les autorités politiques peuvent-elles tenter de parer ou de remédier à cette manifestation du gouvernement des juges ? Comment les juges peuvent-ils tenter de parer ou de remédier à cette possible réaction des acteurs auxquels ils font face ? Comment les acteurs politiques peuvent-ils tenter de contourner, *a priori* ou *a posteriori*, les précautions que pourraient prendre les juges ? et ainsi de suite.

À titre de grille de lecture élémentaire de ces types d'interactions, il est possible de se fonder sur le moyen que les acteurs politiques vont tenter d'utiliser afin de contrer le gouvernement des juges. Ils peuvent envisager d'emprunter deux voies essentielles qui, distinguées à des fins analytiques, ne sont pas, en pratique, exclusives l'une de l'autre. Ils sont susceptibles d'orienter leur action aussi bien vers l'organe du contrôle de constitutionnalité (I), que vers les normes qui interviennent dans les opérations de contrôle (II).

1. V. toutefois *infra*, n° 35.

2. Sur les théories et les concepts de pouvoir, v. p. ex. Russ J., *Les théories du pouvoir*, Paris, Librairie générale française, coll. « Références », 1994, 349 p. ; Spector C. (éd.), *Le pouvoir*, Paris, Flammarion, coll. « Corpus », 1997, 238 p. ; Lukes S. (ed.), *Power*, Oxford, B. Blackwell, 1986, vi+283 p. ; Scott J. (ed.), *Power: Critical Concepts*, 3 Vol., London, New York, Routledge, 1994, 424 p., 466 p., 436 p. ; Id., *Power*, Cambridge, Polity, Oxford, Maden (Mass.), Blackwell, coll. « Key Concepts », 2001, vi+184 p. ; Dahl R.A., « The Concept of Power », in *Behavioural Science*, Vol. 2, 1957, pp. 201-215.

3. Bentham J., *Pannomial Fragments*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Bowring J. (ed.), 11 Vol., Edinburgh, W. Tait, 1838-1843, Vol. III, 622 p., p. 222.

4. Kelsen H., *Théorie générale des normes*, trad. fr. O. Beaud, F. Malkani, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1996, x+604 p.

I. L'ACTION SUR L'ORGANE

10. En agissant sur l'organe juridictionnel chargé du contrôle de constitutionnalité, les acteurs politiques visent, sans modifier l'économie des rapports entre normes soumises au contrôle de constitutionnalité et normes de référence du contrôle de constitutionnalité, à éliminer l'un des obstacles qui se dresse contre la mise en œuvre de leur volonté. La contre-mesure à laquelle ils recourent en l'occurrence apparaît radicale, en ce qu'elle n'est pas limitée au cas ponctuel de confrontation d'une norme inférieure à une norme supérieure à l'occasion duquel elle est envisagée. Puisque celle-ci atteint l'organe chargé du contrôle de constitutionnalité, elle est de nature, même si elle trouve sa source dans un conflit ponctuel, à produire également des effets structurels dans d'autres hypothèses, et notamment pour les opérations de contrôle de constitutionnalité qui seront opérées à l'avenir. C'est pourquoi, aux États-Unis par exemple, ce type de mesure, qu'il est possible de dénommer « court curbing », par opposition aux réactions dénommées « decision reversal », est plus difficilement adopté par les autorités politiques. Il leur semble, davantage que le second, porter atteinte à la symbolique du pouvoir judiciaire lui-même¹. Dans cette perspective, l'action des autres acteurs sur le juge en tant qu'organe peut viser aussi bien les membres de la juridiction constitutionnelle, considérés en tant qu'individus (A), que l'institution elle-même (B)².

A. Sur les membres de l'institution

11. Il est possible d'identifier deux manières de signifier aux juges constitutionnels qu'ils doivent se montrer méfiants, ou à tout le moins prudents, dans l'exercice de leur pouvoir, selon que ceux-ci se voient privés de leurs fonctions (1) ou que ces fonctions sont rendues moins attractives pour eux (2).

1. La perte de leurs fonctions

12. Un juge peut se trouver privé de ses fonctions, qu'on les lui retire ou que, sous certaines pressions, il préfère y renoncer, de deux manières. Il peut tout d'abord faire l'objet d'intimidations (a), puis être limogé (b).

a. Les menaces sur la personne des juges

13. Le premier type de mesure de rétorsion qu'un acteur politique peut employer vis-à-vis des juges repose sur la perspective de la perte de leur fonction,

1. Stumpf H.P., « Congressional Response to Supreme Court Rulings: The Interaction of Law and Politics », in *Journal of Public Law*, Vol. 14, 1965, pp. 377-395.

2. Sur l'importance de cette distinction du point de vue de la problématique de l'indépendance des juges, v. p. ex. Ferejohn J., « Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence », in *Southern California Law Review*, Vol. 72, 1998-1999, pp. 353-384 ; Ferejohn J.A., Kramer L.D., « Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint », in *New York University Law Review*, Vol. 77, 2002, pp. 962-1039.

si leur pouvoir n'est pas exercé à la satisfaction des autres autorités en place, ou s'il les heurte trop brutalement.

À titre extrême, il est possible pour les juges, dans certains États, de craindre pour leur vie même s'ils ne se montrent pas conciliants avec les autorités politiques. En Ouganda, Idi Amin Dada a ainsi fait assassiner en 1972 le juge en chef de la Cour suprême Benedicto Kiwanuka, qu'il avait mis en place, dès que celui-ci a fait montre de quelque velléité de protéger les droits de l'homme¹. Au Pakistan, le juge Nabi Khan Junejo a également été tué en 1991 en raison de son rôle dans un certain nombre de jugements mettant en cause des questions politiques complexes².

Diverses pressions (menaces, intimidations, chantages en tous genres, écoutes téléphoniques, dégradations du bâtiment de la juridiction, etc.³) peuvent faire craindre une telle issue, et conduire un juge à préférer renoncer à ses fonctions, aussi bien pour se protéger que pour ne pas dégrader l'image qu'il se fait de sa fonction en semblant se plier à de telles injonctions. C'est ainsi qu'en 1930, Kelsen a dû quitter la Cour constitutionnelle autrichienne. Alors que l'administration autorisait les remariages, les tribunaux de première instance considéraient ces dispenses invalides. La Cour constitutionnelle, sous l'influence de Kelsen, décida de casser ces décisions au motif qu'elles excédaient la compétence des organes juridictionnels. Les attaques politiques auxquelles l'institution fit face furent d'une telle violence qu'il préféra fuir et, ne pouvant remplir ses fonctions comme il l'entendait, rejoindre Cologne pour y enseigner le droit international⁴.

14. Dans d'autres hypothèses, les juges peuvent, à titre individuel ou collectif, craindre de perdre leurs fonctions à la suite d'un limogeage.

b. Le limogeage des juges

15. Un juge peut d'abord être démis de ses fonctions de manière expéditive et sans que soit respectée une procédure juridique précise. Ainsi en Malaisie, le monarque, connu comme le *Yang di Pertuan Agong*, dispose de pouvoirs étendus,

1. Tate C.N., Vallinder T., « Judicialization and the Future of Politics and Policy », in Id. (ed.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London, New York University Press, 1995, xii+556 p., p. 527.

2. Newberg P.R., *Judging the State. Courts and Constitutional Politics in Pakistan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, xi+284 p., p. 230.

3. V. p. ex. en Russie, après la première décision de la Cour constitutionnelle (v. *infra*, n° 26), Schwartz H., « The New East European Constitutional Courts », in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 13, 1991-1992, pp. 764-765.

4. Kelsen H., « Autobiografie », [1947], in *Hans Kelsen Werke*, Jestaedt M. (Hrsg.), Bd. 1, *Vöffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2007, x+719 p., pp. 67-77 ; Métall R.A., *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, F. Deuticke, 1969, 220 p., pp. 47-57. V. également Walter R., *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, « Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts », Bd. 27, 2005, 92 p. ; Neschwara C., « Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispenschen-Kontroverse », in Paulson S.L., Stolleis M. (Hrsg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtler und Rechts-theoretiker des 20 Jahrhunderts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 2005, pp. 353-384.

notamment en matière de suspension des droits fondamentaux. Mécontents de décisions des juges constitutionnels qui, jusqu'alors, s'étaient montrés dociles, il n'a pas hésité, en 1988, à limoger le juge en chef de la Cour suprême, ainsi que deux autres juges¹.

Au Zimbabwe, les graves conflits qui ont opposé le Président Robert Mugabe et le pouvoir judiciaire ont conduit au limogeage du juge en chef Anthony Gubbay. Des menaces de mort de la part de militants du parti du président finirent par avoir raison de sa résistance en mars 2001².

16. Au Pakistan, en 1977, après que la Cour suprême a accepté d'entendre l'action introduite dans *Begum Nusrat Bhutto v. Chief of Army Staff and Federation of Pakistan*, qui contestait l'imposition de la loi martiale et voulait faire libérer des politiciens détenus (parmi lesquels le premier ministre), un décret du Général Zia, l'administrateur en chef de la loi martiale, a prononcé la mise à la retraite d'office du juge en chef Muhammad Yaqub Ali, et à son remplacement par Anwar ul Haq, plus docile³. Ensuite, selon le *Provisional Constitutional Order 1981* émanant de la même autorité, tous les juges des cours supérieures durent prêter un nouveau serment. Plusieurs des juges de la Cour suprême et de hautes cours provinciales s'y refusant, d'autres n'étant pas invités à se prononcer, ils ont perdu leurs fonctions⁴.

Cet épisode, ainsi que d'autres du même genre, s'est reproduit à plusieurs reprises, à la faveur de l'histoire politique tourmentée du pays. Malgré sa brutalité, le procédé ne laisse pas nécessairement les juges sans faculté de contrer l'offensive du pouvoir politique. Ainsi, le 9 mars 2007, le gouvernement ordonna au juge en chef, Iftikhar Muhammad Chaudry, nommé le 30 juin 2005, de quitter ses fonctions. Sous son mandat, la Cour suprême avait intensifié sa protection des droits de l'homme et contrecarré certains projets de privatisation. Le gouvernement prononça enfin sa suspension. Le 20 juillet, la Cour suprême renversa l'ordre en question⁵, réintégra le juge en chef, et considéra inconstitutionnel le pouvoir de l'Exécutif de suspendre les juges. Après la mise en vigueur de l'état

1. Poh-Ling Tan, « Human Rights and the Malaysian Constitution Examined through the Lens of the Internal Security Act 1960 », http://rspas.anu.edu.au/pah/human_rights/papers/2001/Tan.pdf (consulté le 20 juillet 2010).

2. V. p. ex. Matyszak D., « Creating a compliant judiciary in Zimbabwe 2000-2003 », in Malleson K., Russell P. (ed.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power. Critical Perspectives From Around the World*, Toronto, Buffalo, London, University of Toronto Press, 2006, xii+473 p., pp. 331-354.

3. *Begum Nusrat Bhutto v. Chief of Army Staff and Federation of Pakistan*, [1977] PLD SC 657. La décision légitima la suspension de la Constitution par le Général Zia et ouvrit la voie à onze ans de pouvoir dictatorial.

4. Newberg P.R., *Judging the State*, op. cit., p. 181 ; Mahmud T., « Jurisprudence of Successful Treason: Coup d'Etat & Common Law », in *Cornell International Law Journal*, Vol. 49, 1994, p. 81. Concernant les relations, heurtées, entre pouvoir civil, pouvoir militaire et juges, v. de manière générale Newberg P.R., *Judging the State*, op. cit. Pour un aperçu de la période postérieure à 1993, v. p. ex. Hirschl R., « The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide », in *Fordham Law Review*, Vol. 75, 2006, pp. 733-734, 750 et *infra*, n° 30.

5. *Iftikhar Muhammad Chaudry v. President of Pakistan 2007* PLD SC 578.

d'urgence le 3 novembre suivant, alors que la Cour examinait la question de l'éligibilité de Musharaff à la présidence, le juge en chef fut renvoyé de la Cour et arrêté. Il fut finalement réintégré le 22 mars 2009¹. Bien que la situation des juges constitutionnels apparaisse chaotique, elle reste, même dans ces circonstances, susceptible d'être stabilisée.

17. Le limogeage peut également être prononcé à la suite de la mise en jeu d'une forme de responsabilité dûment établie des juges constitutionnels. Ainsi, aux États-Unis de même qu'en Irlande (art. 35.4 C) ou en Argentine (art. 110 C), les juges ne conservent leurs fonctions, à l'instar de la plupart des autres hautes autorités de l'État, que pour autant « qu'ils en sont dignes » (art. III(1) C). En cas contraire, ils s'exposent à ce qu'une procédure de mise en accusation et de destitution soit engagée à leur encontre.

