

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite

disponible à : www.themis.umontreal.ca

Le pouvoir des juges et la démocratie:
Sed quis custodiet ipsos custodes?[\[1\]](#)

Juvénal, *Satires*, VI, 346

Jacques-Yvan Morin[\[2\]](#)

INTRODUCTION 801

I. „ LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET L'INDÉPENDANCE

DES JUGES 804

A. „ La Constitution américaine et les juges 805

B. „ Le rôle constitutionnel du juge en France 807

C. „ La «Constitution d'Angleterre» et la souveraineté de la loi 822

II. „ LE «GOUVERNEMENT DES JUGES» ET LA DÉMOCRATIE 830

A. „ La Cour suprême des États-Unis entre conservateurs et libéraux 831

B. „ Le Conseil constitutionnel et le «gouvernement des juges» 848

C. „ Le Royaume-Uni devant les juges de Strasbourg 861

CONCLUSION 864

Dans les pays dotés d'une constitution formelle fondée sur le principe démocratique, le pouvoir législatif est tenu, comme l'ensemble des organes de l'État, de se conformer aux normes fondamentales, particulièrement à l'égard des droits et libertés des personnes et des minorités. Comment toutefois s'assurer que le législateur respecte ces normes lorsque les gouvernants, forts de l'appui de la majorité des citoyens, entendent instaurer des réformes qui paraissent aller à l'encontre de la constitution? La plupart des États démocratiques, en Occident et au-delà, ont résolu cette question par l'établissement d'un organe de contrôle ayant le pouvoir de juger de la constitutionnalité des lois. La nature, la composition et

l'autorité d'un tel corps font cependant l'objet de vifs débats dans la doctrine du droit de nombreux pays: la solution juridictionnelle, qui est la plus répandue, est-elle la meilleure ou la seule possible? Certains doutent de la possibilité pour les juges d'être vraiment indépendants: ne sont-ils pas enclins à partager les idées des gouvernants qui les ont nommés? D'autres redoutent que les magistrats, ni élus ni responsables devant les parlements, partant trop indépendants à leurs yeux, n'outrepassent leurs fonctions d'interprètes de la constitution pour plier celle-ci à leurs propres convictions politiques, formant ainsi une sorte de «gouvernement des juges» incompatible avec le régime démocratique. Entre ces deux écueils, qui menacent la légitimité même du contrôle de constitutionnalité, le passage paraît si étroit qu'il n'est pas interdit de l'explorer à nouveau.

Sans doute la nécessité de surveiller le législateur s'est-elle imposée aussitôt qu'est apparue la distinction entre la législation ordinaire et les normes fondamentales, coutumières ou écrites, par lesquelles les sociétés humaines ont organisé l'exercice et la transmission du pouvoir. Avant même la démocratie athénienne et la Constitution de Solon (vers 640-559 av. J.-C.), comme le rapporte Aristote, le Conseil de l'Aréopage agissait comme «gardien de la constitution» et surveillait les actes les plus importants de l'administration publique[3]. Les décrets de l'Assemblée populaire qui paraissaient contraire au *nomos*, ensemble de règles permanentes ou «Lois des ancêtres», pouvaient faire l'objet d'une «action d'illégalité» (*graphè paranomon*) devant un organe dont la dénomination et la composition varièrent selon les époques et qui connut des éclipses sous les régimes despotiques[4], mais qui subsistait sous la forme d'un tribunal quand Aristote écrivit le livre IV de la *Politique*[5]. Là où les lois (*nomoi*) ne règnent pas, écrit le philosophe, fût-ce dans une démocratie, si l'autorité suprême appartient aux décrets de l'Assemblée, «il n'y a pas de constitution»[6]. Pour contrer le risque de voir la démocratie tourner à la tyrannie de la majorité, dirions-nous en langage moderne, on aura soin d'établir le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires.

Le Stagirite se montre ici plus proche de l'expérience vécue des cités grecques que son maître Platon (427-347 av. J.-C.), qui ne voyait dans la démocratie qu'une source de désordre, une «foire aux constitutions»[7]. Cependant, dans la Cité idéale décrite dans son dialogue sur les *Lois*, il se heurte à la fin au même problème: le législateur ne saurait donner à la Cité stabilité et durée sans se référer à un but ou principe supérieur qui fasse autorité. Comment alors assurer «la complète et perpétuelle sauvegarde» de la constitution et des lois de la cité, demande l'interlocuteur athénien[8]? Il pense leur donner un fondement plus solide en les confiant à un Conseil de surveillants des lois, qu'il appelle «Conseil nocturne». Ce Conseil, en effet, tiendrait séance chaque jour entre l'aube et le lever du soleil, avant que chacun ne soit happé par les travaux de la journée, pour étudier les décrets du législateur et l'administration de la Cité et s'assurer qu'ils sont conformes aux lois fondamentales, du moins à celles auxquelles on doit reconnaître, selon Platon, «une puissance innée d'irréversibilité»[9].

Le philosophe, cependant, s'il a clairement perçu la nécessité d'un contrôle des lois d'après des normes supérieures, ne s'est pas attardé à préciser les pouvoirs de son Conseil de surveillance, ni ses rapports avec le législateur. Les descriptions qu'il donne de la composition du Conseil nocturne ne sont pas toutes identiques, mais en les combinant, on obtient un corps assez nombreux: on y trouve en effet les dix plus vieux membres du tribunal des gardiens des lois, les citoyens qui auront conquis la plus haute distinction dans la Cité, les prêtres les plus remarquables, les plus hauts responsables de l'éducation, anciens et nouveaux; on leur adjointra des «observateurs» envoyés à l'étranger pour s'enquérir des moyens de sauvegarder les lois ainsi que des jeunes gens d'au moins trente ans, choisis par les membres pour leurs qualités personnelles, qu'il s'agit sans doute de former[10].

Aucune cité antique ne semble s'être inspirée de ce Conseil très particulier, mais c'est la question soulevée par le philosophe qui importe ici: la nécessité d'une institution de contrôle s'impose à la toute

fin d'une longue réflexion sur le gouvernement de la Cité, mais il hésite à dire «quelle autorité doit avoir ses membres». L'importance qu'il y accorde encore dans l'*Épinomis*, son dernier ouvrage selon la tradition, en fait en quelque sorte son testament politique: que l'on prenne soin, dans le choix des membres de ce haut Conseil, d'allier aux dons naturels des «meilleures natures» une formation méthodique dans laquelle les études scientifiques et la piété à l'égard des dieux tiendront le premier rang. Sans les connaissances et la vertu de ce petit nombre de citoyens, «jamais, dans les cités, on ne verra personne devenir heureux»[\[11\]](#), mais si l'on parvient à former ce conseil divin (au sens platonicien), il sera «telle une ancre jetée pour maintenir la cité» et assurera «le salut de tout ce que nous voulons sauvegarder». Et l'oeuvre de Platon se termine par ces mots:

C'est pourquoi, de ceux qui ont ainsi peiné à ces études, nous disons [...] qu'une fois arrivés au terme qu'est la vieillesse, ils doivent recevoir les plus hautes charges; [...] et que nous aurons grandement raison de convier à cette sagesse, après l'avoir suffisamment discernée et éprouvée, le Conseil nocturne avec tous ses membres.[\[12\]](#)

Ne pourrait-on voir là, sans trahir la pensée du fondateur de l'Académie, un gouvernement de juges-philosophes, qui aurait succédé au roi-philosophe de ses oeuvres antérieures?

Aujourd'hui, après plus de deux siècles de constitutionnalisme, nous sommes à même d'apprécier la pertinence de la clé de voûte politique et juridique imaginée par le philosophe pour la protection des valeurs fondamentales des sociétés politiques, même si l'idée du Conseil de surveillance reflète sa méfiance viscérale à l'endroit de la démocratie et l'élitisme du régime politique platonicien. De fait, les sociétés libérales modernes paraissent plus près de la pensée d'Aristote, qui redoute l'attribution du pouvoir de façon permanente à une partie du corps social, fût-elle composée de philosophes[\[13\]](#).

Depuis que Locke (1632-1704) a fait de la liberté individuelle un droit naturel, inaliénable, et que Montesquieu (1689-1755) y a vu l'objet même du gouvernement, les valeurs essentielles que les constitutions ont pour objectif de protéger ne sont plus celles de Platon, mais les États occidentaux, dans leur recherche d'institutions propres à garantir les libertés personnelles, en sont venus à confier aux juges, ceux des tribunaux suprêmes en particulier, des fonctions qui ressemblent singulièrement à celles des Conseils, imaginaires ou réels, décrits par les philosophes grecs.

Ces hautes fonctions et l'autorité des juges constitutionnels de l'Occident sont-elles compatibles avec la démocratie tempérée d'Aristote autant qu'avec l'élitisme platonicien? Si les fonctions de gardien des lois fondamentales se situent par nature au-dessus de toutes les autres dans l'État, tiendrait-on là une explication de la dérive, dénoncée dans certains pays, du contrôle de la constitutionnalité vers le «gouvernement des juges»? Et si l'on répond à cette critique que les juges constitutionnels ne sont pas choisis à la manière des membres du Conseil nocturne de Platon, mais par les gouvernants, le risque inverse n'apparaît-il pas de la subordination de l'arbitre constitutionnel à ceux-là mêmes dont il a pour mission de circonscrire le pouvoir?

Car la problématique moderne dans les pays démocratiques est avant tout celle des droits de l'homme, pour la protection desquels on a élaboré dans chaque État (et maintenant au plan international) cet ensemble de principes, d'institutions, de procédures et de techniques juridiques que nous appelons l'État de droit. La défense des libertés et droits individuels entraîne nécessairement la limitation du pouvoir des gouvernants et de leurs agents; la garantie de ces droits suppose qu'ils s'imposent au législateur lui-même par le biais de la hiérarchie des normes. À partir de ce schéma devenu classique, il s'agit de savoir

comment les normes supérieures seront appliquées à l'État et à l'ensemble de ses organes. Les États ne répondent pas tous de la même façon à cette question et il n'est pas sans intérêt de comparer les moyens déployés par certains pays représentatifs, en vue, d'une part, d'assurer l'indépendance de l'arbitre constitutionnel et, d'autre part, d'éviter que le contrôle exercé sur le législateur ne tourne au gouvernement d'une sorte d'oligarchie juridictionnelle. Nous le ferons en examinant tout d'abord pour quelles raisons et de quelle manière ces États ont choisi de remettre l'arbitrage constitutionnel et la protection des droits fondamentaux à l'autorité juridictionnelle (I), ensuite par quels moyens ils tentent de conjurer le risque de voir les juges se substituer aux organes étatiques élus dans la définition des grands choix politiques, économiques et sociaux pouvant avoir des conséquences fâcheuses pour les libertés (II).

I. „ LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET L'INDÉPENDANCE DES JUGES

Une fois admis les principes libéraux de la protection des droits fondamentaux des citoyens, de la limitation concomitante du pouvoir des gouvernants et de la hiérarchie des normes, comment en est-on venu à confier aux juges le rôle de faire respecter l'ordonnancement juridique et d'imposer aux pouvoirs législatif et exécutif la discipline de l'État de droit? D'où vient en particulier que, dans le cadre de nombreuses constitutions, la compétence ultime leur ait été reconnue à cet égard alors que les autres pouvoirs peuvent à bon droit faire valoir la légitimité démocratique qui sous-tend leur propre autorité?

La réponse à ces questions varie d'un pays à l'autre, même en Occident. Certains, dont les États-Unis constituent le meilleur exemple, sinon le modèle, confient à l'autorité juridictionnelle «ordinaire» le contrôle de la constitutionnalité des lois; d'autres, comme la France et plusieurs pays européens, ont eu recours à un tribunal spécial, dont le caractère juridictionnel varie d'un État à l'autre; enfin, paradoxalement, le Royaume-Uni, dont le respect pour les juges inspire depuis longtemps les autres pays ne leur reconnaît aucun pouvoir de surveillance sur les lois du Parlement. On examinera successivement chacune de ces solutions sous l'angle des raisons qui sont invoquées pour justifier la compétence constitutionnelle des juges et le principe d'indépendance qui en est le corollaire.

A. „ La Constitution américaine et les juges

Est-ce à dessein ou par inadvertance que les constituants américains ont omis de désigner expressément les juges de la Cour suprême et des autres tribunaux comme gardiens des normes constitutionnelles? Il est vrai que l'article III §2 de la Constitution du 17 septembre 1787 étend la compétence du pouvoir judiciaire à «tous les cas [...] touchant (*arising under*) la Constitution, les lois des États-Unis et les traités», mais il n'était pas d'emblée évident que quelques juges nommés à vie fussent plus aptes que les représentants élus du peuple à déterminer en dernier ressort le sens et la portée des règles constitutionnelles. Certes, les partisans du fédéralisme avaient soutenu durant le débat sur la Constitution que ce serait là le rôle de la Cour suprême^[14] et, au cours des années qui suivirent son entrée en vigueur, on vit des tribunaux inférieurs déclarer, à quelques reprises, l'inconstitutionnalité de lois fédérales, mais la question demeurait très controversée, particulièrement entre les partisans d'une union fortement charpentée et ceux de l'autonomie des États membres.

C'est la Cour suprême elle-même qui trancha la question en 1803, dans le célèbre

arrêt *Marbury c. Madison*: elle y décida qu'elle avait le pouvoir d'invalider tout acte législatif contraire à la Constitution[15]. On peut déceler dans les motifs donnés par le juge Marshall pour justifier cette conclusion deux lignes d'argumentation distinctes. La première montre la nécessité du contrôle de constitutionnalité découlant de l'existence d'une constitution écrite: est-il possible de soutenir, par exemple, que les tribunaux puissent condamner à mort une personne pour un crime défini par une loi rétroactive alors que la Constitution interdit formellement de telles lois[16]? La seconde nous intéresse ici davantage car elle nous apprend pourquoi, aux yeux de la Cour, il appartient aux juges d'exercer ce contrôle. Essentiellement, l'argument veut que le juge confronté à un conflit entre une loi et la Constitution n'ait d'autre choix que de trancher: une telle question relève «par sa nature même des tribunaux et doit être jugée par l'autorité judiciaire»; il y a là pour le juge un devoir inéluctable de dire le droit («*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*»)[17].

Cette assertion s'enracine dans la longue tradition de la common law et particulièrement dans le contrôle de la légalité (*judicial review*) des actes de la Couronne anglaise et de ses agents; le juge Marshall avait également sous les yeux le fait que les tribunaux de l'époque coloniale n'hésitaient pas à déclarer *ultra vires* les lois des législatures qui allaient à l'encontre des chartes octroyées par la Couronne dans le cadre de ce fédéralisme avant la lettre qui avait commencé de prendre forme dans le premier Empire britannique. Ce passage de l'ancien régime au constitutionnalisme moderne a pu s'effectuer presque insensiblement aux yeux des juges, comme il avait paru tout naturel à certains constituants, à la Convention de Philadelphie[18]; il n'en constitue pas moins une innovation d'une immense portée, non seulement aux États-Unis, mais pour le développement constitutionnel de nombreux pays, en Occident et au-delà.

Cette première affirmation de l'autorité juridictionnelle aurait pu demeurer sans lendemain, cependant, si elle ne s'était appuyée sur la longue tradition anglaise de l'indépendance des juges et n'était entrée peu à peu dans les moeurs politiques, entraînant l'adhésion de l'opinion publique. Le principe eut tout le temps de s'enraciner, d'ailleurs, puisqu'il ne fut réellement mis en oeuvre qu'après la guerre de Sécession. De 1865 à 1935, la Cour déclara inconstitutionnelles trente-six lois fédérales et quelque deux ou trois cents lois des États membres: son prestige confirmait le pouvoir revendiqué par le juge Marshall et les législateurs ne pouvaient que s'incliner[19]. Comme l'a écrit le professeur A. Cox, c'est l'histoire qui a légitimé l'autorité constitutionnelle de la Cour et l'habitude en a pris racine dans «le sol riche de la nécessité»[20].

Il faut mesurer l'impact du pouvoir ainsi établi: tout litige privé devant les tribunaux ordinaires peut déboucher, parfois de façon incidente, sur la contestation d'une loi en vigueur, ancienne ou nouvelle, toute personne pouvant invoquer la non-conformité à la Constitution; une loi peut donc être rendue inopérante tôt après son adoption, si elle est vivement contestée, mais également plusieurs années plus tard. Comme Tocqueville l'avait observé lors de sa mission aux États-Unis, en 1831, il n'existait déjà plus d'événement politique qui n'ait donné aux citoyens l'occasion d'invoquer l'autorité du juge[21]. Lorsque celui-ci tranche la question à l'encontre de la loi, le législateur n'a alors d'autre choix, en raison de la règle du *stare decisis* et de l'autorité des précédents, que de prendre acte de la déclaration d'inconstitutionnalité et de modifier la loi, à moins qu'il ne prenne l'initiative d'une modification constitutionnelle, comme ce fut le cas en 1913, lorsque le XVI^e Amendement vint autoriser le Congrès à lever un impôt sur le revenu, lequel avait été jugé contraire aux garanties constitutionnelles dans l'arrêt *Pollock*[22].

Pouvoir envahissant que celui-là, dont les limites ne peuvent être établies que par la Cour elle-même, par l'exercice du *self-restraint*. Aussi voit-on poindre, dès avant la Première Guerre mondiale, prélude aux péripéties qu'allait connaître la législation du *New Deal* du président F.D. Roosevelt, les accusations

d'excès de pouvoir et d'ingérence dans la sphère du pouvoir politique ainsi que les dénonciations du «*government by judges*» et de «l'oligarchie judiciaire»[\[23\]](#), sur lesquelles on reviendra dans la seconde partie de cet exposé.

B. , Le rôle constitutionnel du juge en France

Alors que le débat sur le rôle du juge américain dans l'appréciation de la constitutionnalité des lois s'est transformé avec le temps en une âpre querelle sur l'*étendue* de son pouvoir, en France, ce rôle a été discuté pendant près de deux siècles avant d'être admis sous la forme du contrôle exercé depuis une trentaine d'années par le Conseil constitutionnel. C'est sans doute dans ce pays que les arguments pour et contre l'existence même du juge de constitutionnalité ont été explorés le plus systématiquement, tout particulièrement dans l'entre-deux-guerres. La question, cependant, a été posée dès le XVIIIe siècle.

Du temps de Montesquieu, l'idée de constitution écrite appartenait encore à l'avenir; celle de la liberté prenait son essor. Paradoxalement, le magistrat bordelais a clairement perçu le rôle des tribunaux dans le maintien des lois fondamentales (coutumières) de l'État, mais non dans la protection des libertés individuelles. Il existe en effet dans sa pensée une différence essentielle entre le rôle des juges sous le gouvernement monarchique, dans lequel «un seul gouverne par des lois fondamentales», où il importe que «le pouvoir arrête le pouvoir»[\[24\]](#), et la place qu'ils occupent dans un État «qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique», comme l'est à ses yeux l'Angleterre[\[25\]](#). Deux modèles juridictionnels sont donc exposés dans l'*Esprit des lois*.

Dans le premier, il s'agit d'éviter que la monarchie, la meilleure forme de gouvernement selon Montesquieu, ne tourne au despotisme: les lois fondamentales doivent en conséquence faire l'objet d'un «dépôt» entre les mains de «corps politiques qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites et les rappellent lorsqu'on les oublie». Ce sont les tribunaux, parlements, justices seigneuriales, etc., qui peuvent le mieux faire contrepoids à la puissance arbitraire du monarque exerçant à la fois les pouvoirs législatif et exécutif. «Barrière toujours bonne, écrit-il, lorsqu'il n'y en a point d'autre»[\[26\]](#).

Le modèle anglais est tout à fait différent: là, ce sont les lois qui commandent et elles sont par définition libératrices, selon la conception que s'en faisait l'époque des Lumières. Le contrepoids des tribunaux n'est donc pas nécessaire; au contraire, la «puissance de juger», comme tous les pouvoirs, peut devenir redoutable pour la liberté. Dans l'État libre décrit par le célèbre auteur, l'autorité du juge, «si terrible parmi les hommes», ne doit être attachée ni à une classe sociale, ni même à une profession: l'idéal est que ce pouvoir soit «pour ainsi dire, invisible et nul», les juges n'étant plus «que la bouche qui prononce les paroles de la loi», des «êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur». Montesquieu décrit donc le rôle de la magistrature en tant que contrepoids dans l'Ancien Régime, mais n'a pas aperçu la fonction que le juge pourrait être appelé à exercer en tant que protecteur des libertés[\[27\]](#). Les tribunaux de son temps résistaient parfois, en effet, aux volontés royales au nom des lois fondamentales ou des droits traditionnels des corps constitués, refusant d'enregistrer certaines ordonnances. Cependant, c'était le plus souvent parce que les réformes qu'elles imposaient lésaient leurs droits ou privilèges propres. Les charges parlementaires étant à la fois vénales et héréditaires, les gens de justice formaient une puissante caste, fort attachée à ses prérogatives et intérêts.

Lorsque vint la Révolution, cet héritage pesa lourdement sur l'évolution des institutions. Même si certains constituants songeaient à subordonner effectivement les lois ordinaires à la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 et à la *Constitution* du 3 septembre 1791, il ne leur serait guère

venu à l'esprit de confier aux juges la garde des nouvelles normes fondamentales. Bien au contraire, la Constitution interdit expressément aux juges de s'immiscer dans le domaine du législatif „ et même dans celui de l'administration[28] „ au nom du principe de la séparation des pouvoirs. Cette particularité paraît moins bizarre lorsque sont pris en compte les préventions extrêmes qui existaient contre les magistrats et le fait que les constituants n'avaient pas sous les yeux le contrôle de constitutionnalité qui allait bientôt prendre forme aux États-Unis, alors que les *Bills of Rights* des anciennes colonies, au contraire, leur fournissaient des modèles à suivre au plan théorique.

Sieyès, pourtant, a parfaitement saisi la logique inhérente au constitutionnalisme et aux droits fondamentaux. Non seulement expose-t-il à la Constituante que les organes constitués ne sauraient «toucher» à la Constitution, mais il ajoute que ce sont les autorités judiciaires qui garantiront la liberté et l'égalité des citoyens. Et dans son remarquable discours du 2 thermidor an III, l'auteur de *Qu'est-ce que le Tiers État?* cherche le moyen concret d'assurer la suprématie de la Constitution, après qu'on eût écarté l'intervention des juges: il a l'idée d'une «jurie constitutionnaire», appelée à agir comme gardienne des nouvelles normes fondamentales à l'encontre du législateur, des assemblées électorales et des tribunaux. Composée de 108 membres, nommés à l'origine par l'Assemblée et renouvelés par cooptation, ce jury aurait eu le pouvoir de déclarer «nuls et comme nonavenus» les actes contraires aux textes constitutionnels, protégeant ainsi la liberté individuelle et la propriété[29]. Cependant, la Révolution n'en était plus à ce moment aux idées libérales: la loi, conçue à la manière de Rousseau „ non sans simplification de sa pensée „, comme «expression de la volonté générale», met le législateur aux commandes de l'État, puisqu'aussi bien cette volonté, telle qu'interprétée par les représentants de la Nation, ne saurait se tromper. Aussi le projet de Sieyès fut-il écarté lestement par la procédure de la question préalable, après qu'on lui eût fait observer que le «pouvoir monstrueux» qu'il avait conçu «serait tout dans l'État» et que, «en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics on leur donnerait un maître qui les enchaînerait». Ainsi se trouvait affirmée cette «tradition républicaine» française qui empêcha tout contrôle effectif de la constitutionnalité des lois jusque dans la seconde moitié du XXe siècle. Il n'en reste pas moins que Sieyès fait figure de précurseur du Conseil constitutionnel créé par la Constitution de 1958.

Les tentatives qui furent faites dans la première moitié du XIXe siècle en vue d'assurer la conformité des lois à la Constitution n'aboutirent qu'à augmenter la méfiance des républicains à l'égard de l'idée même de contrôle: le Sénat établi par la Constitution de l'an VIII devait se prononcer sur les actes que le gouvernement considérait comme contraires à la Constitution, mais son manque d'indépendance à l'endroit du Premier Consul ne lui permit pas de contrer les usurpations qui conduisirent à l'Empire; de même le Sénat du Second Empire, «gardien du pacte fondamental et des libertés publiques», avec pouvoir d'interpréter et compléter la Constitution[30], ne pouvait que décevoir ceux qui auraient pris cette fonction à la lettre.

La pensée libérale post-révolutionnaire voit dans l'indépendance judiciaire l'une des garanties essentielles de la liberté. Benjamin Constant, qui définit celle-ci comme «le triomphe de l'individualité, tant sur l'autorité qui voudrait gouverner par le despotisme, que sur les masses qui réclament le droit d'asservir la minorité à la majorité», écrivait en 1815 qu'un juge amovible ou révocable était plus dangereux pour les libertés qu'un juge qui aurait acheté sa charge à la manière de l'Ancien Régime[31].

Ce fut Tocqueville qui, le premier, attira l'attention sur la solution américaine. Pendant son voyage aux États-Unis, en 1831, il s'enquit du pouvoir des juges auprès d'un sénateur du Massachusetts, qui lui répondit:

Nos tribunaux forment le premier pouvoir de l'État. Il est admis par tout le monde qu'ils puissent

refuser d'appliquer une loi qu'ils reconnaissent inconstitutionnelle, et il arrive tous les jours qu'ils le fassent. Je regarde ce pouvoir accordé aux juges comme une des plus grandes garanties de liberté que puisse avoir un peuple. Les juges d'ailleurs n'en abusent point. Ils n'excitent point de crainte. Le peuple les connaît, il participe à leurs délibérations par le jury.^[32]

Quelques années plus tard, dans *De la démocratie en Amérique*, Tocqueville écrit que «le pouvoir accordé aux tribunaux américains de se prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevée contre la tyrannie des assemblées politiques» car, pense-t-il, «un pouvoir électif qui n'est pas soumis à un pouvoir judiciaire échappe tôt ou tard à tout contrôle». Cependant, il ne peut se résoudre à transplanter le système américain tel quel dans les institutions françaises; songeant peut-être aux juges de l'Ancien Régime, il estime préférable d'«accorder le pouvoir de changer la constitution du peuple à des hommes qui représentent imparfaitement les volontés du peuple, [plutôt] qu'à d'autres qui ne représentent qu'eux-mêmes»^[33]. Aussi, devenu membre de l'Assemblée constituante de la IIe République et de la «Commission de Constitution», ne cherche-t-il pas à influencer ses collègues en faveur d'un contrôle de constitutionnalité: la Constitution de 1848 n'en dit mot.

Dans la seconde moitié du XIXe siècle, ce courant de pensée se tourne plus volontiers vers le modèle américain: E. Laboulaye, dont l'influence sera grande sur la doctrine juridique des premières décennies du XXe siècle, écrit qu'en conférant aux juges un véritable pouvoir politique, les Américains ont trouvé une «vérité nouvelle», encore peu comprise en Europe, où l'on confond trop facilement la volonté populaire avec l'omnipotence législative; dans la démocratie, le peuple n'a pas de modérateur à moins qu'il existe des juges qui n'aient «par profession, par religion», d'autre pensée que celle de faire respecter la loi fondamentale. Il est à regretter, ajoute-t-il, que dans toutes les Constitutions que s'est données la France, on n'ait pas suivi l'exemple des États-Unis^[34]. Quelques années plus tard, en 1889, le même thème est repris par le duc J.C.V. de Noailles, qui s'appuie également sur Constant, Tocqueville et le juriste américain J. Story: ce n'est pas à la démocratie que les Américains sont redevables de la Cour suprême, mais à la sagesse des constituants de 1787, pour lesquels il était «naturel et salutaire que les empiétements des Chambres représentatives vinssent échouer à la barre d'un tribunal». Certes, la Cour suprême n'a pu empêcher la guerre civile (1860-1865), observe-t-il, mais elle a su assumer le rôle de protecteur des droits individuels et constitue un exemple pour les démocraties. Le pouvoir judiciaire est également la clef de voûte du vaste édifice fédéral: une fois saisi, le juge devient «tout puissant», ses seuls guides étant la Constitution et sa conscience^[35]. Le libéral Noailles ne peut qu'admirer un système de contrôle où une simple majorité de cinq juges, sur les neuf dont se compose la Cour suprême, «arrête et annule, au nom de la justice, les volontés d'un peuple de soixante millions d'âmes, représenté par ses Chambres et son exécutif élu». Cela, pense-t-il, tient au fait que ce système «grandit le juge»: «[P]lus le pouvoir judiciaire remplit un rôle élevé, plus son indépendance doit être garantie», et c'est le «privilege aristocratique» de l'immovibilité qui rend cette indépendance possible; cette idée, cependant, ne manque pas de soulever à ses yeux le risque, dont on traitera plus avant, de voir la magistrature profiter de ses prérogatives pour se transformer en «oligarchie dominatrice»^[36].