Aux États-Unis, le juge Samuel Chase, entré à la Cour suprême en 1796, a été mis en cause pour avoir laissé ses opinions fédéralistes influencer son activité juridictionnelle, et utilisé les cours comme tribunes politiques. Il a ainsi fait l'objet d'un vote d'*impeachment* par la Chambre des représentants, avant d'être finalement acquitté en 1804 par le Sénat². Plus récemment, le juge W.O. Douglas fut entendu par le Congrès en 1953, en raison de ses doutes quant à la légalité de la condamnation à mort des Rosenberg et de sa décision de différer l'exécution de leur peine, et en 1970, en raison de la mise en cause de ses relations avec certains milieux d'affaires et de la moralité de sa conduite. La dernière procédure, dont aucun vote formel ne résulta, était notamment soutenue par le *congressman* Gerald Ford, selon lequel une infraction susceptible d'entraîner un *impeachment* « est toute celle qu'une majorité de la chambre considère telle à un moment donné de l'histoire³ ». Ainsi susceptible de servir de moyen de pression des autorités politiques sur les juges constitutionnels, cette technique a été mise en œuvre à treize reprises à l'encontre de juges fédéraux, et n'a abouti qu'à sept condamnations. Elle n'en demeure pas moins souvent évoquée dans les cercles militants, aussi bien conservateurs – p. ex. la John Birch Society contre Earl Warren – que progressistes – p. ex. les pétitions contre Antonin Scalia circulant aujourd'hui sur Internet.

Le 14 mars 1998, le Parlement albanais prit une mesure de ce type à l'encontre d'un juge constitutionnel. Il vota la destitution de Rustem Gjata, au motif qu'il avait travaillé, sous le régime antérieur, pour les services secrets albanais et yougoslaves⁴.

1. V. p. ex. à ce sujet Kalhan A., « Constitution and 'Extraconstitution': Colonial Emergency Regimes in Postcolonial India and Pakistan », in Ramraj V.V., Thiruvengadam A.K. (ed.), *Emergency Powers in Asia. Exploring the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, xii+517 p., pp. 89-120.

2. Hinds A.C. (ed.), *Hinds' Precedents of the House of Representatives of the United States*, Washington, Government Printing Office, Vol. 3, 1907, 1159 p., pp. 711-771 (§§ 2342-2363). V. p. ex. sur ce thème Rehnquist W.H., *Grand Inquests: The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*, New York, Morrow, 1992, 303 p.

3. 116 Cong. Rec. H11, 913 (daily ed. Apr. 15, 1970).

4. « Constitution Watch », in *East European Constitutional Review*, Vol. 7(2), 1998, <http://www1.law.nyu.edu/eecr/vol7num2/constitutionwatch/albania.html> (consulté le 20 juillet 2010).

Dans certains États des États-Unis, les juges peuvent également faire l'objet d'un *recall* populaire¹. Institué par exemple par la constitution de l'Oregon en 1908 (art. I(18) C, toujours en vigueur), puis celle de la Californie en 1911 (art. II(13) C et suivants).

18. Dans ces hypothèses, la réaction du pouvoir politique à l'action des juges constitutionnels conduit à les écarter de fonctions où ils apparaissent comme gênants. Sans qu'un limogeage définitif soit prononcé, un acteur politique peut rechercher la mise à l'écart ponctuelle d'un juge constitutionnel, à travers une mutation d'office, un déport ou une récusation. La rudesse de la lutte qui a opposé les juges et le pouvoir travailliste à Malte en témoigne.

En avril 1984, le gouvernement fit adopter une loi donnant à l'État un contrôle direct sur les écoles privées. L'Église catholique mit en cause sa constitutionnalité. Les autorités politiques adoptèrent la stratégie consistant à récuser les différents juges qui pourraient connaître de l'affaire. Un juge de première instance fut ainsi mis en cause pour avoir déclaré avoir suivi une partie de sa scolarité dans une école privée, ce qui le disqualifiait aux yeux du gouvernement pour connaître de l'affaire. Certains acceptèrent de se démettre, mais d'autres s'y refusèrent, de sorte qu'il ne resta plus que trois juges pour composer la cour constitutionnelle et entendre l'affaire en appel. Or trois est le nombre minimal de composition de la cour constitutionnelle (art. 95.2 C). Ils furent néanmoins contestés, mais refusèrent de se déporter. Selon eux, la constitution requiert l'existence constante d'une Cour constitutionnelle, même si l'Exécutif ne parvient pas à assurer sa composition. De plus, la nécessité impose que, s'il ne reste que trois juges pour la composer, il soit de leur devoir de s'y maintenir, nonobstant toute tentative de les en écarter, en raison du droit fondamental d'accès à un tribunal². L'affaire revint devant le premier juge, Carmelo Scicluna, qui fut à nouveau sommé de se démettre par le Premier ministre. Devant son refus répété, le Parlement adopta une motion menaçant de le suspendre s'il persistait. Malgré de vives protestations, le juge s'inclina enfin. L'Exécutif s'abstint alors de nommer un autre juge, de sorte que l'affaire resta en l'état et ne fut jamais jugée³.

19. Dans ces hypothèses, et dès lors que la situation professionnelle du juge constitutionnel lui semble de quelque valeur, la menace de la perdre peut constituer une incitation importante à exercer son pouvoir de manière modérée. Mais l'action des autorités politiques sur l'organe du contrôle de constitutionnalité ne doit pas être comprise comme nécessairement déterminante. La force de cette

1. Owen R.L., « The Recall of Judges », in *Yale Law Journal*, Vol. 21, 1912, pp. 655-658 ; Morrison A.F., *The Recall Of Judges. An Essay*, 1911, 64 p.

2. Cour constitutionnelle, *L-E. T. Rev. Ma Monsinjur Arcisqof Giuseppe Mercieca Pro et Noe vs L-Onorevoli Prim Ministru Noe Et*, Vol. 68 (1984), Part. n° 1, p. 42, http://docs.justice.gov.mt/SENTENZI2000_PDF/INDEX/68_1984_1_42_6845.PDF (consulté le 20 juillet 2010).

3. Agius C.A., Grosselfinger N.A., « The Judiciary and Politics in Malta », in Tate C.N., Vallinder T., (ed.), *The Global Expansion of Judicial Power*, op. cit., pp. 395-396.

incitation dépend notamment de la facilité avec laquelle la menace peut être mise en œuvre.

À titre d'exemple, la procédure d'*impeachment* en vigueur aux États-Unis apparaît difficile à mettre en œuvre, de sorte que les juges peuvent s'estimer à l'abri de l'exercice d'un tel pouvoir de réplique à leur action. De même, la destitution prévue par l'art. 128 C de l'Albanie est la suivante : « le juge de la Cour constitutionnelle peut être démis de son office par l'Assemblée à la majorité des deux tiers de ses membres pour violation de la constitution, crime, incapacité mentale ou physique, actes et comportements discréditant gravement la position et la réputation d'un juge. La décision de l'Assemblée est soumise au contrôle de la Cour constitutionnelle qui, après avoir vérifié l'existence de l'un de ces motifs, déclare la cessation des fonctions du membre de la Cour constitutionnelle. » Ce texte assure aux membres de la juridiction constitutionnelle, collectivement, le dernier mot sur la situation de chacun d'eux. La menace s'avère donc moins pressante, par exemple, que celle à laquelle font face les juges maltais. L'art. 97.2 C prévoit à leur égard qu'« Un juge d'une cour supérieure ne pourra pas être démis de ses fonctions sinon par le Président, sur une demande de la Chambre des représentants soutenu par au moins deux tiers de ses membres et sollicitant une telle destitution sur le fondement d'une incapacité prouvée à remplir les devoirs de sa charge (qu'elle résulte d'une infirmité physique ou mentale ou de toute autre cause) ou d'un comportement indigne prouvé. » Totalement externe à la juridiction, la procédure en cause ne lui laisse aucun moyen de parer à une éventuelle offensive des autorités politiques.

20. Sans les priver de leurs fonctions, le pouvoir politique peut tenter de contrer le pouvoir des juges constitutionnels en rendant celles-ci moins attractives.

2. *Des fonctions moins attractives*

21. Outre par une dégradation de la juridiction constitutionnelle sur le plan institutionnel¹, il est possible de détourner le juge constitutionnel de ses fonctions en réduisant certains avantages financiers dont il bénéficie. Afin de parer à cette menace, de nombreux ordres juridiques prévoient que les rémunérations des juges ne peuvent être diminuées en cours de mandat (art. III(1) C des États-Unis ; art. 35.5 C irlandaise ; art. 80 al. 2 C japonaise ; art. 110 C argentine ; art. 98.8 C de la République de Singapour). Il reste néanmoins possible de se cantonner à geler ces salaires, ce qui peut, à long terme, être problématique dans l'hypothèse de mandats illimités dans le temps, ou limités non par une durée préfixe, mais par une limite d'âge, surtout si celle-ci est élevée. Ainsi, en 1964, alors que l'hostilité des législateurs américains face à l'activisme de la Cour Warren était à son comble, le Congrès adopta une loi qui augmentait le salaire des juges. Mais si les juges inférieurs reçurent 7 500 dollars d'augmentation, les membres de la Cour suprême n'en reçurent que 4 500. Ils ne connurent pas d'autre augmentation avant le départ de Warren en 1969.

1. V. *infra*, n° 24 et s.

22. Mesquine, et présupposant souvent de la part des juges constitutionnels un faible sens de la dignité de leur fonction et une certaine médiocrité des raisons pour lesquelles ils l'exercent, ce type de mesures n'en témoigne pas moins d'une faculté de réplique des acteurs juridiques vis-à-vis des juges constitutionnels et de leur pouvoir. De plus, il ne suffit pas d'envisager ces pressions sous l'angle répressif de la sanction négative. Il est parfaitement possible, en sens inverse, que la perspective d'augmentations de rémunération ou d'autres gratifications ait pour effet d'influencer l'exercice de ses fonctions par le juge.

23. Ces diverses manœuvres constituent un moyen pour les autres acteurs de faire peser sur les juges constitutionnels une forme de menace qui peut les inciter à exercer leur pouvoir de manière modérée ou orientée. Elles ne sont pas exclusives d'actions ne portant pas directement sur les membres de la juridiction constitutionnelle, mais sur l'institution à laquelle ils appartiennent.

B. Sur l'institution

24. Les pressions que les autorités politiques font porter sur l'institution dans son ensemble revêtent une portée plus importante que les précédents. L'ingérence dans l'exercice de leurs fonctions par les juges, voire leur éviction et leur remplacement n'en maintiennent pas moins intacte l'institution au sein de laquelle ils interviennent et l'existence du contrôle de constitutionnalité. Au contraire, l'atteinte à la juridiction elle-même, qu'elle vise son statut (1) ou ses fonctions (2), est de nature à produire un effet structurel plus durable sur le gouvernement des juges.

1. Le statut de la juridiction constitutionnelle

25. Les éléments du statut de la juridiction constitutionnelle susceptibles d'être affectés par les autorités politiques sont principalement l'existence même de la juridiction, d'une part (a), et sa composition, d'autre part (b).

a. L'existence de la juridiction constitutionnelle

26. Il est possible qu'en raison de son indocilité, une juridiction s'expose à sa suppression pure et simple. Ainsi, aux débuts du contrôle de constitutionnalité dans les États américains, le conflit entre juges et législateurs fut souvent très heurté. Au Kentucky, il aboutit à une véritable scission judiciaire. Après l'annulation d'une loi par la Haute cour, les législateurs ne parvinrent pas à voter l'*impeachment* des magistrats. Ils décidèrent alors d'abolir purement et simplement la juridiction, et de la replacer par une autre, composée d'autres juges, tout en exigeant une décision unanime pour toute déclaration d'inconstitutionnalité. Mais les juges démis ne cédèrent pas, ignorèrent cette loi et continuèrent à exercer leurs fonctions. Pendant deux ans, il y eut ainsi deux hautes cours dans l'État, les avocats agissant simultanément devant l'une et l'autre. Les défenseurs de la première cour gagnèrent les élections suivantes, et la rétablirent. Mais le

gouverneur opposa son veto à leur loi de dissolution de la nouvelle juridiction. À la suite d'une nouvelle élection, la cour initiale fut finalement restaurée¹.

En Russie, l'implantation de la justice constitutionnelle ne s'est pas faite sans difficultés². Dès sa mise en place à la suite du coup d'État de 1991, la Cour constitutionnelle fit preuve, sous la présidence de Valery Zorkin, d'une forte indépendance. Elle se trouva aux prises avec les questions politiques les plus tendues du moment. La première affaire qu'elle eut à trancher portait sur la contestation, par des députés du Congrès russe, d'une ordonnance du 19 novembre 1991 du Président, qui fusionnait le ministère de la sécurité et le ministère de l'intérieur. Dans une décision unanime du 14 janvier 1992, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de cet élément important de la politique de Boris Eltsine. Ensuite, elle accepta de connaître d'un recours de députés de la Douma, pour la plupart d'anciens communistes, concernant la légalité d'un décret présidentiel interdisant le parti communiste et ordonnant la saisie de certaines de ses propriétés. La Cour donna raison à B. Eltsine concernant l'interdiction du parti, mais déclara contraire à la Constitution la confiscation de ses biens. Enfin, par le décret n° 1400 du 21 septembre 1993, le Président prononça la dissolution du parlement. Divisée, la Cour condamna cette action. En représailles, par un décret du 7 novembre 1993, le Président la suspendit jusqu'à l'adoption d'une nouvelle constitution. La Cour paya donc d'un lourd prix sa hardiesse dans l'exercice de son pouvoir, contre la volonté des hommes politiques en place.

27. De manière équivalente, il est possible d'entraver la mise en place de l'organe de contrôle de constitutionnalité, ou de suspendre totalement son activité. Ainsi, avant l'amendement constitutionnel n° LVIII de 1974, le Président de la République maltais avait pour fonction d'assigner des juges à la Cour constitutionnelle, selon les besoins. Mais aucun délai ne lui était imposé pour ce faire. Lorsque les travaillistes au pouvoir se heurtèrent à la résistance des conservateurs, le chef de l'État s'abstint de composer la Cour pendant plus de trois ans, et empêcha ainsi tout pouvoir des juges constitutionnels de s'exercer³. L'objectif était notamment de faire pression sur l'opposition afin que celle-ci vote en faveur d'amendements constitutionnels proposés par la majorité, alors que cette dernière n'avait pas la majorité des 2/3 nécessaires. Devant la résistance de l'opposition, le Premier ministre Dom Mintoff déclara au Parlement le 21 novembre 1972 son intention de procéder par voie de loi ordinaire. Dans la mesure où aucune cour constitutionnelle ne pouvait censurer sa décision⁴, c'est ce qui, en effet, eut lieu. Le 12 décembre

1. Kramer L.D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004, xii+363 p., pp. 151-152.

2. V. Trochev A., *Judging Russia. Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008, xii+371 p.

3. Agius C.A., Grosselfinger N.A., « The Judiciary and Politics in Malta », *op. cit.*, pp. 388-389.

4. Cesarini A., *Una rivoluzione in forma di legge: Malta 1974. Storia di una anomala revisione costituzionale*, Padova, Cedam, coll. dell'Università degli studi di Malta, Facoltà di giurisprudenza, Vol. 1, 1997, 164 p., p. 44.

1974, la loi ordinaire n° LVII de 1974 suspendit l'art. 6 C pendant 48 heures. Or cet article prévoit la suprématie de la Constitution vis-à-vis de toutes les autres lois. La loi ordinaire n° LVIII introduisit ensuite une série de d'amendements constitutionnels, parmi lesquels la transformation de Malte en République¹.

Afin d'éviter de telles manœuvres à l'avenir, l'art. 96 du texte initial de la Constitution « fut modifié afin d'assurer à la Cour constitutionnelle la possibilité de fonctionner de manière continue et automatique. [...] La formation et le fonctionnement de la Cour sont rendus automatiques et indépendants de toute action ou inertie du gouvernement². » Dorénavant, si un juge vient à faire défaut et si la Cour ne comprend pas le nombre requis, elle est automatiquement recomposée des trois juges en fonction les plus âgés.

28. Sans être aussi radicaux, il est possible aux autres acteurs juridiques de tenter de jouer sur la composition de la juridiction constitutionnelle.

b. La composition de la juridiction constitutionnelle

29. Il peut en premier lieu s'agir d'y inclure des juges plus favorables à leurs vues. Une majorité de juges hostile peut ainsi être neutralisée, et le pouvoir des juges maîtrisé. La technique consiste, à l'instar des « fournées » de parlementaires destinées à renverser une majorité politique à l'intérieur d'une chambre, à maintenir les juges en place, tout leur adjoignant d'autres juges.

L'exemple le plus célèbre, bien qu'il ne soit en rien unique, est celui du « court-packing plan » annoncé par F.D. Roosevelt le 5 février 1937 afin de faire face à l'hostilité de la Cour suprême vis-à-vis de son *New Deal*³. Sur dix affaires, relevant de cette politique économique et sociale, soumises à la Cour entre 1935 et 1936, le Président fut défait à huit reprises. Étaient notamment censurées des inconstitutionnalités tenant à des délégations législatives trop importantes, à un exercice trop large du pouvoir de régulation et de taxation du Congrès, à la violation des droits de propriété des créanciers, à des interférences avec la souveraineté des États, etc.

Après sa réélection avec 61 % des voix en 1936, le Président entendait adapter l'appareil judiciaire et l'interprétation de la Constitution aux besoins d'une démocratie moderne et progressiste. Prêtextant de sa volonté d'améliorer le fonctionnement de la Cour, il élaborait un plan consistant à nommer de nouveaux juges, au nombre maximum de 6, pour chaque juge en poste ayant atteint l'âge de 70 ans. Or 6 des 9 juges en place à la Cour suprême avaient cet âge ou davantage : le Président aurait donc pu y nommer, d'un coup, 6 nouveaux juges de son bord politique. Très critiqué, le plan n'eut pas à être mis à exécution,

1. *Ibid.*, p. 35.

2. *Ibid.*, pp. 42-43.

3. Leuchtenburg W.E., « Franklin D. Roosevelt's Supreme Court 'Packing' Plan », in Hollingsworth H.M., Holmes W.F. (ed.), *Essays on the New Deal*, Austin, University of Texas Press, 1969, 115 p., pp. 69-115 ; Id., « The Origins of Franklin D. Roosevelt's 'Court-Packing' Plan », in *The Supreme Court Review*, 1966, pp. 347-400 ; Baker L., *Back to Back: The Duel Between FDR and the Supreme Court*, New York, MacMillan, 1967, 311 p.

puisque certains juges modifièrent leur analyse constitutionnelle ou quittèrent leurs fonctions dans les années qui suivirent. Six semaines après la proposition du plan, le 29 mars 1937, par 5 voix contre 4, la décision *West Coast Hotel v. Parrish*¹ admit la constitutionnalité d'une loi sur le salaire minimum des femmes, alors qu'elle était presque identique à une loi invalidée dans *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*². Dans *Wright v. Vinton Branch of Mountain Trust Bank of Roanoke*³, la Cour soutint le *Federal Farm Bankruptcy Act*, alors que la mesure avait été invalidée dans une rédaction un peu différente deux ans auparavant dans *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*⁴. Ces revirements étaient notamment dus à un changement d'attitude du juge Owen Roberts, qui abandonna le bloc conservateur de la Cour. En mai, le juge Willis Van Devanter partit à la retraite, ouvrant au Président une nomination qui lui assurait la majorité à la Cour. La Cour se ravisa ensuite sur 32 de ses décisions précédentes, hostiles au *New Deal*, cette nouvelle posture culminant dans la validation unanime du *Fair Labor Standards Act* de 1938 qui interdisait le travail des enfants dans certaines hypothèses, et imposait un salaire minimum et une durée de travail maximale⁵.

Sans que la question soit véritablement tranchée, il est possible que la menace, sérieuse, ait contribué à infléchir le pouvoir des juges constitutionnels.

30. Au Pakistan, une mesure de ce type fut mise à exécution. Mais son échec témoigne du pouvoir de résistance dont disposent les juges eux-mêmes. Une loi de finances de 2008 augmenta le nombre des juges à la Cour suprême de 16 (plus le juge en chef) à 29. Ceux-ci étant nommés par le Président avec avis du juge en chef (art. 177(1) C). Cette stratégie pouvait parfaitement consister à faire d'une majorité de juges hostiles au pouvoir une minorité au sein de la Cour. Mais dans sa décision du 31 juillet 2009⁶, la Cour invalida la loi en question, au motif que la composition de la Cour était fixée par la Constitution et ne pouvait être modifiée par une simple loi. De plus, l'avis du juge en chef *de jure*, alors suspendu⁷, n'avait pas été dûment recueilli.

31. En second lieu, sans procéder directement à un renouvellement du personnel de la juridiction constitutionnelle, une technique plus indirecte consiste pour les autres acteurs juridiques à tenter de s'assurer une possibilité plus fréquente de modifier la composition de la juridiction constitutionnelle, et donc d'infléchir sa jurisprudence. À ce titre, la limitation de la durée du mandat des

1. 300 US 379 (1937).

2. 298 US 587 (1936).

3. 300 US 440 (1937).

4. 295 US 555 (1935).

5. *United States v. Darby Lumber Company* 312 US 100 (1941).

6. *Sindh High Court Bar Association, Nadeem Ahmed Advocate v. Federation of Pakistan through Secretary, Ministry of Law and Justice, Islamabad and others* (Constitutional Petitions n° 08 et 09 de 2009), http://www.supremecourt.gov.pk/web/user_files/File/CONST.P.9OF2009.pdf (consulté le 20 juillet 2010).

7. *V. supra*, n° 16.

juges, l'instauration de renouvellements partiels fréquents, ou l'abaissement de l'âge de la retraite peuvent constituer des instruments précieux¹.

C'est notamment parce que l'âge de la retraite est fixé à 65 ans par la Constitution que le pouvoir politique indien, dans les années 1970, a pu surmonter une jurisprudence trop protectrice du droit de propriété pour permettre la réalisation de la réforme agraire. Du fait de départs, Indira Gandhi a rapidement pu nommer des juges plus favorables à sa politique. Ce fort renouvellement conduit par exemple à ce qu'à la fin de l'année 1988, 14 des 18 juges membres de la Cour suprême au 1^{er} mai 1985 avaient pris à la retraite. De la sorte, une confrontation brutale entre le pouvoir politique et les juges peut être évitée, malgré l'existence d'une Cour qui a su se montrer très activiste².

32. Indépendamment de toute atteinte portée au statut de la juridiction constitutionnelle, il est possible que ses fonctions soient visées.

2. Les fonctions de la juridiction constitutionnelle

33. Le pouvoir des juges constitutionnels peut se trouver contraint aussi bien par une limitation de l'étendue de leurs compétences (a), que par une altération de ses modalités de fonctionnement (b).

a. Les compétences de la juridiction constitutionnelle

34. Mécontentes d'une décision des juges constitutionnels, les autorités politiques peuvent tout d'abord, de manière radicale, décider d'en abolir purement et simplement la compétence en matière constitutionnelle, sans pour autant nécessairement abolir l'organe lui-même. Dans ce cas, la compétence qui existait auparavant est soit transférée à un autre organe, que les autorités politiques espèrent plus favorable à leurs vues, soit mécaniquement attribuée à un organe politique désormais souverain de ce point de vue, puisque libéré de tout contrôle.

À titre d'exemple, c'est à plusieurs reprises à la suite d'exercices jugés critiquables de son pouvoir de juge constitutionnel que les appels au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres ont été abolis par les anciennes colonies britanniques.

Au Canada, la politique centralisatrice mise en place en raison de la crise économique par le Premier ministre Bennett dans les années 1930 fut contestée. En appel d'arrêts de la Cour suprême qui déclaraient *ultra vires*, totalement ou partiellement, bon nombre de ces législations, le CJCP prononça de nombreuses invalidations, notamment pour empiètement sur les compétences provinciales³. Ces décisions précipitèrent la perte de ses fonctions de juge constitutionnel. À

1. V. spéc., au sujet des Etats-Unis, v. Dahl R.A., « Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker », in *Journal of Public Law*, Vol. 6, 1957, pp. 279-295.

2. V. *infra*, n° 65.

3. V. p. ex. *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario and Others*, [1937] AC 326 ; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario et al.*, [1937] AC 355 ; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada et al.*, [1937] AC 368 ; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada et al.*, [1937] AC 377.

partir de cette date, les institutions fédérales résolurent d'en terminer avec les appels au CJCP, et voulurent faire de la Cour suprême l'instance de dernier ressort en matière judiciaire, ce qui fut fait en 1949¹.

Au Nigeria, de même, l'une des décisions les plus importantes de la Cour suprême a eu trait à un problème parlementaire². En raison d'une scission dans son parti, le Premier ministre régional Akintola avait perdu la majorité. Il était impossible qu'un vote de l'assemblée lui refuse clairement la confiance, car ses débats avaient été suspendus. Saisi par 66 députés sur 124, le gouverneur démit donc le Premier ministre et nomma un remplaçant. La Cour devait contrôler la constitutionnalité de cette décision au regard de l'art. 33(10) C. Elle considéra que les conventions constitutionnelles britanniques s'appliquaient au Nigeria, de sorte que le point de savoir si un premier ministre avait ou non une majorité ne pouvait être déterminé que par un vote du parlement. Le juge Lionel Brett émit une opinion dissidente, en considérant que la fonction de la Cour n'était pas de recourir à de telles conventions, mais d'interpréter une constitution écrite. Or le texte donnait au gouverneur le pouvoir de démettre un Premier ministre dont il lui semblait qu'il n'avait plus l'autorité suffisante pour diriger sa majorité. En appel, le CJCP a donné raison à l'opinion dissidente³. Mécontent, le gouvernement décida alors d'abolir les appels au CJCP, et confirma, par un amendement constitutionnel doté d'un effet rétroactif, la décision initiale de la Cour suprême.

Enfin, en 1988, le CJCP a renversé une décision de la Haute cour de Singapour qui excluait J.B. Jeyaretnam, un opposant politique, du Barreau⁴. Jusque-là incontesté, le juge constitutionnel fut critiqué comme interventionniste et politicien. Un amendement constitutionnel supprima la plupart des possibilités de faire appel, devant lui, des décisions des juridictions locales. Le 8 avril 1994, tous les appels furent définitivement abolis (ancien art. 100 C).

35. De manière plus limitée, les institutions contrôlées par le juge constitutionnel peuvent décider de limiter sa compétence afin que celui-ci n'entrave plus leur action dans certains domaines déterminés.