Sous la IIIe République, la situation constitutionnelle en France n'est pas sans ressembler à celle du Royaume-Uni à l'égard de la «souveraineté parlementaire»: les Lois constitutionnelles de 1875 ne sont dotées d'aucune supériorité par rapport à la législation ordinaire et elles ignorent toute déclaration des droits et libertés; l'idée de contrôle de la constitutionnalité ne semble même pas être venue à l'esprit des constituants, tant elle paraissait contraire à la tradition issue de la Révolution. Pourtant, les institutions démocratiques vont engendrer, avant tout dans la doctrine, un vaste débat sur la nécessité de ce contrôle et les moyens de l'assurer. Ce débat s'étendra sur presque trois quarts de siècle.

L'enjeu en est clairement défini en 1920 par R. Carré de Malberg, qui souligne la différence existant entre le système français de 1875, qu'il nomme «État légal», et l'État de droit, qu'il identifie au *Rechtsstaat* allemand. Dans l'État légal, le corps législatif est l'autorité suprême et toute l'activité administrative est subordonnée aux compétences ou pouvoirs attribués par une loi préexistante, tandis que le «développement naturel» et l'esprit du régime de l'État de droit conduisent à lier le législateur lui-même à «un principe de respect du droit individuel qui doit s'imposer à lui d'une façon absolue». Il en résulte que la Constitution française de la IIIe République, si elle assure aux administrés une protection efficace à l'encontre des autorités exécutives, «ne s'est pas élevée jusqu'à la perfection de l'État de droit» puisqu'elle n'a institué aucune autorité qui soit compétente pour apprécier la validité des actes législatifs[37].

La question du rôle des juges dans l'application des normes constitutionnelles et en particulier des Déclarations de droits énoncées dans les Constitutions qui se sont succédé depuis 1789, est tributaire de débats plus vastes portant sur la valeur juridique de ces Déclarations et, par delà, sur le fondement même de l'État de droit. Les auteurs qui, tels A. Esmein, ont subi l'influence du positivisme allemand du XIXe siècle, pour lequel le droit ne trouve sa source que dans l'État, estiment que les déclarations de droits sont sans force obligatoire; ce sont purement des exposés de principes politiques dont le caractère général et vague empêche qu'ils puissent être appliqués par les tribunaux. Certes, ajoute-t-il, la Déclaration de 1789 constitue pour les Français un patrimoine «acquis», mais en l'absence de garantie constitutionnelle concrète, leur droit ne peut être exercé: «il reste là comme une simple promesse»[38]. Le système américain est remarquable, concède-t-il, on l'a proposé plus d'une fois en France, mais il n'a jamais pu se faire admettre, sans doute par esprit de réaction contre les agissements des anciens Parlements. Notre auteur admet, en théorie, la nécessité d'une autorité distincte du pouvoir législatif pour assurer le respect des normes constitutionnelles; les États-Unis ont eu la chance de trouver la solution, «du premier coup», dans le pouvoir judiciaire, mais il fallait pour cela que la magistrature possédât «une bien haute et bien ancienne autorité» et que le peuple eût une confiance profonde dans sa sagesse et dans sa valeur professionnelle et scientifique[39]. Ne fallait-il pas, écrit-il, «une race d'hommes habitués depuis des siècles à voir dans ses magistrats les gardiens du droit et des libertés publiques?» Tout compte fait, la manière française de protéger des droits individuels était plus proche du système britannique, dont s'étaient inspirées largement les Lois constitutionnelles de la IIIe République, que de la Constitution américaine. Or, cela devrait rassurer ceux qui trouveraient trop précaire la sûreté offerte à ces droits en France puisqu'il n'y a pas de pays au monde, estime Esmein, où ces droits paraissent mieux assurés qu'en Angleterre; la meilleure garantie à cet égard «se trouve dans les mœurs, dans l'esprit national et peut-être aussi dans l'institution des deux Chambres»[40].

Néanmoins, le modèle américain proposé par les libéraux continuait de séduire les esprits. En 1894, un député, partisan d'une Chambre unique, le présentait comme l'un des plus sûrs moyens d'assurer le respect des droits fondamentaux[41]. En 1903, Charles Benoist, publiciste et homme politique en vue, proposait la création d'une Cour suprême à l'américaine, «qui connaîtra des atteintes portées aux droits et aux libertés des citoyens, tels qu'ils résultent de la Déclaration des droits du 3 septembre 1791», tandis qu'un autre député aurait chargé la Cour de cassation de veiller à son application[42]. Ces tentatives n'aboutirent pas, mais le débat était lancé; il allait devenir très vif dans la doctrine du droit, avant et après la Première Guerre mondiale.

L'un des courants majeurs de cette doctrine subordonne l'État à un ordre objectif qu'il n'a pas lui-même engendré. Les professeurs L. Duguit et A. Hauriou en sont à cette époque les représentants les plus connus: ils plaident le caractère constitutionnel et juridiquement obligatoire des Déclarations. Pour Duguit, l'État est lié par des normes juridiques préexistantes, issues de l'inéluctable «solidarité sociale», et la Déclaration de 1789 est de celles-là; elle se situe, dans la construction du droit révolutionnaire, au-

dessus de la Constitution elle-même[43]. Hauriou, de son côté, trouve le fondement de la supériorité des normes les plus élevées dans la «constitution sociale»; la Déclaration s'impose au pouvoir législatif, plus dangereux encore pour les libertés individuelles que le pouvoir administratif[44]. Mais comment assurer concrètement la prééminence des normes constitutionnelles à l'encontre de la suprématie parlementaire?

Entre les deux juristes s'engage, dès avant la Première Guerre mondiale, un dialogue auquel se joindront dans l'entre-deux-guerres É. Lambert et G. Jèze notamment. Au départ, Duguit se montre hésitant devant l'idée, pourtant séduisante à ses yeux, d'une haute juridiction habilitée à annuler les lois contraires à la Constitution: comment serait composé un tel tribunal? Si les membres en sont nommés par le gouvernement ou le Parlement, il est à craindre qu'ils n'aient aucune indépendance; s'ils sont élus par le peuple, ils constitueront un «corps politique» n'offrant pas les garanties d'impartialité qu'on est en droit d'en attendre; s'ils sont choisis par cooptation, ils formeront «une sorte de corps aristocratique incompatible avec la démocratie moderne»[45]. En 1916, Hauriou estime pour sa part que le contrôle selon la méthode américaine «devrait être introduit partout, car il est une pièce essentielle du régime constitutionnel»[46]. Il s'en explique davantage dans son *Précis* de 1923, après la parution de l'ouvrage de Lambert sur le «gouvernement des juges», par lequel le comparatiste entendait montrer les risques que comportait la transposition du modèle américain en France (thèse sur laquelle on reviendra plus loin). Hauriou n'en pense pas moins que c'est la «mission naturelle» du juge, non seulement de contrôler la constitutionnalité des lois, mais de s'assurer que la Constitution elle-même et les modifications qu'on voudrait y apporter sont conformes aux grands principes de la «légitimité constitutionnelle». Cette attitude ne peut évidemment être comprise que par rapport à la conception que l'auteur se fait du droit et de son fondement objectif dans la réalité sociale ainsi qu'à sa hantise de voir l'action législative, «mue par les passions électorales», devenir une véritable menace pour les libertés (il songe en particulier à celle de l'enseignement, mise à mal dans les premières années du siècle). La croyance en la souveraineté du Parlement est pour lui une «deuxième Bastille» à démolir[47].

Duguit, dont le *Traité* (2e édition) paraît à la même époque n'est «pas éloigné d'accepter» la doctrine de Hauriou. Quoiqu'il redoute d'ouvrir ainsi la porte à l'arbitraire, l'existence d'un droit supérieur à l'État l'emporte désormais dans son esprit sur ses hésitations: le gouvernement est donc tenu d'assurer le contrôle de constitutionnalité et la meilleure solution est de s'en remettre aux tribunaux ordinaires, abstraction faite des difficultés que cela peut soulever aux États-Unis. Ce pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois est «la conséquence nécessaire et logique de la hiérarchie des lois»: un pays qui ne reconnaît pas ce droit aux juges ne vit pas véritablement sous un régime d'État de droit. Revenant sur son attitude antérieure, il ajoute: «J'étais dans l'erreur»[48].

Pareille admission de la part d'un maître aussi respecté que Duguit montre à quel point la doctrine française était aux prises avec le problème du contrôle de constitutionnalité, coïncée entre la «tradition républicaine» et la logique de la hiérarchie des lois. La plupart des grands juristes de l'heure ne voulurent pas rester à l'écart du débat. C'est ainsi que G. Jèze fut amené, en 1924, à rappeler que les tribunaux français de tous ordres se refusaient encore à vérifier la constitutionnalité intrinsèque des lois. Ce n'est pas, écrit-il, que la loi ne se prête pas «parfaitement» au contrôle juridictionnel: rien dans sa nature ne répugne à ce contrôle puisqu'il est «naturel et logique» que le service public qu'est le Parlement soit soumis à sanction en cas d'irrégularité; cependant, pour des raisons historiques, qui tiennent à l'esprit réactionnaire des Parlements d'Ancien Régime et à «la crainte que la Révolution ne fût émasculée par les robins», les tribunaux se sont vus interdire de refuser d'appliquer la loi, sous peine de forfaiture, selon la Loi des 16-24 août 1790. On peut certes regretter cet état de choses «déplorable», écrit le juriste, mais le courant doctrinal illustré par Duguit et Hauriou se heurte à la jurisprudence constante des tribunaux, au droit tel qu'il est. Et à Duguit qui lui rappelait qu'il avait, en 1895, soutenu le pouvoir des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois, Jèze répond qu'il en est venu à modifier son point de vue,

soutenu autrefois «avec l'intransigeance de la jeunesse»^[49]; toutefois, bien que le contrôle juridictionnel de constitutionnalité n'existe pas en France, il estime que, si jamais il est établi, «ce sera, sans doute, sous la forme indirecte de l'exception d'inconstitutionnalité», autrement dit en suivant le modèle américain. Cette forme de contrôle lui paraît en effet moins agressive pour le législateur que le recours direct en annulation, dont une forme sera implantée par la Constitution de 1958, et sera donc «plus facilement tolérée»^[50].

L'influence de ce débat sur l'évolution des esprits n'a pas été négligeable, même s'il se déroulait essentiellement entre juristes. La «tradition républicaine» du législateur-qui-ne-saurait-se-tromper et du juge cantonné dans l'application des lois, «nul et invisible», offrait cependant une résistance tenace, appuyée sur la force d'inertie des institutions de la III^e République. Il convient d'ajouter que les droits individuels n'étaient pas pour autant complètement à l'abandon: les hommes de la Révolution avaient placé la Constitution de 1793 «sous la garde de toutes les vertus» ou l'avaient confiée, en l'an III, «à la fidélité du corps législatif, du directoire exécutif, des administrateurs et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français»^[51]. Comme l'a fait observer P. Bastid, cela revenait à s'en remettre à l'opinion publique, «gardienne naturelle des institutions»^[52]. Sous la III^e République, même si aucun recours pratique ne vient sanctionner les droits et libertés, dont le statut constitutionnel demeure incertain, cette opinion publique s'est graduellement regroupée autour d'une tradition constitutionnelle consacrant des principes coutumiers en matière de libertés fondamentales, tradition qui portera ses fruits après la Seconde Guerre mondiale. Le mouvement doctrinal des années vingt y aura apporté une contribution remarquable.

Cependant, une fois admise la légitimité de la protection constitutionnelle des libertés par le juge, il restait à déterminer si cette compétence devait en être attribuée à l'ensemble des tribunaux ou à quelque organe spécialisé. Ce choix apparut, mais ne fut guère débattu, avant la Seconde Guerre mondiale, entre les tenants d'un tribunal spécialisé, semblable, par exemple, à la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, d'inspiration kelsénienne, établie en 1920^[53], et la majorité des auteurs français, qui se ralliaient plutôt, à cette époque, comme d'ailleurs ceux de quelques pays européens (Norvège, Danemark, Grèce), au modèle américain de contrôle judiciaire des lois^[54].

Les idées du professeur H. Kelsen étaient peu connues en France avant qu'il ne les fit connaître dans la *Revue de droit public*, en 1928, et que le professeur Charles Eisenmann ne les répandît dans la doctrine. La logique moniste de la pyramide des normes, exposée dans la *Théorie pure du droit*^[55], est trop connue pour qu'il soit nécessaire de la rappeler: il en découle que la souveraineté n'appartient pas au législateur, qui est un organe constitué, mais à «l'ordre étatique lui-même». Le Parlement, précise-t-il, ne peut, «par nature», être restreint de façon efficace, à moins que ce ne soit par un «organe différent de lui, indépendant de lui et [...] de toute autre autorité étatique»; c'est là une condition d'existence de la démocratie et particulièrement de la protection des minorités. L'organe de la juridiction constitutionnelle peut varier d'un État à l'autre et doit se modeler sur les particularités de chaque constitution; Kelsen, cependant, favorise l'idée d'une cour spéciale à laquelle pourraient s'adresser les parties à une procédure, mais avec l'autorisation du tribunal judiciaire ou administratif saisi du litige. Le mode de nomination ferait appel au chef de l'État, au Parlement, au gouvernement et les facultés de droit pourraient présenter des candidats. Cette conception de la juridiction constitutionnelle s'éloigne donc du modèle américain, d'autant qu'il s'agirait bien d'un contentieux d'annulation et non du simple refus d'appliquer la loi dans chaque cas particulier. L'auteur admet d'emblée que ce pouvoir d'annulation est «de nature législative» car le juge constitutionnel pose alors une «norme générale», mais l'annulation n'est pas la création, de sorte qu'il se présente comme un «législateur négatif» déterminé en tout par la constitution. En somme, il y a là une manière de «répartition du pouvoir législatif» qui n'entraîne pas d'empiétement si le juge prend pour critère la conformité aux normes de degré supérieur^[56]. L'influence de cette conception du contrôle

juridictionnel a été considérable dans la plupart des pays européens; en France, elle a été déterminante, comme en témoigne le professeur L. Favoreu[57].

En 1935, un Comité parlementaire «pour la réforme de l'État», sous l'impulsion de J. Bardoux, proposa l'établissement d'une Cour suprême de justice présentant des caractéristiques de l'un et l'autre systèmes: cour spéciale composée de 25 membres nommés à vie par le Président de la République, elle n'aurait pu, toutefois, procéder par voie d'annulation directe des lois, mais seulement par voie d'exception, à la manière américaine. L'objectif était de «garder le droit contre la loi elle-même» en faisant disparaître tout ce qui s'y trouvait de «théologique et irrationnel», tout particulièrement l'idée de la supériorité du pouvoir législatif, grâce à une magistrature «indépendante et souveraine», élite indiscutée, assurée de son «autonomie corporative», véritable pouvoir et non simple fonction[58]. Les événements de l'époque et la crainte de «la loi du nombre» ne sont sans doute pas étrangers à ce projet, mais le langage choisi n'avait rien qui pût rassurer le législateur et recevoir l'appui nécessaire de la classe politique, ni en 1936, ni après la guerre, à l'occasion de l'Assemblée constituante d'août 1946[59]. Une partie de la doctrine se montrait également réticente devant les difficultés politiques et techniques du contrôle de constitutionnalité: P. Bastid, par exemple, bien que favorable au principe, estimait encore en 1962 qu'il n'allait pas «sans de graves inconvénients»[60]. Aussi les constituants de la IV^e République se contentèrent-ils d'établir un Comité constitutionnel placé sous la présidence du chef de l'État et composé des présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil de la République ainsi que dix membres élus par ces corps annuellement en dehors d'eux-mêmes[61]. Sa mission, qu'il n'exerça qu'une fois, n'était pas d'annuler les lois qui auraient été inconstitutionnelles, mais d'indiquer si les lois votées par l'Assemblée «suppos[aient] une révision de la Constitution»; dans l'affirmative, si l'Assemblée entendait maintenir sa décision, la Constitution devait être modifiée avant la promulgation de la loi, ce qui faisait dire à Bastid que le constituant «songeait à modeler la constitution sur la loi plus que la loi sur la constitution»[62]. La souveraineté de la loi paraissait sauve. Néanmoins, l'innocuité du mécanisme ainsi créé, rassurant pour la classe politique, pavait la voie au changement décisif qui allait intervenir sous la Ve République.

À vrai dire, rien n'indiquait au départ que le Conseil constitutionnel institué par la Constitution du 4 octobre 1958[63] allait jouer le rôle éminent qui est devenu le sien dans le contrôle de la conformité des lois à la Constitution et particulièrement à l'égard de la protection des libertés et droits fondamentaux. Conçu avant tout comme le «chien de garde» des règles par lesquelles le constituant entendait restreindre le pouvoir législatif, en vue de protéger le pouvoir réglementaire «autonome» de l'Exécutif et de rendre au peuple la souveraineté «confisquée par ses représentants»[64], le Conseil constitutionnel a graduellement élargi ce rôle pour assumer également celui de protecteur des libertés publiques. Cette «longue marche» a franchi, au début des années 70, deux étapes cruciales: la constatation par le Conseil lui-même de la valeur constitutionnelle des Déclarations de droits de 1789 et 1946 et la modification de la Constitution autorisant l'élargissement de la saisine du Conseil.

Au départ, en 1958, l'article 61 de la Constitution prévoit la saisine obligatoire dans le cas des lois organiques et des règlements des assemblées parlementaires, ainsi qu'une saisine facultative, à l'initiative du Président de la République, du Premier ministre ou du Président de l'une ou l'autre Assemblée, au sujet de toute loi dont la conformité à la Constitution paraît douteuse; ces lois doivent être déférées au Conseil avant leur promulgation, laquelle est suspendue, de sorte qu'elles ne sont pas encore, à proprement parler, des «lois». Cette disposition ne règle pas la question de savoir si les Déclarations des droits antérieures font partie de la Constitution proprement dite: tout au plus le préambule de 1958 rappelle-t-il «l'attachement» du peuple français aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale «tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946». Cependant, deux «petites phrases» de la décision historique du 16 juillet 1971, très conformes à la *brevitas* en usage dans les arrêts des tribunaux français, vont transformer la

situation en rompant avec la tradition: «Vu la Constitution et notamment son préambule» et «Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association»[65]. Ainsi, le préambule, qui passait pour une simple déclaration d'intention, et avec lui les libertés, se sont vues reconnaître valeur constitutionnelle et sont donc devenues opposables au législateur. Non pas que les libertés n'aient joui jusque-là d'aucune protection en droit français, mais c'est la loi „ expression, rappelons-le, de la «volonté générale» „, qui en était la source essentielle; aussi le professeur J. Rivero se demandait-il à l'époque si le Conseil constitutionnel n'avait pas rendu là sa décision *Marbury c. Madison*[66]. La suite lui a donné raison: les libertés ont été «promues à la dignité constitutionnelle»[67] grâce à la jurisprudence du Conseil, dont certains arrêts seront étudiés ci-dessous.

L'étendue de ce contrôle, dont on n'avait pas idée en 1958, a été renforcée et en quelque sorte approuvée par la modification constitutionnelle apportée au droit de saisine en 1974: l'article 61 autorise désormais soixante députés ou un même nombre de sénateurs à porter «les lois», toujours avant leur promulgation, devant le Conseil constitutionnel[68]. Cette réforme n'a pas été acceptée d'emblée par l'opposition de gauche, mais les recours n'ont pas tardé à se multiplier, surtout à l'occasion de l'alternance des partis au gouvernement, en 1981 et 1986. La «seconde naissance» du Conseil, selon l'expression de L. Hamon, sa dynamique propre (et celle des événements) ont fait en sorte que l'institution, mal assise au début, recueille dans les années 80 l'approbation de ceux-là mêmes qui avaient douté de son utilité[69].

Nous nous trouvons ainsi devant une technique de contrôle de constitutionnalité des lois fort différente du modèle américain (et, dans une moindre mesure, des Cours constitutionnelles de certains pays européens dont on ne traitera pas ici). Les moyens de saisine constituent la principale différence: aux États-Unis, elle appartient à tout particulier et se présente de manière incidente à l'occasion d'un procès dont l'objet principal n'est pas nécessairement l'inconstitutionnalité d'une loi[70]. Cependant, l'ouverture aux particuliers n'est pas incompatible avec le système français, à certaines conditions; nous reviendrons plus loin sur cette question.

Si l'exception d'inconstitutionnalité était admise dans le système français, les autres différences qui le séparent du modèle américain pourraient être justifiées. La saisine actuelle en France n'est pas sans ressembler, par certains aspects, à une demande d'avis consultatif, que la jurisprudence de la Cour suprême exclut résolument, mais on peut penser qu'il n'y aurait aucun avantage à dépouiller le Conseil français d'un contrôle *a priori* qui a fait ses preuves et que pourrait lui envier la doctrine d'outre-Atlantique si elle n'était aux prises avec une tradition si bien ancrée.

En dépit de modes de désignation divergents, l'expérience enseigne que, de part et d'autre, l'indépendance du tribunal constitutionnel suprême ne laisse aucun doute. Les nominations à vie effectuées par le Président des États-Unis, mais avec le consentement du Sénat, et, en France, le mandat de neuf ans non renouvelable des membres du Conseil, nommés en parts égales par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat[71], n'ont pas entraîné d'effets dissemblables à l'égard de l'indépendance des juges; peut-être la méthode française a-t-elle l'avantage de favoriser un renouvellement plus rapide et une plus grande diversité des points de vue, permettant au Conseil de se tenir davantage en harmonie avec l'évolution sociopolitique[72].

Cette question du mode de désignation est liée de près au débat qui a porté en France sur la nature du Conseil constitutionnel: politique ou juridictionnelle? Nominations «politiques», certes, mais en va-t-il autrement aux États-Unis? Depuis le juge Marshall lui-même, qui avait été Secrétaire d'État du Président Adams, elles ont été monnaie courante et le comportement du Sénat depuis quelques années à l'endroit de certains candidats nommés par le Président montre à quel point le processus est politisé, pour des

raisons sur lesquelles nous reviendrons. Il est vrai que la Constitution de 1958 n'exige pas que soient nommés des juristes de profession et plusieurs membres du Conseil ne le sont pas, mais leur expérience politique s'est révélée un atout important pour un organe spécialisé dans le contentieux constitutionnel (alors que la Cour suprême connaît de toutes les questions). Le professeur D. Turpin fait observer à ce propos que c'est peut-être dans les périodes où le Conseil avait la composition la plus politique «qu'il s'est montré le plus indépendant, hardi et novateur» et que le mode de désignation prévu en 1958 en vaut bien d'autres[73].

De toutes les qualités exigées du juge, l'indépendance et cet équilibre délicat entre les convictions personnelles et la sensibilité aux valeurs de la société sont les plus éminentes. On n'entend plus guère aujourd'hui les accusations de docilité qui ont marqué les premières années du Conseil, surtout depuis qu'il s'est autorisé à juger les lois à l'aune des libertés fondamentales. Qu'il l'ait été ou non dans l'esprit des constituants de la Ve République, le Conseil constitutionnel a su s'imposer comme *juridiction*, à l'instar du Conseil d'État il y a une centaine d'années, et la doctrine dans son ensemble le met sans hésitation au rang des cours constitutionnelles[74].

Les exemples américain et français, bien que différents à tant d'égards, permettent d'ores et déjà de comprendre pour quelles raisons la responsabilité du contrôle de constitutionnalité a été, dans la plupart des États modernes, confiée aux juges de droit commun ou à des organes juridictionnels spécialement conçus pour cette tâche. L'expérience britannique, qui pourtant ne connaît pas le contrôle de constitutionnalité des lois, nous apportera un complément d'explication.

C. ,, La «Constitution d'Angleterre» et la souveraineté de la loi

S'il n'existe pas de contrôle de constitutionnalité au Royaume-Uni, c'est, bien entendu, parce que le pays ne possède pas de constitution formelle, mais aussi que le premier principe de son droit fondamental coutumier ,, non moins bien ancré dans les mentalités qu'une norme constitutionnelle écrite ,, est la «souveraineté» du Parlement. Le rôle du juge n'en est pas moins capital, historiquement et de nos jours, dans l'interprétation des lois et la création de la common law, au point que les récents projets de constitution écrite, pour lesquels se passionne une partie de la doctrine, confèreraient aux tribunaux supérieurs et à une nouvelle Cour suprême le pouvoir d'interpréter la Constitution proposée et de décider en dernier ressort de la validité des lois[75]. C'est ainsi que la Grande-Bretagne en viendrait à appliquer à son tour une solution inspirée aux Américains par le respect traditionnel voué aux magistrats dans leur ancienne mère-patrie.

Ce sentiment de déférence de la population britannique à l'endroit des juges est fort ancien: ce sont les tribunaux qui ont créé la common law depuis le Moyen-Âge et leur apport au droit des libertés publiques a été considérable; ils ont contribué à la limitation de la prérogative royale depuis le XVIIe siècle[76]. Sans oublier que l'*habeas corpus*, avant de faire l'objet d'une loi du Parlement en 1689, est né d'un recours de common law[77]. Des arrêts comme *Entick v. Carrington* (1765), par lequel les tribunaux ont déclaré *ultra vires* l'ordre donné par un ministre de la Couronne de procéder à une perquisition non autorisée par la loi[78], ont profondément marqué l'évolution du droit anglais. Le climat social qui en est résulté n'a pas manqué, avec le parlementarisme, d'impressionner des visiteurs comme Montesquieu, pour qui la «Constitution d'Angleterre» assurait la liberté politique; selon lui, cependant, il n'appartenait pas aux juges, mais à l'Exécutif, «d'arrêter les entreprises du corps législatif» s'il abusait de son pouvoir: les magistrats n'étaient «que la bouche qui prononce les paroles de la loi» et n'avaient donc pas la faculté «d'empêcher» son application[79]. Le Bordelais n'y voyait pas d'inconvénient: sur ce

point, les «Lumières d'Albion» lui suffisaient puisque l'Angleterre de son siècle était «le plus libre pays qui soit au monde»[80]. De même Tocqueville admirera, en 1835, le recours par lequel le pouvoir judiciaire peut intervenir entre un particulier lésé et le fonctionnaire[81]. Certes, depuis lors, la législation a connu une croissance exponentielle et, sur plus d'un point, supplanté la common law, mais le rôle et le prestige des juges demeurent. Encore récemment, le professeur J. Dutheil de la Rochère a pu écrire que le droit anglais ne se juge pas sur ses lois; c'est «la qualité des juges» qui fait le droit de ce pays[82].

Dès lors, comment expliquer que les tribunaux britanniques, après s'être affranchis du pouvoir royal „ «*Lions under the throne*», disait auparavant F. Bacon „, se soient inclinés devant la suprématie du Parlement? Ce n'est pas que des juges de forte personnalité, comme Sir E. Coke, n'ait pas songé à tenir tête au législateur: dans l'arrêt *Dr. Bonham's Case* (1610), il déclare, *obiter dictum*, que les tribunaux peuvent déclarer nulle, en vertu de la common law, toute loi allant à l'encontre du bien commun ou de la raison[83]. La lutte contre l'absolutisme des Stuart et la *Star Chamber*, puis la guerre civile, cependant, devaient consacrer à la fois l'alliance des parlementaires et des juges contre le pouvoir royal et la prédominance politique et juridique d'un Parlement qui dut prendre les magistrats sous sa protection; Coke lui-même n'a-t-il pas contribué, à titre de parlementaire, à la rédaction de la *Petition of Right* de 1628? Les deux révolutions anglaises de 1642 et 1688 ainsi que les violentes querelles religieuses de l'époque ont entraîné, comme plus tard dans la France de 1792, l'affirmation sans réplique de la suprématie des nouveaux détenteurs du pouvoir de contrainte. Quand le changement de dynastie eût consacré cette mutation, l'*Act of Settlement* de 1701 étendit la main protectrice du législateur sur le juge en lui garantissant l'inamovibilité (à moins que le Parlement lui-même ne décide de la lui retirer)[84].