Aux États-Unis, ce procédé est le plus fréquemment brandi par les *Congressmen* afin de marquer leur désapprobation à l'endroit de la Cour suprême⁵, bien qu'il atteigne rarement son but⁶. L'art. III(2)(2) C prévoit en effet que la Cour

1. Pierson C.G., *Canada and the Privy Council*, London, Stevens, 1960, 119 p., spéc. pp. 59-94.

2. *Akintola v. Aderemi and Adegbenro* 1962 1 All NLR 442.

3. *Adegbenro v. Akintola*, [1963] 3 WLR 63 (PC).

4. *J.B. Jeyaretnam v. Law Society of Singapore*, [1989] AC 608 (PC).

5. Choper J.H., *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, xviii+494 p., p. 145. Pour une discussion en forme de dialogue, v. Hart H.M.Jr., « The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic », in *Harvard Law Review*, Vol. 66, 1953, pp. 1362-1402.

6. V. p. ex. Murphy W.F., *Elements of Judicial Strategy*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1964, xiii+249 p., p. 27 ; Feinberg W., « Constraining 'The Least Dangerous Branch': The Tradition of Attacks on Judicial Power », in *New York University*

dispose en général d'une compétence d'appel, « avec telles exceptions et sous telles règles que le Congrès aura établies. » Ce fondement exprès permet régulièrement aux élus de menacer la Cour d'une réduction de compétences.

L'un des rares exemples d'une telle mesure qui ait abouti eut lieu quelques semaines avant que soit rendue la décision *Ex parte McCardle*¹. Dans cette affaire, McCardle, un confédéré qui avait exprimé des opinions très critiques à l'encontre du Congrès après la guerre civile, avait été emprisonné. Son recours d'*habeas corpus* ayant été rejeté par le juge de circuit, il décida d'interjeter appel devant la Cour suprême, ainsi que le lui permettait l'*Habeas Corpus Act* de 1867. Or le Congrès décida d'abolir la compétence de la Cour à cet égard. Celle-ci se déclara en conséquence incompétente et rejeta le recours.

Après la Seconde Guerre mondiale, la Cour a été critiquée par les conservateurs, pour son acceptation du *New Deal*, son *Fair Deal* des droits fondamentaux et sa mansuétude à l'égard des communistes. Diverses propositions entendaient priver les juges fédéraux de leur pouvoir à propos de l'avortement, du découpage des circonscriptions électorales, du *busing* et de la prière volontaire dans les écoles publiques. À titre d'exemple, l'amendement au *Fiscal 1982 Justice Department authorization bill* proposé par les Sénateurs Jesse Helms et J. Bennett Johnston interdisait aux cours fédérales d'émettre des ordres pour le transport des élèves d'écoles publiques situées à plus de 5 miles ou 15 minutes de leur domicile, et interdisait au Département de la justice d'être à l'initiative de procès concernant le *busing* ou même d'y prendre part. L'élection de Ronald Reagan, hostile à la Cour et favorable à l'agenda de la Droite radicale, aurait pu conduire à l'adoption de ces mesures². Mais divers atteroiements politiques et le prix finalement accordé à l'existence d'un pouvoir judiciaire fort l'empêchèrent³.

Surtout, et cette considération atteste le manque d'univocité des répliques imaginables au pouvoir des juges, des doutes sur la constitutionnalité des textes en jeu furent souvent formulés. C'est ainsi qu'une proposition comparable⁴ avait suscité un veto de la part du Président Carter. Selon lui, « une disposition de cette loi, l'amendement Helms-Collins, priverait de manière inédite le Président des États-Unis et l'*Attorney General* de la faculté de recourir aux cours fédérales afin d'assurer que notre Constitution et nos lois soient correctement exécutées. [...] Je ne peux permettre l'édiction d'une loi qui entrave de manière aussi grave la capacité du gouvernement d'appliquer notre constitution et les lois sur

Law Review, Vol. 59, 1984, pp. 252-276. Plus nuancés, v. Ferejohn J.A., Kramer L.D., « Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint », *op. cit.*, pp. 986-989, et les références citées.

1. 74 US 506 (1869).

2. Feinberg W., « Constraining 'The Least Dangerous Branch': The Tradition of Attacks on Judicial Power », *op. cit.*, pp. 252-276.

3. Schmidhauser J.R., « Judicial Activism and Congressional Responses in the United States », in Landfried C. (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 264 p., pp. 39-62. V. également Schmidhauser J.R., Berg L.L., *The Supreme Court and Congress. Conflict and Interaction 1945-1968*, New York, The Free Press, 1972, viii+197 p.

4. HR 7584, State-Justice-Commerce Appropriations Act 1980.

les droits civils. J'ai souvent considéré moi-même que le *busing* ne devrait être utilisé qu'en dernier ressort dans les affaires de déségrégation scolaire. Mais le *busing* n'est pas le véritable enjeu ici. La véritable question porte sur le point de savoir s'il est approprié pour le Congrès d'empêcher le Président de remplir sa responsabilité d'appliquer la Constitution et les lois des États-Unis¹ ». Dans ce cadre, de manière remarquable, la faculté revendiquée par les Présidents des États-Unis, depuis Jefferson, d'interpréter la constitution, à l'égal des juges et indépendamment d'eux, est précisément venue au secours des juges contre le pouvoir législatif. Il en résulte que la réplique des acteurs politiques, pour être efficace, peut supposer une certaine solidarité entre eux. Celle-ci n'ayant rien d'automatique, elle rend d'autant plus incertaine la contrainte qui pèse sur les juges.

36. Sans attenter à l'étendue de leurs compétences, les acteurs politiques peuvent tenter de modifier le fonctionnement de la juridiction constitutionnelle de sorte qu'il leur soit plus favorable.

b. Les modalités de fonctionnement de la juridiction constitutionnelle

37. Afin de limiter les risques de censure de la part des juges constitutionnels, il est possible de durcir les conditions pour qu'une déclaration d'inconstitutionnalité soit produite. Cette idée a souvent été envisagée aux États-Unis². À titre d'exemple, afin de lutter contre la jurisprudence économique de la Cour suprême des États-Unis, le sénateur W.E. Borah a-t-il proposé, en 1923, d'exiger une majorité de 7 voix sur neuf pour que celle-ci puisse prononcer l'annulation d'une loi du Congrès³. D'autres envisagèrent même d'exiger l'unanimité⁴. Si le pouvoir des juges reste entier, il est plus difficile de le mettre en œuvre, puisque les négociations internes à la juridiction afin d'obtenir cette majorité pourront se révéler plus incertaines, et donc plus favorables à la réalisation des politiques promues par les autres acteurs juridiques.

Dans le même sens, il est possible, sans aller jusqu'à entraver la mise en place de la juridiction⁵, de retarder la tenue de ses audiences. En 1802, les jef-fersoniens ont ainsi différé par la voie législative la reprise d'activité de la Cour suprême.

1. Message to the House of Representatives Returning H.R. 7584 Without Approval, 13 décembre 1980, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=44407&st=&st1=> (consulté le 20 octobre 2010).

2. V. Warren C., « Legislative and Judicial Attacks on the Supreme Court of the United States. A History of the Twenty-Fifth Section of the Judiciary Act », in *American Law Review*, Vol. 47, 1913, pp. 22, 27-28, 30-34.

3. *New York Times*, 18 février 1823, p. XX1 ; Lanier A.S., « Congress and the Judicial Power of the Supreme Court », in *Virginia Law Register*, n.s., Vol. 9, 1923-1924, pp. 7-16.

4. Cox A., « The Independence of the Judiciary: History and Purposes », in *University of Dayton Law Review*, Vol. 21, 1995-1996, p. 577.

5. V. *supra*, n° 18.

38. Enfin, sur un mode peu spectaculaire mais, à toutes fins pratiques, tout aussi efficace, il est possible aux autres acteurs juridiques de jouer le pourrissement prosaïque au quotidien de la juridiction constitutionnelle. Ils peuvent ainsi tenter d'entraver, voire de paralyser le fonctionnement de la juridiction constitutionnelle en la privant de ses moyens d'agir, en développant diverses tracasseries quotidiennes (fermeture du bâtiment, privation de personnel, etc.), en jouant sur leur budget de fonctionnement, en assurant, comme en Russie, la présence permanente d'un représentant de l'administration et d'un représentant de chaque chambre dans les locaux de la juridiction¹, etc.

39. Si les ressources dont disposent les autres acteurs juridiques vis-à-vis de l'organe chargé du contrôle de constitutionnalité, afin de contenir le pouvoir des juges constitutionnels sont nombreuses et variées, il est néanmoins nécessaire de noter que leur portée n'a rien d'automatique ni de nécessairement définitif. En effet, mis à part les mesures qui, telles les exécutions sommaires, se passent de procédures juridiques, la plupart des autres moyens de pression ou de réplique à l'action des juges passent par des normes. Ce sont ainsi des normes, de rangs hiérarchiques variés, qui limogent des juges, diminuent leur rémunération, abolissent une juridiction, réduisent sa compétence ou altèrent son mode de fonctionnement.

Or les juges ne sont pas nécessairement dépourvus de toute marge de manœuvre vis-à-vis d'elles. Ainsi peuvent-ils, par exemple, s'ils parviennent à s'autosaisir² ou à susciter la saisine d'acteurs politiques opposés à ceux qui les attaquent, déclarer inconstitutionnelles des lois qui viendraient attenter à leur pouvoir. De la sorte, aucune action unilatérale ne semble déterminante ni décisive. Seule une interaction stratégique, faite d'attaques et de contre-attaques, toujours affectée d'une part d'incertitude, est envisageable.

À ce titre, si l'action que les autres acteurs entendent mener vis-à-vis de l'organe du contrôle de constitutionnalité ne leur donne pas satisfaction, ils se trouvent eux-mêmes dans une situation de contrainte. Délaisant cet angle d'attaque, il leur est nécessaire de se tourner vers les moyens d'action dont ils peuvent disposer sur les normes qui interviennent dans les activités des juges constitutionnels.

1. Scheppele K.L., « Constitutional Ethnography: An Introduction », in *Law & Society Review*, Vol. 38(3), 2004, p. 398.

2. Contrairement à une vision répandue de la fonction juridictionnelle, la faculté d'autosaisine des juges constitutionnels n'est pas exceptionnelle. Une telle possibilité existe par exemple concernant les « inconstitutionnalités en manquement », qui résultent non de l'action irrégulière des autres pouvoirs publics, mais de leur inaction. Elle est expressément prévue, p. ex. en Hongrie (art. 1.e et art. 49 de la Loi XXXII de 1989 sur la Cour constitutionnelle). Sur ce thème, v. Fernández Rodríguez J.J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. Derecho español*, prolog. Fernández Segado F., Madrid, Civitas, 1998, 486 p. Cette faculté existe parfois de manière plus générale, p. ex. au Venezuela (art. 366.6 C), au Bénin (art. 121 al. 2 C et art. 33 de la Loi n° 91-009 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle) ou en Macédoine (art. 14 du règlement de la Cour constitutionnelle).

II. L'ACTION SUR LES NORMES

40. Vis-à-vis de l'action sur l'organe du contrôle de constitutionnalité lui-même, l'action sur les normes se présente *a priori* comme une manière plus raffinée, plus mesurée et plus « chirurgicale » de faire face au gouvernement des juges. Quand bien même elle prendrait place dans des contextes très heurtés, elle ne paraît pas mettre directement en cause le principe du contrôle de constitutionnalité, ni l'institution qui en est chargée. Elle semble se limiter à résoudre un conflit ponctuel entre des normes, notamment afin de sauver une politique publique déterminée, plutôt que de tenter d'éliminer un adversaire. Dans ce cadre, afin de répliquer à l'exercice de son pouvoir par le juge constitutionnel, les acteurs politiques peuvent agir aussi bien sur les normes qui font l'objet du contrôle que sur celles qui lui servent de paramètre de référence. Deux voies peuvent être empruntées, selon qu'ils tentent d'immuniser au préalable une norme suspecte vis-à-vis de tout contrôle (A), ou de réitérer une norme auparavant jugée inconstitutionnelle (B).

A. A priori : la protection anticipée d'une norme

41. Dans certaines hypothèses, l'autorité normative qui sait pouvoir s'attendre à une censure de la part du juge constitutionnel peut tenter de prendre les devants. Plusieurs techniques existent ainsi afin d'immuniser de manière anticipée une norme contre le pouvoir des juges constitutionnels. Celui-ci peut se trouver entravé de deux manières, selon que la norme en question peut être maintenue en vigueur (1) ou bien échappe à son contrôle avant que celui-ci ait eu l'occasion de s'exercer (2).

1. La soustraction de la norme au contrôle de constitutionnalité

42. La première technique consiste à protéger une norme contre toute annulation contentieuse en assurant son maintien en vigueur malgré l'inconstitutionnalité dont elle est frappée. Au Canada, existe ainsi le mécanisme connu sous le nom de « clause nonobstant », prévu à l'art. 33 de la Charte des droits et libertés¹. Cette disposition énonce que :

« (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ces dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

1. Letourneau S., *The Legislative Override Power. Section 33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, M. Litt. Thesis, University of Oxford, 1991, iv+196 p. ; Johansen D., Rosen P., « La disposition dérogoire de la Charte », Ottawa, Bibliothèque du Parlement, BP 194F, 16 octobre 2008, 19 p., <http://www2.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp194-f.pdf> (consulté le 20 juillet 2010).