Si pénétrée de la prédominance parlementaire était la classe politique dominante de ce temps „ les *Whigs* „, que le grand défenseur de la *Glorious Revolution* et coryphée du libéralisme, J. Locke, ne reconnaît pourtant aux juges que la fonction d'appliquer la loi aux cas particuliers et non de se prononcer sur sa validité[85]. On soutient parfois que Montesquieu a tiré le principe de la séparation des pouvoirs de l'oeuvre du philosophe anglais, mais celui-ci, s'il distingue effectivement trois sortes de pouvoirs (le législatif, l'exécutif et le «fédératif»), ne fait aucune place aux tribunaux pour servir de contrepoids au législateur; le juge ne trouve de rôle à jouer que dans la lutte contre la tendance de l'Exécutif à se placer au-dessus des lois, qui est, aux yeux de Locke, le mal le plus dangereux[86]. Mais si le pouvoir législatif, à son tour, abuse de sa suprématie? Locke répond que les personnes qui détiennent ce pouvoir, une fois leur tâche accomplie, «doivent obéir elles-mêmes, désormais, aux lois qu'elles ont faites»[87]. Fort bien, mais si elles y manquent? Alors le peuple «reste investi du pouvoir suprême de destituer la législature ou de la modifier, s'il constate qu'elle agit au mépris de la mission dont il l'avait chargée»[88]. Mais que faire si les parlementaires résistent à la volonté du peuple? La réponse de Locke ne laisse pas d'être ambiguë: d'une part, entre le pouvoir législatif et le peuple, «il ne peut exister aucun juge sur terre» («*there will be no judge on earth*») et le seul recours, «c'est d'en appeler au ciel»; d'autre part, à la fin du *Second Treatise on Civil Government*, il en vient à la conclusion que «le juge, ce sera le peuple» et que l'appel au ciel signifie le retour «au remède que Dieu a donné à tous les hommes contre la force et la violence», chacun devenant juge de son propre droit de se défendre[89]. On aboutit ainsi au droit de résistance et à l'épreuve de force, qui sont, il est vrai, la leçon des révolutions anglaises. C'est cette leçon et la passion anti-absolutiste de Locke que retiendront les révolutionnaires américains et plus tard les français, tandis qu'en Grande-Bretagne la souveraineté absolue du Parlement et l'absence de contrôle de ses lois tiendront désormais du dogme constitutionnel.

Aucun juriste n'a mieux exprimé ce dogme que le professeur A.V. Dicey, qui se décrivait lui-même comme un «vieux *whig*», dans un ouvrage de 1885 dont l'ombre portée s'étend jusqu'à nos jours[90]. Pour cet apologiste du droit anglais, auquel le droit administratif français de l'époque sert de repoussoir, le gouvernement et ses fonctionnaires sont soumis au contrôle des tribunaux de droit commun

(«*ordinary courts*») et doivent le demeurer tandis que les lois du Parlement échappent à cette surveillance. Les juges sont tout naturellement soumis au législateur, qui favorise leur indépendance et leur autorité par rapport au pouvoir exécutif: d'ailleurs, n'est-ce pas ainsi que la common law des tribunaux a pu établir les libertés des sujets anglais? Aux critiques qui verraient là une possibilité de voir le «despotisme du Parlement» succéder à la prérogative royale illimitée, Dicey répond que «l'esprit de légalité» avec lequel le législateur exerce sa suprématie, de même que l'existence de deux Chambres, excluent toute dérive de cette sorte. Au contraire, selon notre auteur, la souveraineté parlementaire renforce la *rule of law* et réciproquement[91].

Il aura fallu plus d'un demi-siècle pour que cette doctrine fût mise en doute. Elle l'a été en raison de changements profonds dans la société britannique, beaucoup moins homogène qu'au XIXe siècle, mais les causes prochaines en ont été la ratification par le gouvernement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, en 1951, et l'adhésion du Royaume-Uni aux traités instituant les Communautés européennes en 1972. Ces instruments ont marqué des étapes cruciales dans l'évolution récente du pays vers une conception moins absolue de la suprématie parlementaire et de la souveraineté de l'État; du même coup, le pays a été amené à reconnaître aux juges un rôle nouveau.

Le Royaume-Uni a été le premier État à ratifier la Convention européenne, mais le Parlement ne l'a pas incorporée dans le droit interne, de sorte que les tribunaux nationaux n'ont pu l'appliquer que dans la mesure où elle n'était pas incompatible avec ce droit (common law et *statutes*); la suprématie du Parlement demeurait donc intacte, mais le gouvernement acceptait l'idée d'une norme internationale en matière de droits de l'homme. Un pas plus important a été franchi en 1972 lorsque le Parlement, désireux de voir le pays accéder aux Communautés européennes, a dû accepter de subordonner ses lois, anciennes et futures, aux dispositions des Traités et à l'interprétation qu'en donne la Cour des Communautés[92], démontrant ainsi la possibilité concrète de soumettre systématiquement sa législation à des normes supérieures. Le Parlement peut toujours, en théorie du moins, renoncer à la participation du pays aux Communautés et sa souveraineté de principe demeure donc intacte, mais les réalités économiques lui ont interdit de poser un tel geste: les juges nationaux et internationaux sont ainsi amenés à se prononcer sur la validité des lois (et actes dérivés) au regard des règles communautaires.

Paradoxalement, cette révolution est devenue plus sensible encore dans le domaine des droits de l'homme depuis que le Royaume-Uni a accepté la compétence de la Commission européenne à l'égard des requêtes émanant de toute personne ou de tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation de la Convention, et déclaré reconnaître comme obligatoires la juridiction de la Cour européenne ainsi que sa décision dans toute affaire concernant l'application de la Convention[93]. L'impact de cette démarche a été considérable: des particuliers, ne pouvant obtenir l'application des garanties de la Convention devant les tribunaux britanniques „ puisque celle-ci ne fait pas partie du droit interne „ se sont adressés aux institutions de Strasbourg et ont pu faire constater la violation de leurs droits. C'est ainsi que le pays où est née la liberté d'expression a été pris en défaut par la Cour européenne pour avoir appliqué les règles de la common law de manière à empêcher la publication d'articles de presse sur les dommages causés par la thalidomide[94]. Plus frappants encore sont les jugements intervenus dans les affaires *Golder* (1974), *Silver* (1983) et *Malone* (1984) par lesquels la Cour de Strasbourg a invoqué directement la «prééminence du droit» (*rule of law*), affirmée dans le préambule de la Convention, pour déclarer contraires aux engagements du Royaume-Uni diverses dispositions législatives ou réglementaires portant notamment sur les droits des prisonniers[95]. L'opinion individuelle du juge G. Fitzmaurice dans l'affaire *Golder* est tout à fait révélatrice des différences d'attitudes qui séparent les juristes anglais de leurs collègues «continentaux»: selon lui, la majorité des juges a grandement exagéré la portée de la *rule of law*, expression qui n'apparaît dans le préambule que de façon incidente[96]; il eût pu ajouter que dans son acception anglaise, elle est subordonnée à la volonté du Parlement.

La tradition juridique continentale veut effectivement que l'on puisse *déduire* des conséquences juridiques d'un principe aussi général que celui de l'État de droit; en Allemagne, notamment, le législateur et tous les organes de l'État doivent se comporter conformément à la norme du *Rechtsstaat* énoncée dans la Loi fondamentale, telle qu'interprétée de façon très large par la Cour constitutionnelle[97]. Appliquée au Royaume-Uni, cette démarche des juges européens aboutit à un résultat paradoxal: le gouvernement britannique, qui ne connaît aucune constitution formelle, doit s'incliner devant les principes de la Convention européenne, y compris la prééminence du droit, telle que conçue sur le continent, et les juges de Strasbourg forment en quelque sorte la Cour constitutionnelle du Royaume-Uni en matière de droits de l'homme. Ce pays possède désormais un *Bill of Rights* européen, appliqué „ paix aux mânes de Dicey et de ses disciples „ par un tribunal spécialisé!

Ces développements ne pouvaient laisser indifférents les auteurs britanniques qui s'intéressent au progrès des droits fondamentaux. Ils eurent tôt fait de faire observer que le Royaume-Uni, qui n'a pas incorporé la Convention européenne dans sa propre législation, l'avait pourtant «exportée» à plus de 40 colonies ou territoires d'outre-mer et subséquemment inscrit ses dispositions (ou d'autres au même effet) dans les constitutions de nombreux États nouvellement indépendants[98]. Ajoutons à cela l'interprétation «large et libérale» que le plus haut tribunal de l'Empire, le Comité judiciaire du Conseil privé, a estimé nécessaire de donner aux constitutions écrites de certains pays du *Commonwealth*, celle du Canada notamment, propre à connaître la croissance d'un «arbre vivant» (*living tree*)[99]. Ces Constitutions, qui ne sont autres que des *statutes* britanniques, du moins à l'origine, ne doivent pas recevoir l'interprétation étroite et technique que les juges britanniques réservent traditionnellement aux lois du Parlement. On ne saurait donc soutenir que les plus hauts tribunaux du Royaume-Uni ignorent la nature des constitutions formelles et l'interprétation qu'il convient d'en donner.

L'attitude des juges est pourtant l'un des principaux arguments avancés contre l'incorporation de la Convention européenne ou l'adoption d'un *Bill of Rights*, dans le long „ et parfois vif „ débat qui a cours dans le pays depuis que le Parlement a été saisi de la question par des projets de lois présentés à l'initiative de députés ou de membres de la Chambre des lords, en 1969, 1971, 1979 et 1984 notamment, se heurtant cependant aux hésitations, sinon à l'opposition du gouvernement[100]. En 1977, une commission du Parlement a recommandé l'incorporation de la Convention, appuyée l'année suivante par un *Select Committee* de la Chambre haute. En 1984, Lord Scarman, qui avait laissé entendre, dix ans plus tôt, que l'application de la Convention par les juges britanniques aurait facilité le règlement pacifique des griefs de la minorité catholique de l'Ulster, a obtenu que cette Chambre vote en faveur de l'incorporation de la Convention européenne et il s'en fallut de peu qu'un membre de la Chambre des communes n'obtînt en 1987 la majorité requise pour l'inscription d'un projet semblable en seconde lecture [101]. Les dirigeants des grands partis politiques, cependant, se montrent hésitants: aux yeux des Conservateurs, un tel projet entraînerait l'amoindrissement de la suprématie parlementaire au profit du pouvoir des juges, lesquels se trouveraient de la sorte mêlés malgré eux au débat politique, portant ainsi atteinte à leur indépendance et au prestige dont ils jouissent dans la société britannique; le *Labour Party*, de son côté, n'a guère confiance dans la magistrature, y voyant un bras de l'*Establishment*, rarement favorable aux droits et libertés des couches populaires[102], sans compter la possibilité de voir les juges évaluer selon leurs critères personnels les lois sociales, comme la Cour suprême des États-Unis au début du siècle et jusqu'au *New Deal*.

On s'interroge enfin, sans distinction de partis, sur la difficulté que représente pour le juge anglais l'obligation de passer de l'interprétation restrictive des *statutes* à l'application des principes énoncés en termes généraux qui caractérisent la protection des droits de l'homme. Tous ces arguments aboutissent, cependant, comme le souligne le professeur M. Zander, à témoigner aux juges de Strasbourg la confiance refusée aux magistrats britanniques[103].

Le débat sur l'opportunité d'un *Bill of Rights* a donné lieu à plusieurs efforts de rédaction. Le plus récent et complet est celui que l'*Institute for Public Policy Research* a publié en 1991, après qu'un groupe de juristes, d'universitaires, d'hommes politiques, de syndicalistes et de gens d'affaires, parmi lesquels figuraient les professeurs A. Bradley, T. Daintith, R. Dworkin et J. Jowell ainsi que Sir W. Goodhart, y eût consacré trois ans de réflexion. Le projet, intitulé *The Constitution of the United Kingdom*, comporte un chapitre sur les libertés et droits fondamentaux des personnes[104]. L'article 1er substitue la suprématie de la Constitution à la souveraineté du Parlement et rend inopérantes les lois et règles de common law qui ne seraient pas conformes aux nouvelles dispositions constitutionnelles. Certains articles particulièrement importants, dont ceux du *Bill of Rights* (articles 2 à 29), ne pourraient être modifiés qu'avec le concours des deux tiers des membres de chacune des deux Chambres[105].

Le contrôle de la constitutionnalité des lois découle tout naturellement de ces prémisses. Le pouvoir d'invalidier les lois appartient, selon le projet, aux cours supérieures; en cas d'annulation, il y aurait appel à une Cour suprême établie par la Constitution (articles 94 et 98). Les rédacteurs déclarent d'emblée que l'existence d'une constitution écrite entraîne l'attribution d'«un rôle beaucoup plus étendu au pouvoir judiciaire», mais aucun motif n'est donné dans leurs commentaires pour justifier ce choix, qui semble aller de soi; en revanche, dans la crainte de voir politiser le recrutement des juges, «à l'exemple des États-Unis», en raison des nouvelles attributions des magistrats britanniques, le projet de constitution contient des dispositions fort élaborées en vue de soustraire leur nomination à toute influence politique et de garantir leur indépendance[106].

Bien qu'il existe de nombreuses divergences entre les systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois que nous avons décrits, notamment en ce qui concerne la composition des tribunaux de dernière instance et les modes de nomination, ils s'accordent pour poser en principe que les juges sont les protecteurs ultimes des libertés et droits fondamentaux garantis par les constitutions, même à l'encontre du pouvoir législatif; il n'en irait sans doute pas autrement au Royaume-Uni si le Parlement acceptait de se soumettre à une constitution formelle. Aux États-Unis et en France, comme d'ailleurs dans l'ensemble des pays occidentaux et chez ceux qui se rattachent effectivement à leurs traditions, l'intervention de juges indépendants du pouvoir politique dans le contrôle de la constitutionnalité des lois constitue un pilier essentiel de l'État de droit.

Cet héritage institutionnel, qui paraît sorti tout droit de l'idéal platonicien, fait reposer la sauvegarde des lois et libertés fondamentales sur les épaules de quelques sages dont l'indépendance et l'impartialité sont en quelque sorte postulées. Cette indépendance, cependant, suppose l'absence la plus entière possible de contrôle de la part des institutions représentatives sur l'opinion des juges: n'entraîne-t-elle pas, par le fait même, le risque, maintes fois dénoncé, de voir les sages couler leurs options propres «dans le cadre élastique des formules constitutionnelles»[107] et substituer ainsi leur volonté à celle des institutions démocratiques? La *rule of law* deviendrait alors «*the rule of the judges*»[108]. *Quis custodiet ipsos custodes?*

II. „ LE «GOUVERNEMENT DES JUGES» ET LA DÉMOCRATIE

Le juge J. Beetz, parlant de la protection des droits de l'homme dans un régime d'inspiration britannique, du temps qu'il enseignait le droit constitutionnel, a fait du «paternalisme judiciaire» une critique que ne renieraient pas les juristes qui désapprouvent la liberté d'interprétation que confèrent aux juges les constitutions écrites énonçant les droits et libertés en termes très généraux:

[s]i on laisse les tribunaux invalider les lois du Parlement sous prétexte qu'elles sont injustes ou

immorales, si on permet aux juges de se faire les interprètes du droit naturel et de la morale ou même de règles aussi générales que celles des droits de l'homme, la suprématie de la règle de droit sur le Parlement pourra signifier, à toutes fins pratiques, la suprématie des juges sur le Parlement. Or les juges ne sont pas élus; politiquement, ils sont irresponsables. De quel droit exerceraient-ils un contrôle aux limites imprécises sur l'opinion et la volonté de ceux qui représentent l'ensemble des citoyens et qui doivent périodiquement rendre compte de leur administration à l'électorat?