« (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

« (3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

« (4) Le parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

« (5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4). »

Elle permet ainsi aux législateurs de se soustraire, par avance, au pouvoir des juges constitutionnels. Afin de marquer sa désapprobation à l'égard du rattachement de la Constitution, le Québec a systématiquement invoqué, entre 1982 et 1985, la clause nonobstant dans ses nouvelles lois et a amendé les anciennes afin de l'y inscrire. La *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*¹, sanctionnée le 23 juin 1982, prévoit ainsi que « Chacune des lois adoptées avant le 17 avril 1982 est remplacée par le texte de chacune de ces lois telles qu'elles existaient à cette date, après l'avoir modifié par l'addition, à la fin et comme article distinct, de ce qui suit : 'La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 [...].' » Ensuite, le gouvernement du Parti libéral du Québec l'a utilisée *a posteriori*, afin de se soustraire à deux décisions de la Cour suprême qui concluaient à l'inconstitutionnalité de certains aspects de la politique linguistique de la Province². Étaient alors visés la liberté d'expression (art. 2.b) de la Charte) et les droits à l'égalité (art. 15 de la Charte). À l'expiration de la clause, le droit québécois fut mis en conformité avec les décisions de la Cour.

43. Le fait que seule cette province y ait eu initialement recours a contribué à discréditer, dans le reste du Canada, ce dispositif. La stigmatisation dont la Belle Province a fait l'objet dans ces circonstances a conduit à ce qu'il s'avère, pour ses contempteurs, politiquement difficile de l'employer à leur tour³. C'est pourquoi les autres exemples sont rares, et au nombre de trois, d'inégal intérêt. A d'abord été concernée une loi du Yukon sur l'aménagement du territoire qui n'est jamais entrée en application⁴, puis une loi de retour au travail de la Saskatchewan finalement jugée pleinement constitutionnelle⁵, de sorte que le recours à la clause était inutile. Enfin, une loi de l'Alberta sur le mariage des couples de même sexe ne pouvait prétendre mettre en œuvre l'art. 33 de la Charte puisqu'elle portait sur un domaine relevant de la compétence fédérale⁶.

1. LQ 1982, chap. 21.

2. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 ; *Devine et al. c. Procureur général du Québec; Procureur général du Canada, Mis-en-cause*, [1988] 2 RCS 790

3. Russell P.H., « Canadian Constraints on Judicialization from Without », in Tate C.N., Vallinder T., (ed.), *The Global Expansion of Judicial Power*, op. cit., pp. 137-150.

4. Lois du Yukon 1982, ch. 22.

5. *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 RCS 460.

6. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698.

44. Quoiqu'apparemment radicale, l'efficacité d'une telle action peut ne pas être certaine face au pouvoir des juges. Ainsi, dans la décision *Ford c/ Québec (Procureur général)*¹, la Cour suprême a pleinement contrôlé la validité de l'exercice d'une déclaration dérogatoire par le Québec, et notamment sa précision. Elle a par ailleurs considéré inconstitutionnel le fait de donner effet rétroactif à cette déclaration. Il en résulte que le pouvoir dont bénéficient les acteurs juridiques de se soustraire au contrôle des juges n'existe lui-même que sous le contrôle et dans la limite que définissent les juges.

45. Un dispositif du même type a été mis en place en Israël, dans la Loi fondamentale de 1994 sur la liberté professionnelle, pour faire suite à une décision de la Cour suprême censurant l'interdiction d'importer de la nourriture non kasher. Son art. 8 énonce qu'« Une disposition d'une loi qui viole la liberté professionnelle produira tous ses effets, même si elle méconnaît l'article 4, si elle a été incluse dans une loi adoptée par une majorité des membres de la Knesset, qui énoncent expressément qu'elle doit produire tous ses effets, nonobstant les dispositions de cette Loi fondamentale. Une telle loi vient à expiration quatre ans à partir de son entrée en vigueur, à moins qu'elle prévoie une durée inférieure. »

Mais malgré ce texte, adopté dans la confusion et largement issu de conseils dispensés à la Knesset par le juge en chef A. Barak², ce dernier a précisé qu'il ne faisait pas obstacle à tout contrôle juridictionnel. À ses yeux, si une loi viole de manière flagrante les valeurs les plus fondamentales d'un État juif et démocratique, elle pourrait, en dépit de la clause nonobstant qu'elle pourrait comporter, être déclarée inconstitutionnelle³. Il devient évident que les pouvoirs et contre-pouvoirs des différents acteurs ne conduisent que rarement à des décisions univoques et fermes. Quelle que soit la riposte imaginable au pouvoir des juges, celle-ci est susceptible d'être contrée à son tour.

46. Plutôt que de tenter de préserver une norme contre le contrôle des juges constitutionnels en assurant son maintien en vigueur, il est possible aux acteurs politiques, de manière paradoxale, de chercher à atteindre cet objectif en l'abrogeant.

2. L'abrogation de la norme inconstitutionnelle

47. Ce second dispositif, imaginatif, est notamment illustré par le contentieux constitutionnel polonais⁴. Le Tribunal constitutionnel est compétent pour juger de la constitutionnalité des actes du Conseil des ministres (art. 188.3 C). Or de fréquentes oppositions se sont fait jour entre les deux organes.

Le Conseil des ministres a eu recours à l'art. 4 al. 2 de la loi du 29 avril 1985. Ce texte, qui vise initialement à désengorger le Tribunal constitutionnel,

1. [1988] 2 RCS 712.

2. Weill R., « Sui Generis? The Hybrid Israeli Constitutional Experience », SSRN-id1401360.pdf, 2009, 70 p., pp. 38-39.

3. HCJ 4676/94 *Meatrael Ltd. v. The Israeli Knesset*, PD 50 (5) 15 (1996), 27-28 ; Weill R., « Sui Generis? The Hybrid Israeli Constitutional Experience », *op. cit.*, pp. 56-57.

4. Massias J.-P., *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1999, 511 p., 105-111.

énonce que : « Lorsqu'un acte faisant l'objet d'une procédure devant le Tribunal constitutionnel cesse d'être en vigueur avant que le Tribunal ait statué, la procédure sera annulée. » Le gouvernement s'est servi de cet article afin de priver le Tribunal constitutionnel de la possibilité de statuer, dès 1986, sa première année de fonctionnement. Il a simplement retiré un règlement qui faisait l'objet d'une contestation, les juges devant donc classer l'affaire¹. Cette pratique a connu un développement considérable dans les années suivantes, l'abrogation intervenant parfois alors même que les débats devant le Tribunal avaient commencé, lorsque le gouvernement sentait que son argumentation au soutien de la constitutionnalité des actes administratifs en cause risquait de ne pas l'emporter. De ce fait, le Tribunal a dû procéder à quatre classements sur sept affaires en 1987, puis onze sur vingt-et-une affaires en 1988, et renoncer à exercer son pouvoir.

Dans la décision du 28 octobre 1987 (P 5/87), le Tribunal énonce par exemple que « Vu l'abrogation de ladite disposition de l'arrêté des ministres des Transports et de l'Economie locale et de la Protection de l'environnement du 31 juillet 1972 qui conditionne l'arrêté du ministre des Transports du 28 janvier 1986 et donc la perte de validité de cet acte réglementaire dans ce domaine, le Tribunal constitutionnel ne peut pas répondre à la question juridique posée par le président de la Haute cour administrative, car conformément à l'art. 4 al. 2 de la loi du 29 juillet 1985, la perte de la validité d'un acte réglementaire avant la décision prise par le Tribunal entraîne l'annulation de la procédure² ». Le gouvernement était alors libre de reprendre un acte administratif identique à celui qui était argué d'inconstitutionnalité, sans pouvoir se voir opposer l'autorité de chose jugée.

48. Il est possible de remarquer que le juge constitutionnel italien a pour sa part trouvé une parade contre ce type de procédé. Dans cet État, les décrets-lois pris par le gouvernement sont frappés de caducité s'ils ne sont pas convertis en lois dans les 60 jours³. Leur disparition rapide aurait pu conduire, en le privant de son objet, à annihiler toute la portée du contrôle du juge constitutionnel. Mais dans la sentence n° 84 de 1996, la Cour constitutionnelle a considéré que « la norme contenue dans un acte ayant force de loi en vigueur au moment où l'existence de cette norme dans l'ordonnancement est relevante aux fins du contrôle de la Cour, mais qui n'est plus en vigueur lorsque celle-ci rend sa décision, continue à être l'objet de l'examen de la Cour quand cette norme perdure dans l'ordonnancement parce qu'elle est reproduite dans son expression textuelle ou, au moins, dans son identité prescriptive essentielle, par une autre disposition postérieure, à laquelle devra se référer la décision. »

De même, la Loi sur la Cour constitutionnelle croate prévoit (art. 57) que la Cour doit, malgré l'éventuelle abrogation de la norme contestée, achever la procédure engagée. De ce fait, l'astuce polonaise ne peut pas produire le

1. Décision U 4/86.

2. Trad. fr. in Massias J.-P., *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est, op. cit.*, pp. 106-107.

3. Tusseau G., « La législation déléguée », in Troper M., Chagnollaud D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, 3 Vol., Paris, Dalloz, Vol. 2, pp. 605 ss.

résultat attendu, le juge constitutionnel pouvant malgré tout exercer son pouvoir de contrôle.

49. S'il est ainsi possible aux différents acteurs soumis au pouvoir des juges constitutionnels de tenter de parer à une éventuelle déconvenue, il est plus courant de les voir tenter d'y remédier, une fois celle-ci advenue.

B. A posteriori : la réitération de la norme inconstitutionnelle

50. Après la décision juridictionnelle concluant à l'inconstitutionnalité d'une norme, les autres acteurs peuvent, pour des raisons de divers ordres, entendre parvenir à ce que le contenu de la norme censurée entre malgré tout en vigueur. Deux grandes catégories de procédés peuvent être identifiées, selon que le contenu normatif censuré intègre l'ordre juridique en conservant la place qui lui était initialement assignée dans la hiérarchie des normes, et qui lui a valu la censure (1), ou selon que ce contenu se trouve revêtu d'une valeur juridique supérieure, de sorte qu'il est destiné à échapper à la censure dont il a initialement fait l'objet (2).

1. La confirmation de la norme inconstitutionnelle

51. L'une des manières de répliquer à une décision d'invalidation d'une norme prise par le juge constitutionnel consiste pour un autre acteur juridique à confirmer cette norme, de sorte qu'elle produise, malgré tout, ses effets. Dans ce cas, le pouvoir du juge se heurte à un pouvoir antagoniste qui est en mesure de prévaloir sur lui. Deux hypothèses peuvent être distinguées, suivant que c'est à l'auteur de la norme initialement censurée (a) ou à un autre acteur (b), qu'est ouverte cette faculté.

a. Par son auteur

52. Lorsque l'auteur de la norme en question peut la confirmer, le pouvoir exercé par le juge apparaît alors au sein de la procédure normative comme une forme de veto simplement suspensif. Sur le plan politique, il peut néanmoins retarder, parfois pour une durée considérable, la mise en œuvre d'une réforme¹.

53. Sur le plan pratique, il suffit parfois au législateur de reprendre purement et simplement la norme invalidée, en attendant le moment où le juge constitutionnel lui est plus favorable. Tel a par exemple été le cas lors du *New Deal*, aux États-Unis. Dans cette hypothèse, à proprement parler, l'autorité politique ne l'emporte pas vraiment devant le juge constitutionnel, puisque c'est davantage lui qui, changeant d'opinion, estime que la loi inconstitutionnelle ne l'est plus².

54. De manière plus nette, et sans même devoir attendre un changement d'attitude du juge constitutionnel, il est parfois possible aux autorités politiques de

1. Ely J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), London, Harvard University Press, 1980, viii+268 p., p. 45.

2. V. *supra*, n° 29.

surmonter la décision des juges. Ainsi, en Pologne, le Parlement peut passer outre certaines décisions du Tribunal constitutionnel, en repoussant le jugement par un vote à la majorité renforcée. Selon l'art. 239.1 C, « Les décisions du Tribunal constitutionnel prononçant la non-conformité à la Constitution des lois adoptées avant la date d'entrée en vigueur de celle-ci ne sont pas définitives, pendant une période de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la Constitution, et sont soumises à l'examen du Sejm qui peut les rejeter à la majorité des deux tiers des voix, la moitié au moins du nombre constitutionnel des députés étant présents. »

De même, en Roumanie, les décisions que la Cour constitutionnelle rend dans le cadre de son contrôle *a priori*¹ peuvent être surmontées par le Parlement, à qui la loi est automatiquement renvoyée². Il suffit à celui-ci d'adopter à nouveau le texte déclaré inconstitutionnel, à la majorité renforcée des deux tiers. La promulgation de la loi est alors obligatoire, et celle-ci ne peut plus, dans le cadre du contrôle *a posteriori*³, faire l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité⁴.

55. Dans les années 1920, Robert M. La Follette, candidat du Parti progressiste à la Maison blanche lors de l'élection de 1924, a contesté la jurisprudence conservatrice des juges fédéraux. Dans son programme électoral, il déclarait que « l'usurpation, ces dernières années, par les cours fédérales, du pouvoir de déclarer nulles des lois dûment adoptées par la branche législative du gouvernement est une violation flagrante de la Constitution. [...] La Constitution investit spécifiquement le Congrès de tout le pouvoir législatif, conférant à cette institution le pouvoir et l'autorité pour surmonter le veto du Président. Les cours fédérales ne se voient confier aucune autorité, sous l'empire de cette Constitution, pour émettre un veto à l'encontre des lois du Congrès. Puisque les cours fédérales ont entrepris d'exercer un tel pouvoir de veto, il est essentiel que la Constitution donne au Congrès le droit de surmonter ce veto judiciaire, sauf à ce que la Cour se rende elle-même maîtresse des autres branches du gouvernement qui lui sont coordonnées. Le peuple lui-même doit approuver ou refuser l'exercice actuel du pouvoir législatif par les cours fédérales⁵ ».

En vertu du parallèle ainsi établi, il sollicitait, outre l'élection populaire des juges fédéraux pour des mandats n'excédant pas dix ans, l'adoption d'un amendement constitutionnel autorisant le législateur à priver d'effets une décision d'inconstitutionnalité. Très débattue dans le public, la proposition n'eut pas de suite concrète⁶.

1. Art. 146.a C ; art. 15 à 18 de la Loi n° 47/1992 modifiée sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle, *Monitorul Oficial*, 1^e partie, n° 502 du 3 juin 2004.

2. Art. 147.2 C.

3. Art. 146.d C ; art. 29 à 31 de la Loi.

4. Art. 29(3) de la Loi.

5. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=29618> (consulté le 20 juillet 2010).

6. Shideler J.H., « The La Follette Progressive Party Campaign of 1924 », in *The Wisconsin Magazine of History*, Vol. 33(4), 1950, pp. 444-457 ; Unger N.C., *Fighting Bob La Follette. The Righteous Reformer*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2000, xiii+393 p. Formulant une proposition semblable, v. p. ex. Bork R.H., « Federalist Society Symposium. Tenth Anniversary Banquet Speech », in *Journal of Law and Politics*, Vol. 13, 1997, p. 518.

56. Dans d'autres hypothèses, il est possible que la norme censurée par le juge fasse l'objet d'une confirmation non par son auteur initial, mais par une autre autorité.

b. Par une autre autorité

57. Au Portugal, l'art. 279.4 C prévoit ainsi, concernant les décisions rendues dans le cadre du contrôle préventif, que « Quand le Tribunal Constitutionnel se prononcera pour l'inconstitutionnalité d'une norme d'un traité, celui-ci ne pourra être ratifié que si l'Assemblée de la République l'approuve à la majorité des deux tiers des députés présents, pourvu qu'elle soit supérieure à la majorité absolue des députés effectivement en fonction. » Les parlementaires peuvent ainsi introduire dans l'ordre juridique une norme dont le juge constitutionnel a estimé qu'elle était inconstitutionnelle.

Au Kazakhstan, le Président de la République peut de même opposer son veto aux décisions des juges constitutionnels. Mais selon l'art. 73.4 C, ce veto peut être surmonté par le Conseil constitutionnel à la majorité des 2/3 de ses membres : « Le Président de la République peut objecter, en tout ou partie, aux résolutions du Conseil constitutionnel. Ces objections pourront être surmontées par un vote des deux tiers du nombre total des membres du Conseil constitutionnel. Si les objections du Président ne sont pas surmontées, la résolution du Conseil constitutionnel sera considérée comme n'ayant pas été adoptée ». Il en résulte que dans ces hypothèses, les normes en cause, malgré leur inconstitutionnalité, peuvent être préservées et s'intégrer dans l'ordre juridique à leur valeur initiale. Elles peuvent être dites confirmées par le Président malgré les objections des juges si ceux-ci ne réitèrent pas leur décision à une majorité suffisante.

Aux États-Unis, dans un discours du 20 mars 1912, prononcé à New York au cours de sa campagne électorale pour la présidence, Theodore Roosevelt suggéra que le peuple lui-même puisse surmonter certaines décisions des juges constitutionnels. Dans le cadre de la lutte contre la jurisprudence de l'ère *Lochner*, il proposa « que dans une certaine catégorie de cas impliquant le pouvoir de police, lorsqu'une cour d'État a rejeté comme inconstitutionnelle une loi adoptée par la législature pour le bien-être général, la question de la validité de cette loi [...] sera soumise, pour une décision finale, à un vote du peuple, après un délai convenable de réflexion¹. » Cette proposition resta sans suite.

58. Le fait que dans ces hypothèses, la norme en cause conserve sa valeur juridique initiale conduit à ce que, sauf disposition contraire expresse, elle risque de pouvoir, à nouveau, être soumise au contrôle du juge si des voies de droit appropriées existent. C'est pourquoi les acteurs politiques peuvent tenter de soustraire la norme en cause au juge constitutionnel en lui conférant une valeur juridique supérieure.

1. Roosevelt T., « The Right of the People to Rule », <http://www.theodore-roosevelt.com/trrotptr.html> (consulté le 20 juillet 2010) ; Murphy G., « 'M. Roosevelt is Guilty': Theodore Roosevelt and the Crusade for Constitutionalism, 1910-1912 », in *Journal of American Studies*, Vol. 36(3), 2002, pp. 441-457.

2. Le « lit de justice constitutionnelle »

59. Quoi qu'il connaisse de nombreux exemples (a), le procédé du « lit de justice constitutionnelle » ne permet pas au pouvoir politique de surmonter à coup sûr la décision des juges (b).

a. Présentation du procédé

60. La technique à laquelle le Doyen Vedel¹ a donné le nom de « lit de justice constitutionnelle », par analogie avec la procédure par laquelle, sous l'Ancien Régime, le Roi faisait enregistrer ses lois et ordonnances, malgré les remontrances que les Parlements avaient formulées à leur encontre, consiste pour une autorité normative dont la norme est censurée pour inconstitutionnalité, à modifier le droit constitutionnel formel de sorte qu'il ne fasse plus obstacle, dorénavant, à l'adoption de la norme en cause. Il en résulte que la constitution, dans sa nouvelle configuration, ne rend plus l'acte inconstitutionnel.

Cette théorie est une variante de la « théorie de l'aiguilleur », selon laquelle, sans jamais entraver le contenu normatif, c'est-à-dire la volonté politique des législateurs, le juge se limite à indiquer quelle voie – législation ordinaire ou législation constitutionnelle – ceux-ci doivent emprunter. Défendue par Kelsen², cette thèse a connu une certaine postérité. Selon C. Eisenmann, « prononcer l'inconstitutionnalité matérielle d'une norme légale, c'est dire que, dérogeant par son objet ou son contenu à la Constitution, cette norme aurait dû être posée en la forme constitutionnelle. [...] L'inconstitutionnalité d'une loi [...] se ramène donc toujours en dernière analyse à une irrégularité de procédure, dont seule la gravité diffère, selon qu'elle consiste en une violation ou des seules prescriptions de forme ou au contraire de l'ordre des compétences établis par la Constitution³. » Il semble donc relativement naturel qu'une autorité politique attachée à un contenu normatif déterminé emprunte, après une déclaration d'inconstitutionnalité contestant la forme dans laquelle celui-ci a été adopté, la voie d'une révision de la constitution.

61. Le procédé, qui conduit paradoxalement à constitutionnaliser l'inconstitutionnel, connaît de nombreux exemples. En France, le premier cas s'est présenté après la Décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*. Afin de surmonter la censure que les juges

1. Vedel G., « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », in *RFDA*, 1992, p. 180.

2. Kelsen H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 206.

3. Eisenmann C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, av.-prop. Vedel G., préf. Kelsen H., Annexe Favoreu L., Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Droit public positif », [1928] 1986, xvii+xiv+383 p., p. 17. V. également Id., note sous CE Sect. 6 novembre 1936 *Arrighi* et *Dame Coudert* (deux arrêts), *D.* 1938.3.3 ; Favoreu L., « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », in *Revue du droit public*, 1982, pp. 419-420 ; Bouvier V., « La notion de juridiction constitutionnelle », dans cette revue, n° 9, 1989, pp. 122-123.

avaient prononcée à l'encontre de dispositions concernant le droit d'asile, le constituant a opéré une révision de la Constitution et y a inséré un art. 53-1 par la Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993. De même, la Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 a modifié les art. 3 et 4 C. Dans sa nouvelle rédaction, le premier de ces articles comporte un alinéa supplémentaire selon lequel « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. » Le second prévoit que « les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. *Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi.* » Ainsi étaient levés les obstacles que le Conseil constitutionnel, au nom de l'égalité en matière de droit de vote et d'éligibilité, opposait aux dispositifs de parité homme-femme dans le domaine politique¹.

En Italie, une évolution du même ordre a eu lieu. La loi n° 81 du 25 mars 1993 a introduit la notion de représentation des sexes dans la législation électorale. Appliqué lors des élections législatives de 1994 et lors d'élections locales en 1995 avec pour effet une certaine percée des femmes², ce dispositif a ensuite été annulé. Dans sa sentence n° 422/1995, la Cour constitutionnelle a censuré cette disposition, en se fondant sur le principe d'égalité, proclamé par les art. 3 et 51 C. Pour surmonter cette décision, un lit de justice constitutionnelle affecta l'art. 51 C³, qui prévoit dorénavant qu'« à cette fin [l'égalité en matière d'accès aux emplois publics et aux charges électives] la République promet avec des moyens appropriés l'égalité d'opportunité entre femmes et hommes ».

Le procédé est également connu dans d'autres systèmes de justice constitutionnelle. À titre d'exemple, en Irlande⁴, plusieurs amendements constitutionnels, imposant de recourir au referendum (art. 46 et 47 C), ont fait suite à des décisions de la Cour suprême. Ainsi, le 9^e amendement à la Constitution de 1937 (art. 16.1 C) vise-t-il à surmonter la censure par la Cour d'une loi relative au droit de vote des citoyens résidant à l'étranger⁵. De même, deux décisions de la Cour⁶ étaient contestées en ce qu'elles garantissaient de manière trop large la mise en liberté sous caution de personnes soupçonnées d'infractions. Afin d'y remédier, un nouvel art. 40.4.7^o C (renuméroté 40.4.6^o à la suite de l'abolition de la peine de mort en 2002) a été adopté en 1996. Il énonce que « des

1. CC Décisions n° 146 DC du 18 novembre 1982 ; n° 98-407 DC du 14 janvier 1999.

2. Del Re A., « Genre et représentation politique des femmes en Italie : une situation paradoxale », trad. fr. Bonis O., *Cahiers du genre*, Vol. 33, 2002, p. 89.

3. Guadagnini M., « Gendering the Debate on Political Representation in Italy: A Difficult Challenge », in Lovenduski J. (ed.), *State Feminism and Political Representation*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2005, xix+315 p., pp. 144-149.

4. Casey J., « Présentation de la Cour suprême d'Irlande », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, 2004, p. 90.

5. *Re Article 26 and the Electoral (Amendment) Bill 1983* (1984) IR 268.

6. *People (Att. Gen.) v. O'Callaghan* (1966) IR 501 ; *Ryan DPP* (1989) IR 399.

dispositions peuvent être prévues par la loi pour refuser la mise en liberté sous caution par un tribunal d'une personne accusée d'un délit grave lorsque ce refus est raisonnablement nécessaire pour prévenir la commission d'un délit grave par cette personne. »

Réagissant contre une décision de la Cour d'appel de Singapour sur les droits des dissidents détenus pour conspiration communiste¹, le gouvernement amenda la Constitution pour limiter le contrôle de l'action administrative concernant les détentions sans procès. Alors que les juges interprétaient objectivement les considérations de sécurité qui justifient la mesure et entendaient les contrôler, l'administration souhaitait en faire prévaloir une interprétation subjective, l'opinion du Président selon laquelle la sécurité exigeait un internement étant suffisante pour fonder cette décision. Brisant ce qui est considéré comme la décision la plus osée rendue par un juge local, un amendement constitutionnel adopté en quelques semaines et une modification de l'*Internal Security Act* en 1988 rétablirent le test subjectif, tel que pratiqué dans une décision antérieure². La Cour suprême se plia à la modification dans *Teo Soh Lung v. Minister of Home Affairs*³.

62. Mais il convient de remarquer que la voie du lit de justice constitutionnelle n'est pas toujours sans encombre, et comporte ses propres limites.

b. Les limites du procédé

63. En premier lieu, cette hypothèse n'est envisageable à titre de limitation du pouvoir du juge constitutionnel que dans l'hypothèse où, *de facto* ou *de jure*, l'adoption d'un amendement constitutionnel idoine est possible. À titre d'exemple, aux États-Unis, la technique du lit de justice constitutionnelle n'est pas inconnue⁴. Elle a été mise en œuvre à quatre reprises. Les XI^e, XIV^e, XVI^e et XXVI^e amendements surmontent respectivement les décisions *Chisholm v. Georgia*⁵, *Dred Scott v. Sandford*⁶, *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*⁷ et *Oregon v. Mitchell*⁸. Ils furent respectivement ratifiés en 1798, 1868, 1913 et 1971.

L'ancienneté de la pratique américaine du *judicial review* conduit à souligner la rareté de ces mesures. Celle-ci tient notamment à la lourdeur de la procédure

1. *Chang Suan Tze v. Minister of Home Affairs*, [1988] SLR 132 CA.