De plus, laisser les tribunaux juger les lois du Parlement, fût-ce d'après des critères préétablis mais si généraux qu'on peut à peine les considérer comme du droit positif, c'est leur fournir de nouvelles occasions de rendre des jugements politiques; c'est risquer de leur faire perdre leur réputation d'impartialité et leur autorité morale indispensables à l'exercice de leurs autres fonctions judiciaires. [\[109\]](#)

Un quart de siècle plus tard, après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte canadienne des droits et libertés* [\[110\]](#), il en prend acte et se rallie à ses collègues de la Cour suprême pour donner aux libertés garanties, notamment en matière de religion et d'expression, une interprétation fort libérale [\[111\]](#). Sa description des risques que comporte la «suprématie des juges» n'en demeure pas moins exemplaire et on y reconnaît, exprimés en termes modérés, les arguments que font valoir des juristes dans plusieurs pays, sur un ton parfois beaucoup plus polémique, à l'encontre d'un contrôle juridictionnel perçu comme illégitime au regard des exigences de la démocratie.

L'une des difficultés de ce débat, d'un point de vue juridique, tient au fait qu'il dissimule derrière un vocabulaire flou, où l'on trouve des expressions comme «despotisme judiciaire», «oligarchie de la robe», «usurpation de pouvoir», «activisme abusif», «privilège aristocratique» ou, à l'opposé, «mission naturelle de juge», «rôle créateur», «interprétation fécondante», «hégémonie de la sagesse», «prétriisme du droit», etc., des choix de valeurs sociales ou culturelles liés à l'attitude de chacun devant l'évolution de la société: les principes constitutionnels et leur interprétation deviennent des enjeux de légitimité entre ceux qui voudraient freiner un mouvement qui leur paraît pernicieux et ceux qui, au contraire, pensent que le droit est en retard sur la dynamique sociale. Ces attitudes peuvent être inconscientes, mais correspondent parfois à des options philosophiques délibérées quant au sens de la liberté, à la nécessité des contraintes ou, plus fondamentalement, à la nature de l'homme. Comme le niveau du débat varie sans cesse d'un intervenant à l'autre, il n'est guère possible d'en donner un compte-rendu exhaustif; aussi ne retiendra-t-on ici que l'essentiel des thèses développées dans les trois pays étudiés jusqu'ici: États-Unis, France et Royaume-Uni. Ces trois systèmes juridiques occidentaux, en réalité si différents, permettent d'évoquer presque toute la gamme des arguments en présence.

A. , La Cour suprême des États-Unis entre conservateurs et libéraux

Une fois acquis, dans la première moitié du XIX^e siècle, le principe de l'indépendance des juges et leur pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, la question des limites de ce pouvoir devait se poser tôt ou tard. Dans ce pays qui, le premier, pratiqua le contrôle de la législation, la légitimité de la fonction judiciaire n'apportait pas de réponse toute faite à cette question, qui met en cause l'étendue des autres pouvoirs: exécutif, législatif, voire constituant. La fonction du juge dans une démocratie ne pouvait être définie que par l'expérience: celle-ci fut pénible et les crises qui se sont succédées depuis une centaine

d'années, bien que surmontées les unes après les autres, n'ont peut-être pas fini de secouer les institutions américaines, comme l'a montré en 1987 l'âpre confrontation politique qui a abouti au refus du Sénat de confirmer la nomination à la Cour suprême de R.H. Bork, sans doute l'adversaire contemporain le plus éloquent du «gouvernement des juges».

L'indépendance des juges est une condition nécessaire, mais non suffisante, de leur impartialité; l'indépendance est un état, l'impartialité, une qualité de l'esprit. Le juge a le droit d'avoir des opinions personnelles: doit-il les mettre de côté lorsque vient le moment d'interpréter la Constitution à titre d'arbitre ultime, particulièrement lorsqu'il n'est pas d'accord avec les choix économiques et sociaux du législateur, voire ceux de la population? Cette question est cruciale et les conséquences que comporte une réponse erronée sont apparues aux États-Unis dès le début de la seconde moitié du XIXe siècle, à propos de l'esclavage. Dans l'arrêt *Dred Scott* (1857), la Cour suprême, composée d'une majorité de juges provenant des États du Sud, décida que le droit d'être propriétaire d'esclaves était garanti par le Ve Amendement de la Constitution, selon lequel nul ne peut être privé «de sa vie, de sa liberté ou de ses biens, sans une procédure légale» («*without due process of law*»)[112]. Outre le fait que cette décision de la Cour allait à l'encontre du mouvement quasi universel en faveur de l'abolition de l'esclavage, interdit depuis 1807 et 1834 dans tout l'Empire britannique, elle en arrivait à constitutionnaliser le servage des Noirs en donnant de la règle du *due process of law* une interprétation très large: la propriété était protégée non seulement par une *procédure* correcte, selon le sens littéral de l'expression *due process*, mais celle-ci constituait un critère permettant d'examiner *le fond* de la législation attaquée, de sorte qu'il devenait impossible de mettre fin à l'esclavage, même en suivant une procédure destinée à indemniser les propriétaires. Cette première application de ce qu'on a appelé le «*substantive due process*» est à l'origine d'une jurisprudence qui, par la suite, permettra aux juges américains de pencher, selon les époques, tantôt du côté des droits du capital, tantôt en faveur de ceux des travailleurs, en attendant de favoriser l'élargissement des libertés individuelles, comme ce sera le cas pour le droit à l'avortement sur demande (1973)[113]. Ainsi se trouve esquissée l'accusation de «gouvernement des juges» portée contre la Cour suprême, d'abord par les «libéraux» (au sens américain du mot), ensuite par les hommes politiques et juristes conservateurs, dans un pays où le laisser faire économique et social s'étendra graduellement, surtout après la Seconde Guerre mondiale, au domaine de la moralité.

L'accusation d'usurpation de pouvoir ne fut pas lancée contre les juges immédiatement à la suite de l'affaire *Dred Scott*; la querelle inexpiable engendrée par l'arrêt entre le Nord et le Sud ne trouva cependant d'issue que dans la guerre civile (1861-1865) et l'adoption, entre 1865 et 1870, des XIIIe, XIVe et XVe Amendements, destinés à mettre fin à l'esclavage, à faire de toute personne née aux États-Unis un citoyen et à interdire la discrimination fondée sur la race en matière de suffrage. La disposition qui servira d'amorce au débat sur l'activisme judiciaire se trouve dans le premier article du XIVe Amendement, adopté en 1868: tout citoyen des États-Unis l'est également de l'État (membre) où il réside et la disposition du Ve Amendement garantissant le *due process of law* est rendue opposable à tout État, qui doit de même assurer à quiconque relève de sa compétence l'«égale protection des lois»[114].

L'histoire des États-Unis après la Guerre de Sécession est marquée par l'industrialisation croissante du pays, le laisser faire et diverses tentatives du législateur -- tantôt le Congrès, tantôt les législatures des États -- en vue d'en corriger les pires abus. Après une courte période au cours de laquelle la majorité des juges de la Cour suprême restreignit la portée du XIVe Amendement à la protection accordée aux Noirs, elle décida d'interpréter la clause *due process* à l'encontre de diverses lois sociales en raison des effets de ces mesures sur le droit de propriété, non que la "procédure" correcte n'avait pas été respectée, mais parce que l'exigence de *due process* touchait le fond même de la loi et empêchait qu'on pût restreindre la liberté contractuelle. Cette jurisprudence atteignit son point culminant en 1905, dans l'arrêt *Lochner*, qui invalida une loi de l'État de New York limitant les heures de travail dans la boulangerie. Entre-temps, la

Cour avait déclaré inconstitutionnel l'impôt fédéral sur le revenu (1895) et décidé dans *Plessis v. Ferguson* (1896) que l'égalité de protection des lois n'empêchait pas le système des écoles "séparées, mais égales" destinées aux Noirs d'être conforme à la Constitution. Dans le premier cas, il fallut modifier la Constitution par le XVI^e Amendement (1913) pour que le pouvoir du Congrès d'imposer les revenus fût pleinement reconnu et, dans le second, attendre que la Cour suprême changeât d'avis au sujet des droits scolaires des Noirs, ce qui n'advint qu'en 1954.

Faut-il s'étonner que les législateurs, les juristes imbus de progrès social et l'opinion publique aient commencé à dénoncer ouvertement, vers 1910, ce qu'ils percevaient comme un empiétement graduel, mais constant, sur les pouvoirs légitimes du Congrès, des Législatures et de leurs électeurs? Les premiers articles et ouvrages sur la question précèdent la Première Guerre mondiale: on y stigmatise le "despotisme judiciaire" et l'apparition dans le régime américain d'une nouvelle oligarchie. Les juges en sont arrivés, pense L.B. Boudin, à déclarer inconstitutionnelle toute loi qu'ils désapprouvent personnellement, quelles que soient les dispositions constitutionnelles pertinentes; la signification de la Constitution est celle que veulent bien lui donner la majorité des juges de la Cour suprême. Cela est tout à fait contraire à l'intention des constituants de Philadelphie, qui ont voulu "inscrire la doctrine de Locke" sur la séparation des pouvoirs dans la Constitution. Or, Locke reconnaissait clairement la suprématie du Parlement, au point qu'il ne pouvait exister "aucun juge sur terre" entre le législateur et le peuple: ses adeptes n'ont donc pu établir délibérément un gouvernement des juges. Et l'auteur en vient à douter de la légitimité de l'intervention du juge américain dans le contrôle de la constitutionnalité des lois. Ce n'est pas seulement l'*étendue* du contrôle qui est mise en cause, mais, en dépit du fait que Locke n'avait pu prévoir les exigences du fédéralisme, le rôle même du juge: Marshall se serait-il "couronné lui-même?".

La réaction populaire se fit sentir également dès avant la Première Guerre. Quoiqu'il soit difficile de se faire une idée de son ampleur, on sait que des projets de révocation des juges par voie de pétition soumise au suffrage universel ("*recall*"), ont vu le jour à compter de 1908 dans quelques États, l'Oregon et la Californie notamment. Le premier Roosevelt, après avoir quitté les Républicains et s'être joint au Parti progressiste, proposa durant la campagne présidentielle de 1912, non la révocation des juges, mais l'annulation par le vote populaire des arrêts des tribunaux des États; il fut cependant défait. À vrai dire, le projet avait peu de chance d'aboutir car la logique eût conduit à soumettre également les décisions de la Cour suprême à un système de référendums en série, auquel le Congrès eût sans doute hésité à se rallier; n'était-il pas plus simple, en définitive, de modifier la Constitution, malgré la lourdeur du mécanisme de modification, lorsqu'un arrêt de la Cour se révélait trop gênant pour le législateur?

La Cour suprême ne semble pas avoir été ébranlée outre mesure par cette agitation. L'appui de la profession juridique lui était acquis. Après la Guerre, elle annula la législation fédérale interdisant le travail des enfants, proposée par le président Wilson (1918 et 1922), une loi du District de Columbia sur le salaire minimum des femmes (1923) et plusieurs autres tentatives de réglementation des conditions de travail. R.A. Dahl, professeur de Science politique à l'Université Yale, a cependant montré que le Congrès et le Président avaient les moyens, à condition de faire preuve de patience, de contrer les "vetos" de la Cour suprême lorsque celle-ci faisait obstruction à des politiques importantes: ils réussirent, parfois en s'appuyant sur d'autres compétences reconnues au législateur fédéral, comme la "*commerce clause*", à déjuger la Cour, partiellement ou entièrement, dans 10 cas sur 15. Cependant, l'élection de F.D. Roosevelt à la présidence, en 1933, et l'urgence qu'il y avait de mettre en oeuvre la législation du *New Deal* allaient provoquer une crise politique majeure au sujet de l'étendue du pouvoir de la Cour suprême, bientôt suivie d'une véritable révolution dans sa jurisprudence.

En deux ans (1936-1937), la Cour invalida en tout ou en partie plusieurs lois que Roosevelt et ses

conseillers estimaient nécessaires au redressement économique du pays: *Agricultural Adjustment Act* de 1933, *Farm Bankruptcy Act* de 1934, *Railroad Retirement Act* de la même année, *Bituminous Coal Conservation Act* de 1935 et surtout *National Industrial Recovery Act* de 1933, qui reconnaissait le droit de négociation collective des travailleurs et prévoyait la rédaction de codes de "concurrence loyale" à l'intention des entreprises. Toutes ces mesures entraînaient une véritable centralisation du pouvoir législatif au profit du Congrès, que la Cour jugea excessive et incompatible avec la Constitution, dont le Xe Amendement (1791) rappelait que "les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis [...] ou qui ne sont pas refusés par elle aux États, sont conservés par ceux-ci ou par le peuple". Les tribunaux inférieurs furent autorisés de la sorte à émettre des centaines d'injonctions à l'encontre des lois du *New Deal*. Aussi le Président décida-t-il, après sa réélection triomphale, en novembre 1936, de frapper un grand coup, mais en l'enveloppant dans l'argument de la nécessité qu'il y aurait eu d'aider la Cour, dont six membres avaient plus de 70 ans, à faire face à une surcharge de travail: il annonça qu'il sollicitait du Congrès l'autorisation de nommer des juges supplémentaires dans toutes les cours fédérales où il se trouvait des juges ayant atteint cet âge et refusant de prendre leur retraite. La démarche n'était pas entièrement nouvelle puisque le président U. Grant avait déjà, en 1875, porté le nombre des juges de la Cour suprême de 7 à 9, précisément pour obtenir un changement d'attitude de sa part, mais, cette fois, le Congrès hésita devant le bouleversement proposé, qui aurait permis de porter le nombre de juges à 15 d'un seul coup, avec des conséquences imprévisibles.

Peut-être était-on attaché à la vénérable institution plus qu'il n'y paraissait, malgré ses idées fixes. Un comité du Sénat se prononça catégoriquement contre le projet de loi, lequel, à son avis, aurait laissé l'interprétation de la Constitution entre les mains des pouvoirs exécutif et législatif et constitué un précédent conduisant à "une interprétation qui varierait avec chaque changement de gouvernement". Cet échec n'empêcha pas Roosevelt de remplacer huit des neuf juges, décédés ou démissionnaires, au cours des années subséquentes; d'ailleurs, dans le mois qui suivit l'élection du Président, un juge changea de camp et la constitutionnalité du *New Deal* s'en trouva déjà confortée. Le projet de "*court packing*" parut alors moins nécessaire, peut-être même illégitime. Ainsi, sans que la Constitution ait été modifiée en aucune façon, la nouvelle Cour, usant de la liberté d'interprétation dont l'ancienne avait posé les jalons, en vint à des résultats diamétralement opposés. Dans le domaine économique, la *commerce clause* autorisa désormais ce que le *due process* avait condamné, tandis que l'inverse se produisait au plan social: par exemple, la législation réglementant le commerce du lait entre les États était désormais valide, mais la loi interdisant le travail des enfants le devenait également. Autre technique innovatrice, "l'égalité protection des lois" du XIVe Amendement, conçue à l'origine pour la protection des Noirs devant les tribunaux, allait désormais permettre l'annulation des lois que la Cour jugerait dangereuses pour les droits fondamentaux de l'ensemble des citoyens.

Si le débat entourant le *New Deal* et la centralisation fédérale en matière économique avait dramatisé le rôle du juge constitutionnel, le ton ne pouvait que monter encore d'un cran lorsque les problèmes de ségrégation raciale refirent surface, après la Seconde Guerre mondiale, et que, dans les années soixante-dix, la Cour fut appelée à trancher la question du droit à l'avortement.

La Cour présidée par le *Chief Justice* E. Warren de 1953 à 1969 est sans doute celle qui aura été accusée le plus ouvertement d'usurpation judiciaire pour avoir imposé un bouleversement des comportements sociaux et des mœurs politiques par une interprétation très libre et libérale de la Constitution. On ne retiendra ici que deux exemples majeurs: les arrêts *Brown v. Board of Education*, portant sur la ségrégation scolaire (1954) et *Reynolds v. Sims* sur la représentation électorale dans les États (1964).

La ségrégation raciale dans les écoles publiques, fondée sur la doctrine "*separate-but-equal*" avait

conduit depuis longtemps à des inégalités flagrantes dans plusieurs États de l'Union, mais ce n'est qu'en 1954 que la règle posée plus d'un demi-siècle auparavant dans *Plessis v. Ferguson* fut cassée, à l'unanimité. La Cour choisit pour ce faire de s'appuyer avant tout sur des études psychologiques et sociales démontrant que la ségrégation scolaire engendrait chez les jeunes Noirs un sentiment d'infériorité quant à leur place dans la société, sentiment qui pouvait avoir des effets probablement irréversibles dans leur esprit et leur cœur, plutôt que d'asseoir clairement sa décision sur un principe énoncé dans la Constitution, par exemple l'égalité devant la loi (XIV^e Amendement). Peut-être ce choix était-il dicté par le fait que dans un arrêt rendu au même moment à l'encontre de la ségrégation dans les écoles de la capitale fédérale, la Cour ne pouvait invoquer cet Amendement, applicable seulement aux États, sans aboutir à des résultats opposés. Quoi qu'il en soit, aux yeux de plusieurs, cette façon "morale" d'aborder les problèmes constitutionnels rendait la Cour vulnérable à l'accusation de s'être substituée au législateur, et même au constituant. Elle dut alors affronter un véritable barrage de critiques, tant au Congrès que de la part de quelques législatures du Sud, lesquelles, retournant à une vieille doctrine antérieure à la Guerre de Sécession, affirmèrent par résolution leur pouvoir "d'interposer" leur propre interprétation de la Constitution et d'empêcher de la sorte que l'arrêt de la Cour suprême leur fût opposable. Pour faire bonne mesure, l'Assemblée de la Georgie demanda la destitution (*impeachment*) des juges Warren, Black, Reed, Frankfurter, Douglas et Clark pour avoir "tenté de subvertir la Constitution". Ces attaques ne pouvaient cependant ébranler sérieusement la haute institution judiciaire, d'abord parce que le système politique tout entier en eût subi le contrecoup, ensuite parce que sans cette "usurpation" de la Cour suprême, la classe politique elle-même eût eu à assumer ses responsabilités; en outre, que l'arrêt *Brown* ait été ou non fondé sur un principe consacré par la Constitution, la suite allait démontrer qu'il était conforme à l'état d'esprit de la majorité des citoyens. Mais ces faits peuvent-ils légitimer le "gouvernement des juges"?

L'égalitarisme qui sous-tend de nombreuses décisions de la "Cour Warren" allait derechef mettre à rude épreuve la patience des membres des législatures d'États et même l'équanimité du législateur fédéral lorsqu'elle décida, quelques années plus tard, dans les "*reapportionment cases*", que le principe "un homme, un vote" s'imposait aux deux Chambres des États, en vertu de l'égale protection des lois garantie par le XIV^e Amendement. La Cour pénétrait ainsi dans les chasses gardées de la classe politique et intervenait jusque dans le découpage des circonscriptions électorales, lié de près aux moeurs politiques. Cette fois, on se mobilisa dans les deux Chambres fédérales en vue d'obtenir l'annulation de cette jurisprudence "peu favorable à la tranquillité d'esprit de ceux qui, au Congrès ou dans les Assemblées des États, s'étaient habitués à la pérennité de leur siège".

Outre la destitution des juges, à laquelle le Sénat ne pouvait se résoudre, deux moyens d'action s'offraient au législateur, le premier, indirect et le second, direct. Comme la Constitution autorise le Congrès à modifier la compétence des tribunaux fédéraux, on pouvait la leur retirer en matière de découpage électoral; ou pourquoi ne pas modifier la Constitution, comme on l'avait fait autrefois au sujet de l'impôt sur le revenu, pour neutraliser la jurisprudence de la Cour?

À la Chambre des Représentants, une majorité conservatrice se dégagea, déterminée à priver les tribunaux de leur droit de regard sur les circonscriptions électorales, mais le Sénat, une fois de plus, hésita devant les perspectives qu'ouvrait ce précédent, qui revenait à suspendre l'application des arrêts de la Cour, et proposa de s'en tenir à une résolution exprimant solennellement le dissentiment du Congrès, compromis que les Représentants ne voulurent pas accepter. On s'orienta alors vers la modification de la Constitution, procédé plus direct et parfaitement conforme à celle-ci, même si l'objectif poursuivi paraissait douteux. S'ensuivit une bataille homérique entre défenseurs et adversaires du contrôle judiciaire, dans laquelle les *Law Schools* notamment intervinrent en faveur de la Cour suprême, et qui dura quelques années. Peu s'en fallut -- sept voix -- que l'amendement ne recueillit la majorité des deux

tiers au Sénat, après quoi on tenta d'obtenir que la majorité requise des États demandât la convocation de la convention de modification prévue à l'article V de la Constitution. Cette majorité fut presque atteinte en avril 1969, mais les difficultés juridiques s'accumulaient: les Assemblées dont le mode de scrutin avait été annulé par la Cour suprême étaient-elles habilitées à prendre une telle décision? Le Congrès était-il tenu de donner suite à ces pétitions? Sans doute l'échec final de cette tentative fut-il dû, cependant, à un facteur non juridique, mais non moins fondamental en démocratie: les trois cinquièmes des citoyens se montraient favorables à la réforme du scrutin et des circonscriptions électorales.

La légitimité du comportement de la Cour suprême sortait-elle de ces événements affaiblie ou renforcée? Chose certaine, le haut tribunal, contrairement à son prédécesseur contemporain du *New Deal*, ne modifia pas la jurisprudence qui avait suscité tant d'opposition dans la classe politique; toutefois, certains observateurs ont cru déceler un certain fléchissement dans les tendances "législatrices" de la Cour sous la présidence du *Chief Justice* W. Burger, de 1969 à 1977, période au cours de laquelle cinq juges nouveaux furent nommés, dont quatre par le président R. Nixon, et surtout depuis que le juge W.H. Rehnquist a succédé au juge Burger.

De nombreuses décisions de la Cour ont accentué des phénomènes apparus depuis quelques années: vastes débats dans le public et la presse autour de chaque arrêt important, manifestations des groupes de pression, défilés dans la capitale, dont plusieurs se terminent devant ... la Cour suprême. La raison en est que les juges sont maintenant aux prises avec des questions de morale sociale ou personnelle qui jettent dans les plateaux de la balance judiciaire les contraintes de la loi et les libertés garanties par la Constitution. Ne retenons ici que la jurisprudence sur le droit à l'intimité ou au respect de la vie privée ("*right of privacy*"), sans doute celle qui lui a valu les accusations les plus indignées de "*judicial lawmaking*" et d'abus de pouvoir. Cette jurisprudence va de *Griswold v. Connecticut* (1965), arrêt de la Cour Warren sur les contraceptifs, à *Bowers v. Hardwick* (1986) portant sur la sodomie homosexuelle, en passant par *Roe v. Wade* (1973), sur l'avortement.

L'arrêt *Griswold* avait déclaré inconstitutionnelle une vieille loi du Connecticut interdisant l'usage (non la vente) des contraceptifs; jamais appliquée, elle fut néanmoins portée devant la Cour suprême par un groupe de professeurs de droit et d'avocats qui avaient réussi à convaincre l'État de mettre à l'amende deux médecins ayant donné des conseils sur le contrôle des naissances. Le juge Douglas, au nom de la majorité, estima qu'il y avait là risque de voir la police perquisitionner les "chambres à coucher des gens mariés", ce qui, sans être directement contraire à la Constitution, qui ne dit mot là-dessus, lui paraissait aller à l'encontre d'un "droit à l'intimité plus vieux que le *Bill of Rights*". Les I^{er}, III^e, IV^e et V^e Amendements en particulier étaient, à son avis, entourés d'une "pénombre formée par des émanations des droits garantis, qui leur donnent vie et substance". Il est intéressant de noter qu'ailleurs dans l'arrêt, le juge éprouvait le besoin de déclarer que la Cour "ne siégeait pas à titre de superlégislature qui déciderait de la sagesse [...] et de l'opportunité des lois touchant [...] les questions sociales".

Ce *right of privacy* a acquis depuis lors une sorte de vie autonome. Dans *Eisenstadt v. Baird* (1972), la Cour l'étendit à la vente ("*distribution*") des contraceptifs aux célibataires la garantie de l'égalité protection des lois du XIV^e Amendement, empêchant qu'on pût établir une distinction entre eux et les couples mariés. Puis vint *Roe v. Wade*, où une majorité de sept juges, s'appuyant sur ces précédents, déclara qu'il existait un droit à l'avortement protégé par la Constitution. Le droit à la vie privée n'est pas mentionné explicitement dans la Constitution, déclare le juge Blackmun, mais la Cour a reconnu ce droit dans certains cas où les libertés personnelles peuvent être considérées comme "fondamentales" ou "implicites". Le droit à l'intimité était "suffisamment large" pour que l'on pût passer de la contraception à l'avortement, du moins au cours du premier trimestre de la grossesse, où la décision relevait entièrement de la femme concernée et de l'avis de son médecin. Dans sa dissidence, le juge White a estimé que la

Cour créait ainsi de toutes pièces un "nouveau droit constitutionnalisé": c'était là, selon lui, exercer son pouvoir de contrôle de façon "imprévoyante et extravagante".

Jusqu'où s'étend la liberté personnelle protégée par la notion de "*privacy*"? C'est à la Cour présidée par le *Chief Justice* Rehnquist qu'il échet, dans les années quatre-vingts, d'indiquer quelques limites. Dans un arrêt de 1986, la Cour, par cinq voix contre quatre, décide qu'une loi de la Georgie faisant de la sodomie un acte criminel était valide: la Constitution ne conférait pas le droit de s'adonner à cette pratique, bien que la Cour d'appel, se fondant sur les précédents du "*right of privacy*", ait affirmé le contraire. Il faut distinguer, estime le juge White (minoritaire dans l'arrêt *Roe*), les droits liés au mariage, à la procréation, à la contraception et à l'avortement des cas de sodomie homosexuelle; et il ajoute que certains droits reconnus par la Cour dans le passé "*have little or no textual support in the constitutional language*", mais qu'elle s'était efforcée, tout en s'assurant qu'elle n'imposait pas ses propres valeurs au législateur, d'identifier "la nature des droits propres à justifier une protection judiciaire plus étendue". La Cour, écrit White, devient très vulnérable et frôle de plus près l'illégitimité ("*comes nearest to illegitimity*") lorsqu'elle applique un droit constitutionnel conçu par les juges ("*judge-made*") et n'ayant que peu ou pas de racines identifiées dans le dessein des constituants. Le juge Blackmun, pour ses collègues dissidents, estime au contraire que la notion de *privacy* implique "qu'une personne s'appartient à elle-même et non aux autres ou à la société en général" et que la Cour doit protéger le choix moral des individus.

Dans un arrêt récent (1989), la Cour a décidé, à nouveau par cinq voix contre quatre, qu'une loi du Missouri exigeant que le médecin qui pratique un avortement établisse auparavant la viabilité du fœtus, lorsque sa patiente est enceinte depuis vingt semaines ou plus, est valide. Si cette décision, dont le moins qu'on puisse dire était qu'elle nuance l'arrêt *Roe*, ne met pas fin à la lutte entre les tenants du droit à l'avortement sur demande et le mouvement pro-vie, elle paraît marquer une pose dans "l'activisme" que divers milieux reprochent à la Cour.

L'accusation d'illégitimité retentit parfois au sein de la Cour elle-même, lancée d'ordinaire par les juges minoritaires, qui estiment que la majorité se substitue trop volontiers au législateur. Dans l'arrêt de 1986 sur la sodomie, c'est la majorité elle-même qui se met en garde contre la tentation de constitutionnaliser ses propres choix d'ordre moral lorsque la Constitution est silencieuse. Force est de constater, cependant, qu'avec des hauts et des bas, la tendance de la Cour à interpréter très librement la Constitution est maintenant plus que centenaire et que, selon l'idée énoncée en 1937 dans l'arrêt *Palco*, certaines libertés fondamentales sont dignes de protection, malgré qu'on ne puisse strictement les trouver dans la Constitution, parce qu'elles sont "implicites dans la notion de liberté ordonnée" ou que, selon un arrêt de 1977, la Cour doit protéger les libertés qui sont "profondément enracinées dans l'histoire et les traditions de ce pays".