2. *Lee Mau Seng v. Minister for Home Affairs*, [1969-1971] SLR 508 HC.

3. [1990] SLR 40 CA. V. Thio Li-Ann, Tan K. YL (ed.), *Evolution of a Revolution. Forty Years of the Singapore Constitution*, London, New York, Abingdon, Routledge, Cavendish, 2009, xxxi+369 p., pp. 119, 214, 285-286 ; Rueban Balasubramaniam R., « Indefinite Detention: Rule by Law or Rule of Law? », in Ramraj V.V. (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, xii+415 p., pp. 118-141.

4. De manière plus générale, concernant la révision constitutionnelle aux États-Unis, v. Boudon J., *Le frein et la balance. Etudes de droit constitutionnel américain*, Paris, Mare & Martin, coll. « Droit & Science politique », 2010, 403 p., pp. 209-300.

5. 2 Dall. 419 (1793).

6. 60 US (19 How.) 393 (1857).

7. 157 US 429 (1895).

8. 400 US 112 (1970).

d'amendement constitutionnel, l'art. V C exigeant un vote à la majorité des deux tiers dans chaque chambre ou une demande des législatures des deux tiers des États, d'une part, et une ratification par les législatures ou les conventions des trois quarts des États, d'autre part. Aussi, bien que près de 10 000 amendements constitutionnels aient été proposés depuis 1789, seule une trentaine a été adoptée par le Congrès, dont 27 ont été ratifiés par un nombre suffisant d'États.

Le lit de justice constitutionnelle, souvent tenté, échoue donc fréquemment. À titre d'exemple, l'invalidation par la Cour suprême de deux lois fédérales successives tentant de limiter le travail des enfants dans *Hammer v. Dagenhart*¹ et *Bailey v. Drexel Furniture*², suscita une vive réaction du Congrès. Le lit de justice constitutionnelle fut tenté, mais les États n'adoptèrent pas l'amendement. Contre la décision *Engel v. Vitale*³, qui annulait une loi étatique imposant la prière dans écoles publiques, le Sénateur républicain E. Dirksen proposa un amendement constitutionnel. Celui-ci ne parvint pas à recueillir la majorité des deux tiers devant le Congrès, et échoua en 1966 au Sénat et en 1971 à la Chambre des Représentants. Afin de lutter contre la décision *Baker v. Carr*⁴ qui, rompant avec la jurisprudence précédente, soumettait le découpage électoral au contrôle des juges fédéraux, le même Sénateur tenta tout d'abord de limiter la compétence des juges en la matière au moyen d'une loi⁵. Sa proposition fut adoptée à la Chambre des représentants en 1964, mais échoua au Sénat. Il proposa alors un amendement constitutionnel autorisant les États à ne pas se fonder sur le critère de la population pour la répartition des sièges de l'une de leurs assemblées législatives. Celui-ci échoua à sept voix près au Sénat en 1965, et fut à nouveau rejeté l'année suivante.

64. La difficulté à contrer le pouvoir des juges constitutionnels au moyen d'une révision de la constitution tient à la procédure de modification constitutionnelle, d'une part, mais encore à des circonstances politiques conjoncturelles, d'autre part. Ainsi, en Inde, les amendements doivent être adoptés par les deux tiers des membres présents de chacune des assemblées fédérales et à la majorité absolue de leurs membres. Dans certains cas, ils doivent, de plus, recueillir l'approbation de la moitié des États (art. 368 C). Bien que la procédure semble presque aussi lourde qu'aux États-Unis, la domination du Parti du Congrès lui a permis de faire passer, y compris pour surmonter des décisions de la Cour suprême, de nombreux amendements constitutionnels, sans trop de difficulté⁶. Dans le même sens, entre 1945 et 1966, en Autriche, était au pouvoir la « Grande coalition ». Les deux grands partis étaient alliés et disposaient de la majorité des deux tiers au Conseil national. Ils neutralisaient ainsi toutes les décisions ennuyeuses de la Cour constitutionnelle en changeant la Constitution.

1. 247 US 251 (1918).

2. 259 US 20 (1922).

3. 370 US 421 (1962).

4. 369 US 186 (1962).

5. V. *supra*, n° 35.

6. V. *infra*, n° 66.

Mais depuis, une telle majorité est beaucoup plus rare. Le pouvoir de la Cour est donc mécaniquement accru.

65. En second lieu, les juges constitutionnels ne sont pas totalement démunis face à un amendement constitutionnel.

66. Ils peuvent tout d'abord, de manière spectaculaire, le soumettre à une norme encore supérieure, dite « supraconstitutionnelle »¹.

Ainsi, en Inde, plusieurs nationalisations et la réforme agraire souhaitée par les gouvernements étatiques et fédéral se sont heurtées aux décisions des juges constitutionnels². Désireux de les contourner, ainsi qu'en témoigne l'exposé des motifs des différents amendements en cause³, le Parlement fédéral a engagé un processus de modification de la Constitution⁴. Il s'agissait pour lui de préserver des lois passées et de prémunir son action future contre tout contrôle juridictionnel, notamment vis-à-vis des droits fondamentaux énoncés dans la troisième partie de la Constitution. Ainsi l'art. 31A énonce qu'aucune des lois qui mettent en œuvre ces politiques « ne devra être considérée nulle au motif qu'elle est incompatible avec l'un des droits conférés par l'article 14 [égalité devant la loi] ou l'article 19 [protection de certains droits], ou qu'elle retire ou limite l'un de ces droits. » Pour sa part, l'art. 31B soustrait au contrôle les textes mentionnés dans la 9^e annexe à la Constitution, c'est-à-dire près de 300 textes⁵.

Dans sa décision *Golaknath v. State of Punjab*⁶, la Cour suprême était saisie d'un recours visant plusieurs lois, au motif qu'elles contrevenaient à plusieurs droits fondamentaux. Or ces lois avaient été incluses, par le *Constitution (Seventeenth) Amendment Act 1964*, dans la 9^e annexe de la Constitution. La validité de l'amendement constitutionnel était donc également mise en cause.

1. Sur ce thème v. Troper M., « La notion de principes supra-constitutionnels », in Id., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, xi+334 p., pp. 195-214 ; Rigaux M.-F., *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, préf. De Visscher P., Bruxelles, F. Larcier, 1985, 335 p. ; Aa. Vv., « Table ronde. Révision de la constitution et justice constitutionnelle », in *AIJC*, n° 10, 1994 ; Rodríguez Gaona R., *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2006, 197 p. ; Cajas Sarria M., *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*, Cali, Universidad Icesi, 2008, 167 p. ; Aa. Vv., « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009.

2. V. p. ex. sur ce thème Lakshminath A., *Basic Structure and Constitutional Amendments: Limitations and Justiciability*, New Delhi, Deep & Deep Publications, 2002, ix+313 p. ; Diwan P., Diwan P., *Amending Powers and Constitutional Amendment. From First to the Latest Amendments*, 2nd ed., New Delhi, Deep & Deep Publications, 1997, xx+456 p.

3. V. <http://indiacode.nic.in/coiweb/coifiles/amendment.htm> (consulté le 20 juillet 2010).

4. V. *The Constitution (First Amendment) Act 1951*, affectant notamment l'art. 19 C et insérant des art. 31A et 31B C ; *The Constitution (Fourth Amendment) Act 1955*, affectant, entre autres, les art. 31 et 31A C.

5. Lal P., Gadhwal A., « IX Schedule as a Limitation on the Power of Judicial Review », SSRN-id1259697.pdf, 2008, 13 p.

6. (1967) 2 SCR 762, AIR 1967 SC 1643, <http://openarchive.in/judis/2449.htm> (consulté le 20 juillet 2010).

Renversant de précédentes décisions¹, la Cour suprême a déclaré invalide ledit amendement, et exclu toute modification constitutionnelle de la troisième partie de la Constitution. Selon elle, les amendements constitutionnels sont des « lois » au sens de l'art. 13(2) C. Celui-ci énonçant que « l'État ne fera aucune loi qui supprime ou limite les droits conférés par cette partie, et toute loi établie en méconnaissance de cette disposition sera, dans cette mesure, privée d'effet », il en résulte que même les révisions constitutionnelles ne peuvent ignorer les droits fondamentaux. Tout lit de justice constitutionnelle en la matière se trouve donc exclu.

Refusant de s'incliner, le pouvoir constituant décida d'amender la Constitution afin d'écarter toute limite au pouvoir de révision. Un nouvel art.13(4) C devait rendre les droits fondamentaux inopposables aux lois constitutionnelles, tandis que l'art. 368 C devait clairement affirmer que « Nonobstant tout autre élément (*notwithstanding anything*) de cette Constitution, le Parlement peut, dans l'exercice de son pouvoir constituant, amender par voie d'addition, de modification ou d'abrogation, toute disposition de cette Constitution selon la procédure établie dans le présent article. » La régularité de cet amendement, de même que celle du 25^e et du 29^e, fut contestée devant la Cour suprême. Dans *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*², la Cour revint sur sa jurisprudence et estima qu'il était possible de porter atteinte aux droits fondamentaux. En revanche, la structure fondamentale de la Constitution demeurerait hors d'atteinte du pouvoir constituant. Le fait que les treize juges, qui ont délivré, dans cette décision de plus de 700 pages, onze opinions, ne s'accordent pas sur le sens qu'ils donnent à cette expression, témoigne du pouvoir qu'ils conservent face aux velléités du pouvoir constituant.

Cette construction jurisprudentielle fut ensuite utilisée dans *Indira Gandhi v. Raj Narayan*³. Différents juges exprimant, à nouveau, différentes conceptions de la structure fondamentale de la constitution, la Cour annula la quatrième clause de l'art. 329A insérée dans la Constitution par *The Constitution (Thirty-Ninth Amendment) Act 1975*. Dans cette affaire, de plus, la Cour suprême mit à bas une réforme qui visait, précisément, à réduire sa compétence en matière de litiges électoraux impliquant le Premier ministre⁴, tout en déclarant I. Gandhi valablement élue, et en se préservant ainsi d'une réaction violente des autorités politiques en place. Protégeant d'autant mieux leur propre pouvoir à travers l'exercice même de celui-ci, les juges constitutionnels décidèrent dans *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*⁵, d'annuler une modification de la procédure

1. *Sankari Prasad Singh v. Union of India* AIR 1951 SC 458 ; *Sajjan Singh v. State of Rajasthan* (1965) 1 SCR 933, AIR 1965 SC 845.

2. AIR 1973 SC 1461, <http://openarchive.in/newcases/29981.htm> (consulté le 20 juillet 2010).

3. *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain* AIR 1975 SCC 2299, <http://www.youthforequality.com/supreme-court-cases/16.pdf> (consulté le 20 juillet 2010).

4. V. *supra*, n° 34 ; Sathé S.P., *Judicial Activism in India*, *op. cit.*, pp. 73-75.

5. (1980) 3 SCC 625, <http://openarchive.in/judis/4488.htm> (consulté le 20 juillet 2010).

de révision constitutionnelle elle-même (art. 368 C), en arguant du fait que l'existence d'un pouvoir d'amendement constitutionnel limité (i.e. contrôlé par les juges) est elle-même l'un des fondements de la Constitution. Enfin, dans *L. Chandra Kumar v. Union Of India*¹, rejetant une nouvelle restriction des compétences juridictionnelles, la Cour déclara que « le pouvoir de contrôle de constitutionnalité de l'action législative attribué aux hautes cours selon l'art. 226 et à cette Cour selon l'art. 32 de la Constitution constituent une partie intégrante et essentielle de la constitution, et font partie de sa structure fondamentale² ». Elle s'auto-immunise de la sorte contre une révision constitutionnelle, pourtant souvent considérée comme l'expression la plus élevée du pouvoir des autres acteurs juridiques.

67. Si la démarche de la Cour suprême indienne est purement prétorienne, les juges constitutionnels peuvent être encouragés dans cette voie par un certain nombre de dispositifs exprès.

Il existe tout d'abord, en effet, des constitutions prévoyant que certaines de leurs dispositions sont indérogeables. La Loi fondamentale allemande énonce ainsi, dans son art. 79.3, que « (3) Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe du concours des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite »³. C'est pourquoi, afin de se prémunir contre le risque d'un lit de justice, le juge n'hésite pas à rattacher les principes qu'il consacre aux dispositions protégées et intangibles, et non aux autres dispositions de la Loi fondamentale. Ainsi, à propos de l'avortement, la Cour constitutionnelle fédérale rattache la protection du fœtus non plus à l'art. 2 al. 1, qui protège le droit à la vie et à l'intégrité physique, mais à l'art. 1^{er}, qui proclame le principe de la dignité de la personne humaine et qui, lui, est intangible car soustrait à toute révision.

68. Ensuite, certaines constitutions aménagent de manière détaillée un contrôle par les juges constitutionnels des lois de révision constitutionnelle. Il leur est en conséquence possible d'examiner les normes qui prétendraient revenir sur l'une de leurs jurisprudences et, ainsi, contrer leur pouvoir. Ainsi, en Roumanie, la Cour constitutionnelle dispose d'une compétence de contrôle d'office des initiatives de révision constitutionnelle⁴. Tel est également le cas en Moldavie, où les art. 135.1.c) et 141.2 C prévoient que la Cour constitutionnelle

1. AIR 1997 SC 1125, 1997, <http://www.indiankanoon.org/doc/1152518/> (consulté le 20 juillet 2010). V. dans le même sens, au Bangladesh, *Anwar Hossain Chowdhury and Others v. Bangladesh* 41 DLR (AD) 165, BLD (1989) Spl. 1, annulant un amendement constitutionnel qui, en réorganisant le pouvoir judiciaire, attente à la structure fondamentale de la Constitution. V. p. ex. sur ce thème Talukder J.U., Chowdhury J.A., « Determining the Province of Judicial Review: A Re-evaluation of 'Basic Structure' of the Constitution of Bangladesh », <http://www.metrouni.edu.bd/webMetro/Journal/vol12/Writing14.pdf> (consulté le 20 juillet 2010).

2. § 78 de la décision.

3. V. p. ex. les décisions BverfGE 1, 14 (1951) et BverfGE 30, 1 (1970).

4. Art. 146.a C et art. 19 à 23 de la Loi n° 47/1992 modifiée sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle.

se prononce, par un vote d'au moins quatre des six juges, sur les initiatives de révision constitutionnelle.

En Turquie, un contrôle formel des amendements constitutionnels est prévu par l'art. 148 C. Dans la mesure où il n'existe aucune limite évidente entre le fond et la forme, l'interprétation que le juge donne de ces notions détermine l'étendue de son pouvoir. Par un arrêt du 6 juin 2008, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la révision constitutionnelle du 9 février 2008¹. Celle-ci procédait à un lit de justice constitutionnelle, et fut annulée, notamment pour méconnaissance du principe de laïcité proclamé à l'art. 2 C². Bien que la procédure d'amendement constitutionnel ait été respectée, l'art. 4 C prévoit que « La disposition de l'article premier de la Constitution spécifiant que la forme de l'État est une République, ainsi que les dispositions de l'article 2 relatives aux caractéristiques de la République et celles de l'article 3 ne peuvent pas être modifiées, ni leur modification être proposée. » Ce texte fut interprété comme excluant toute modification constitutionnelle sur ces points, et habilitant la Cour à assurer le respect de cette exigence. En dépit de l'argumentation des juges, il semble bien s'agir là davantage d'un vice d'inconstitutionnalité substantielle que d'un vice d'inconstitutionnalité procédurale *stricto sensu*³.

69. De manière plus subtile, il est ensuite possible aux juridictions constitutionnelles désireuses de contrer un lit de justice constitutionnelle de ne pas créer de principe supraconstitutionnel, mais de prendre en compte le fait que l'amendement constitutionnel, destiné à contrer leur jurisprudence, doit lui-même faire l'objet d'une interprétation de leur part. Elles peuvent alors préserver leur pouvoir, ainsi que l'illustre, par exemple, l'histoire de la Cour suprême des États-Unis.

Le XIV^e Amendement a eu pour but de surmonter la jurisprudence *Dred Scott v. Sandford*⁴ de la Cour suprême. Dans cette affaire, la Cour estima qu'un esclave noir n'était pas un citoyen des États-Unis et ne pouvait donc pas ester en justice devant les juridictions fédérales. Elle censura, pour la deuxième fois de son histoire, l'inconstitutionnalité d'une loi du Congrès interdisant partiellement l'esclavage. Une loi qui, en prévoyant l'affranchissement d'esclaves du seul fait des déplacements de leurs maîtres vers des États ne pratiquant pas l'esclavage, constituait à leur encontre une privation de propriété, la propriété des esclaves n'étant pas d'une nature distincte de celle de tout autre bien. La

1. V. Sales E., « La protection du principe constitutionnel de laïcité par la Cour constitutionnelle turque », in *Revue du droit public*, 2009, spéc. pp. 1662-1670 ; Kaboğlu I.Ö., « Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, pp. 38-42.

2. « La République de Turquie est un État de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d'Atatürk et s'appuyant sur les principes fondamentaux exprimés dans le préambule. »

3. V. en ce sens l'opinion dissidente du juge M.S. Adali, résumée in Kaboğlu I.Ö., « Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie », *op. cit.*, p. 41 n. 21.

4. 60 US (19 How.) 393 (1857).

loi méconnaissait en conséquence le V^e Amendement, selon lequel « Nul ne sera [...] privé de vie, de liberté ou de propriété sans garantie juridique convenable ». Il est remarquable que ce soit donc ici l'interprétation donnée par un juge constitutionnel d'un amendement constitutionnel qui fasse, quelques années plus tard, l'objet d'un lit de justice constitutionnelle. Il en résulte que ce moyen de contenir le pouvoir des juges ne présente pas de garanties d'efficacité automatique. L'amendement constitutionnel résultant d'un lit de justice – ce qui n'était pas le cas en l'espèce – peut parfaitement faire l'objet d'une interprétation qui ne donne pas satisfaction aux autorités politiques qui l'ont adopté. Son succès suppose, d'une certaine manière, que le juge accepte de céder vis-à-vis des autres acteurs juridiques.

CONCLUSION

70. La cartographie analytique des situations interinstitutionnelles dans lesquelles le gouvernement des juges se trouve (relativement) contraint par le pouvoir de réplique des autres acteurs ne doit pas dissimuler la richesse des combinaisons pratiques de ces différents procédés. Dans le cadre d'un conflit donné entre les juges et les autorités politiques, il est possible qu'ils se trouvent simultanément ou successivement employés, selon que l'efficacité des uns ou des autres apparaît insuffisante, incertaine ou susceptible de contre-réplique de la part des juges¹.

À nouveau, l'Afrique du Sud en offre un bon exemple². Dans les années 1950, lors de la mise en place de la législation d'apartheid, la Division d'appel de la Cour suprême – qui était alors la juridiction supérieure – avait, à l'unanimité de ses cinq juges, invalidé pour inconstitutionnalité, une loi³ qui mettait en place une représentation séparée pour les votants « non européens » de la province du Cap de bonne espérance⁴. Cette décision, qui était la première à invalider une loi, mettait notamment en cause la violation de l'art. 35(1) C de 1909, qui prévoyait que « Le parlement peut prévoir, par une loi, les qualifications qui seront nécessaires pour permettre à des personnes de voter lors de l'élection des membres de la Chambre des députés (*House of Assembly*). Mais aucune loi n'empêchera une personne de la province du Cap de bonne espérance qui,

1. V., déjà, l'exemple indien, *supra*, n° 66.

2. Sur les détails de cet épisode, v. p. ex. McWhinney E., « Law and Politics and the Limits of the Judicial Process. An End to the Constitutional Contest in South Africa », in *Canadian Bar Review*, Vol. 35, 1957, pp. 1203-1212 ; Davidson J., « The History of Judicial Oversight of Legislative and Executive Action in South Africa », in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 8, 1985, spéc. pp. 711-721 ; Bizos G., « The Abrogation and Restoration of the Rule of Law and Judicial Independence in South Africa », in *Revue québécoise de droit international*, Vol. 11(2), 1998, pp. 155-162.

3. *Separate Representation of Voters Act 1951*, Act No. 56.

4. *Harris and Others v. Minister of Justice 1952(2) SALR 428 (AD)*.

selon les lois existant dans la Colonie du Cap de bonne espérance au moment de l'établissement de l'Union, est ou peut devenir capable d'être inscrit sur les listes électorales, d'être enregistré de la sorte dans la province du Cap de bonne espérance, pour une raison tenant uniquement à sa race ou sa couleur, à moins que la loi soit adoptée par les deux chambres du parlement réunies, et qu'à la troisième lecture elle soit adoptée par au moins les deux tiers du nombre total des membres des deux chambres. Une loi adoptée ainsi lors d'une session commune sera considérée comme ayant été dûment adoptée par les deux chambres du parlement. »

La réaction du Parlement fut la suivante, combinant actions sur l'organe et actions sur les normes. Sans supprimer la Division d'appel, il adopta une loi qui instaurait une *High Court* composée de tous les membres du Parlement¹. Des recours contre les décisions rendues par la Division d'appel pouvaient être formés devant elle. La nouvelle juridiction fut saisie de l'affaire et cassa l'arrêt précédent. Mais la Division d'appel n'obtempéra pas et, quoique chaque juge fasse valoir une argumentation propre, annula à l'unanimité le *High Court of Parliament Act* qui instituait cette *High Court*². Finalement, en 1955, le Parlement, par la voie de la législation ordinaire, accrut le nombre de sénateurs de 48 à 89³ et fit élire au Sénat des membres du *National Party*. Lorsque les deux chambres furent réunies, la majorité des deux tiers était ainsi assurée pour le gouvernement afin de procéder à une révision constitutionnelle (art. 152 C). Le *South Africa Amendment Act 9* de 1956 abrogea plusieurs droits fondamentaux, parmi lesquels l'art. 35 C. Limitant leur compétence et affirmant la souveraineté législative, ce texte interdit, de plus, aux juges de contrôler la validité des lois, si ce n'est dans de rares cas. Une nouvelle loi réitéra enfin le texte auparavant déclaré inconstitutionnel⁴. Celle-ci fut à nouveau attaquée. Mais la Division, à laquelle six nouveaux juges avaient, par ailleurs, été ajoutés⁵, s'inclina devant le lit de justice constitutionnelle, et admit sa validité, à une opinion dissidente près⁶.

71. L'amplitude, la variété et l'originalité, parfois insoupçonnées, des formes qu'emprunte le gouvernement des juges constitutionnels (techniques de *self restraint*, doctrines des questions politiques, politiques implicites ou explicites de sélection des cas à trancher, sentences manipulatives, interprétations harmonisantes, décisions de conformité sous réserves, modulation des effets temporels et personnels des décisions, etc.)⁷ n'ont donc d'égaux que les trésors

1. *High Court of Parliament Act 1952*, Act No. 35.

2. *Minister of the Interior v. Harris* 1952(4) SALR 769 (AD).

3. *Senate Act 1955*, Act No. 53.

4. *Separate Representation of Voters Amendment Act 1956*, Act No. 30.

5. *Appellate Division Quorum Act 1955*, Act No. 27.

6. *Collins v. Minister of the Interior*, [1957] 1 SALR 552 (AD).

7. V. p. ex. sur ces thèmes Bianchi P., *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, G. Giappichelli, coll. « Quaderni del dipartimento di diritto pubblico. Università di Pisa », 2000, 363 p. ; Behrendt C., *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, préf. Pfersmann O., av.-prop. Scholsem J.-C., Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2006, xxxvii+537 p. ; Nogueira

d'imagination dont font preuve, dans le domaine de l'ingénierie institutionnelle, les autres acteurs juridiques qui tentent de se garder de l'influence des premiers. Aussi apparaît-il que le gouvernement des juges doit largement sa spécificité au fait qu'il s'agit d'un gouvernement contraint par l'action possible des autres acteurs.

À la fois adversaires et partenaires, juges, parlements, gouvernements, majorité et minorité parlementaires, entités fédérales et fédérées, justiciables, etc., se trouvent enserrés dans une dynamique d'interaction stratégique nécessairement instable et précaire. Cette situation offre un démenti à ce qu'affirmait J.-J. Rousseau. Selon lui, « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir¹ ». L'examen du pouvoir des juges constitutionnels et des facultés de réplique des autres acteurs tend pour sa part à démontrer que, malgré la juridicisation croissante des phénomènes politiques dans l'État constitutionnel, la transformation de la force en droit ne suffit plus à assurer, à un acteur donné, une situation de pouvoir stable vis-à-vis des autres acteurs. Quand bien même la force serait transformée en droit, il faudrait encore négocier, interagir, s'attendre à une riposte à laquelle il faut d'ores et déjà imaginer une réplique. Ces situations d'interaction institutionnelle présentent de ce fait une volatilité intrinsèque, qui ne peut être contenue que par l'intérêt bien compris des uns et des autres de préserver le caractère globalement opératoire du système juridique, entendu comme système de contrôle social.

Alcalá H., « Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del sur », in *Ius et Praxis*, Vol. 10(1), 2004, pp. 113-158 ; Pegoraro L., *La corte e il parlamento. Sentence-indirizzo e attività legislativa*, Padova, Cedam, coll. « Facoltà di scienze politiche de l'Università di Padova », 1987, 353 p. ; Díaz Revorio F.J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad, análisis especial de las sentencias aditivas*, pról. López Guerra L., Valladolid, Lex nova, 2001, 342 p. ; López Bofill H., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 430 p. ; Romboli R., « La tipología de las decisiones ed la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental », in *Revista española de derecho constitucional*, n° 48, 1996, pp. 35-80 ; Bettermann K.A., *Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*, Heidelberg, C.F. Müller, 1986, 58 p. ; Sorrenti G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, A. Giuffrè, coll. « Università di Messina », 2006, 318 p. ; Di Manno T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, préf. Favoreu L., Paris, Economica, 1997, 617 p. ; Viala A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 92, 1999, xii+318 p. ; Fernández Rodríguez J.J., *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit.

1. Rousseau J.-J., *Du contrat social*, [1762], Burgelin P. (éd.), Paris, GF Flammarion, 1966, 187 p., p. 44 (I, 3).