Sans doute l'activisme de la Cour est-il susceptible de degrés: un même juge peut changer d'attitude d'une affaire à l'autre, selon qu'il estime justifiée l'interprétation de ses confrères ou, au contraire, aventurée trop loin du texte constitutionnel. Le juge F. Frankfurter, nommé par le président Roosevelt, en fut un bon exemple: il était partisan de la doctrine des "*broad standards*", c'est-à-dire de critères d'interprétation larges et ouverts des normes constitutionnelles, souvent énoncées par des "mots caméléons" et des "dispositions dignes de l'Oracle de Delphes" tels que *due process of law* et *equal protection of the laws*, lesquels permettaient, selon lui, de brider les réactions excessives du législateur aux pressions engendrées par le changement économique et social; on lui attribuait même, du temps qu'il enseignait le droit constitutionnel, la paternité de l'aphorisme selon lequel "la Cour suprême est la Constitution". Cependant, le juge s'empresse d'ajouter qu'il faut constamment garder à l'esprit le fait que le contrôle judiciaire est un moyen délibéré de tenir en échec le pouvoir démocratique par le biais d'un

organe soustrait au contrôle populaire: c'est donc le devoir des juges de ne pas fonder leur jugement sur leurs convictions personnelles, quelque profondes qu'elles soient; "si les juges veulent être les principaux définisseurs de politiques, leur place est à la législature". Dissident dans *National Insurance Co. v. Tidewater Co.*, (1944), il va jusqu'à écrire que la Cour ne doit pas interpréter la norme du *due process* "de telle manière qu'elle confère au tribunal un pouvoir législatif sans contrainte".

Le juge Frankfurter avait bénéficié d'une longue expérience judiciaire. Ce n'est pas toujours le cas des théoriciens qui se sont penchés sur la nature et l'étendue du pouvoir judiciaire américain en matière constitutionnelle. On peut, en simplifiant les choses, les classer en deux écoles: la première favorise une interprétation évolutive, voire "révisionniste" de la Constitution, laquelle doit être adaptée par la Cour aux transformations incessantes de la société; la seconde s'oppose à toute liberté d'interprétation et soutient que le juge doit au contraire retourner à l'intention première ("*original understanding*") du constituant ou, en tout cas, s'en éloigner le moins possible, afin d'éviter de constitutionnaliser ses propres choix de société.

Parmi les tenants de la première école, on doit distinguer les adeptes du libéralisme économique et social de ceux qui souhaitent l'intervention accrue de l'État (et des juges) ainsi que de ceux qui étendraient la protection de la Constitution à la liberté des mœurs. A.S. Miller, par exemple, presse la Cour de faire preuve de plus d'activisme car on ne peut espérer que la Constitution soit modifiée pour résoudre les immenses problèmes d'une société dont le système politique est en plein désarroi et qui doit faire face à une économie passée de l'abondance à la pénurie. Les institutions démocratiques sont bien incapables, selon lui, de former un nouveau projet constitutionnel fondé sur la dignité humaine et la réforme économique. Les juges doivent tendre à former un Conseil de Sages (*Council of Elders*) et ne pas craindre d'intervenir dans le processus politique: la Cour ne s'est-elle pas habituée à "commander" depuis qu'elle s'est emparée de ce pouvoir dans *Marbury v. Madison*? Après s'être laissée influencer par les idées d'Adam Smith au gré des préférences personnelles de ses membres et au profit des classes fortunées, elle doit désormais intervenir vigoureusement en vue de forger une nouvelle doctrine, qui réponde mieux aux problèmes actuels que "le Document de 1787".

À l'opposé, les avocats de la liberté économique se demandent pourquoi la Cour suprême n'étend pas son laisser faire moral, tel qu'il ressort de ses arrêts sur la contraception ou l'avortement, à l'économie; si ces arrêts sont bien fondés, pourquoi la Cour s'est-elle déjugée au sujet du *New Deal*, particulièrement à l'égard des heures de travail et du salaire minimum? Après tout, ces arrêts reposent sur des interprétations très libres du XIV^e Amendement: la Constitution ne contient aucune indication sur le salaire minimum ou l'avortement et la Cour n'a pas à les traiter différemment. En d'autres termes, la grande liberté d'interprétation dont jouit le juge doit s'appliquer "jusqu'au bout". Et, ajoute-t-on, puisque le Ve Amendement interdit à l'État fédéral de s'emparer de la propriété privée sans une juste indemnité, la Cour ne pourrait-elle réexaminer la validité des lois qui tendent à redistribuer les revenus, y compris l'aide sociale?

Depuis quelques années, certains tenants de l'école libérale mettent l'accent sur l'égalité des individus et en même temps que la liberté dans le domaine moral. Le professeur L. Tribe, de l'Université Harvard, en est depuis quelques années le porte-parole le plus en vue: selon lui, les juges sont mieux placés que le législateur pour prendre le pouls du pays car la démocratie représentative ne reflète pas nécessairement les "préférences individuelles" des citoyens. Ayant ainsi disposé de l'argument qui veut que le gouvernement des juges comporte un risque pour la démocratie, l'auteur pense qu'il convient de donner une interprétation très large des principes constitutionnels tels que l'égal protection des lois (XIV^e Amendement) ou l'interdiction de l'esclavage et de la servitude volontaire (XIII^e Amendement), dont on peut tirer aujourd'hui un "principe d'antisujétion" ("*antisubjugation principle*") applicable à l'ensemble

de la vie sociale et "propre à abattre les systèmes de subordination créés ou renforcés par le droit". C'est ainsi que l'arrêt *Roe v. Wade* ne porte pas seulement sur l'avortement, mais plus fondamentalement sur l'assujettissement des femmes aux hommes "par l'exploitation de la grossesse" car la société, dominée par ceux-ci, s'est donnée "le pouvoir de condamner les femmes à mettre au monde des enfants contre leur volonté". Si la Cour venait à faire marche arrière sur ce point, écrit Tribe, on courrait le risque de voir certains États de l'Union piétiner les droits des femmes ou "les sacrifier aux droits des enfants à naître"; de toutes les solutions, faire confiance aux législatures est "la moins légitime". Le même raisonnement s'applique aux autres choix d'ordre moral: qu'il s'agisse de l'usage de la marijuana et autres "substances psychoactives" ou de la pornographie, même dans ses formes obscènes, la Cour doit faire preuve d'"ouverture d'esprit" dans son interprétation de la Constitution; dans l'affaire de la sodomie, elle n'a pas rempli correctement son rôle, estime Tribe.

La seconde école de pensée s'oppose à cette façon d'introniser le juge dans une fonction de législateur et de constituant: elle est celle du retour aux sources, à l'intention première de ceux qui ont rédigé la Constitution et ses amendements. Ce courant est plus ancien que le premier, mais il s'est accentué depuis quelques années, en réaction contre les thèses que nous venons de décrire. Pour le professeur R. Berger, écrivant à l'époque de l'activisme judiciaire, les politiques doivent être établies par le législateur et les problèmes sociaux, si pressants soient-ils, ne relèvent pas du pouvoir judiciaire. L'intention du constituant était sans doute, à l'origine, que le juge exerçât un contrôle de la constitutionnalité, puisqu'il ne saurait appliquer que les lois adoptées en conformité avec ("*in pursuance of*") la Constitution, mais cette règle, qui fonde son pouvoir, limite du même coup sa liberté d'interprétation. Berger déplore l'attitude des juges qui, tels Holmes et Hughes, ont développé la doctrine selon laquelle les constituants n'avaient pu tout prévoir: destinée à durer "*for ages to come*", la Constitution devait donc, selon eux, être adaptée aux circonstances nouvelles. Il s'en prend tout particulièrement aux universitaires comme L. Levy, pour qui les mots n'ont pas de sens fixe, ce qui rend très difficile la découverte de l'intention "subjective" des constituants, ou T. Grey, qui écrit qu'il existe des idéaux non écrits, un droit naturel que les juges devraient appliquer en vue d'atteindre un résultat politiquement souhaitable, en l'occurrence la libération sexuelle. Berger estime que ces théories sont erronées: la Constitution est effectivement faite pour durer et c'est pourquoi les fondateurs ont prévu un mode de modification auquel on doit avoir recours lorsqu'il faut adapter les normes du passé aux problèmes du présent.

Au cours des dernières années, l'adversaire le plus résolu et le plus actif du gouvernement des juges a été le juge R.H. Bork. Ses écrits lui ont valu de se trouver au centre de la controverse doctrinale et politique qui a abouti au refus du Sénat de confirmer sa nomination à la Cour suprême. Pour lui, de nombreux juges et une partie importante des professeurs de droit, sous l'influence des idées ultra-libérales et de la culture "*politically correct*", s'emploient à subvertir les fondements mêmes du droit constitutionnel en lui substituant de nouveaux objectifs de transformation de la société, qu'on s'efforce de mettre en oeuvre en interprétant la Constitution, non plus selon ses dispositions, mais en fonction du résultat à atteindre. La Cour est ainsi devenue le théâtre d'une sorte de "guerre culturelle" où s'affrontent conservateurs et libéraux. Ceux-ci ont tour à tour dominé la Cour, la mettant tantôt au service de la propriété ou de l'entreprise privée, tantôt au service des idées libérales ou ultra-libérales. Or, dans une démocratie, le contenu moral de la loi doit être déterminé par le législateur, qui doit concilier des points de vue souvent opposés, ou par le constituant; le sens moral des juges leur commande de renoncer à ce pouvoir.

Dans l'ouvrage qu'il a publié en 1990, deux ans après l'échec de sa candidature devant le Sénat, et qui fait l'objet depuis lors d'un débat général dans les revues juridiques américaines, Bork renvoie dos à dos conservateurs et libéraux qui, de l'arrêt *Dred Scott* à *Roe v. Wade*, ont contribué à éloigner le droit constitutionnel de la Constitution telle que les fondateurs l'avaient pensée. Ces deux "révisionnismes" ont fait appel à la Cour pour obtenir gain de cause sans avoir à affronter l'électorat ni à persuader la

majorité de la nécessité de modifier la Constitution dans le sens des valeurs qu'ils tentent d'imposer. Les juges sont ainsi appelés à se substituer au législateur fédéral ou à ceux des États, lorsque ceux-ci sont divisés au sujet d'une importante question d'ordre moral ou social. Ce faisant, ajoute l'auteur, on invite les juges à donner libre cours à leurs propres opinions politiques et morales aux dépens de l'intention des constituants. C'est ainsi que des garanties du XIV^e Amendement en matière de procédure, on est passé au *substantive due process* et, de là, à la solution politiquement correcte, particulièrement à l'époque du *Chief Justice* Warren. En fin de compte, voilà les États-Unis gouvernés "par un comité de juristes non élus, non représentatifs, non responsables [devant le peuple], n'appliquant d'autre volonté que la leur"; lorsque la Cour s'érige ainsi en gardien de la conscience de la nation, écrit Bork, "il n'y a plus de droit".

À ses yeux, le retour à l'intention première du Constituant s'impose donc, non pas l'intention "subjective" des rédacteurs, mais celle qui ressort objectivement des mots employés et des débats qui ont entouré la rédaction des textes, tels que le public les aurait compris à l'époque. C'est, selon Bork, la méthode habituelle d'interprétation des lois et il se demande pourquoi il en irait autrement pour la Constitution. Il reconnaît néanmoins que celle-ci n'est pas une loi ordinaire et ne doit pas être interprétée de façon étroite ou légaliste: non seulement le juge doit-il, à l'occasion, remplir les "interstices" de la Constitution, mais il n'est pas exclu qu'il crée du droit nouveau, à condition de partir des valeurs et principes contenus dans le texte constitutionnel, dont la portée et les "contours" sont parfois imprécis. Par exemple, le principe interdisant toute perquisition déraisonnable (IV^e Amendement) peut être appliqué à la surveillance électronique; la liberté de la presse (I^{er} Amendement) conserve toute sa pertinence dans les domaines de la radio et de la télévision. Le juge ne doit donc pas hésiter à appliquer des principes anciens à des circonstances nouvelles: Bork appuie l'arrêt *Brown v. Board of Education* parce qu'il était devenu évident que la ségrégation raciale était incompatible avec "l'égle protection des lois" décrétée par le XIV^e Amendement. En revanche, lui paraît inacceptable l'invention de principes qui ne se trouvent pas dans la Constitution, comme le "droit à l'intimité", dont on déduit ensuite un droit constitutionnel à l'avortement, puis, selon une doctrine dont on a traité ci-dessus, un droit de pratiquer la sodomie ou la prostitution, de faire usage de stupéfiants, etc. Les circonstances sociales ont sans doute changé, mais le juge n'est pas pour autant autorisé à énoncer de nouvelles valeurs fondamentales; cette tâche revient au législateur ou au constituant. Si l'on n'est pas capable, écrit-il, de distinguer le moment où l'on passe de l'adaptation d'un principe existant à la création de valeurs nouvelles, on ne devrait pas aspirer à être juge ou à enseigner le droit. Cette diatribe, Bork en est conscient, n'influencera guère les auteurs qui favorisent la création *ex nihilo* par la Cour de principes constitutionnels destinés à suivre l'évolution des mœurs, mais c'est là usurper la fonction législative, ajoute-t-il, et permettre au juge non seulement d'étendre le *Bill of Rights*, mais éventuellement, au gré des idées "correctes" du moment, de le rogner ou paralyser.

La Constitution peut être "vivante", mais lorsqu'elle est silencieuse, écrit Bork, l'intention des constituants ne pouvait être de limiter le législateur ou le peuple dans leurs choix. Le juge américain se trouve alors dans la position du juge anglais: il doit appliquer la loi, il n'a pas le pouvoir de l'annuler. Nombre de problèmes de société échappent donc au juge car le constituant de 1787 a voulu conserver intact le régime démocratique, sauf dans les cas, importants mais rares, où il a placé certains droits hors de portée des majorités. Telle est pour Bork "l'orthodoxie constitutionnelle" américaine.

Doit-on revenir sur le passé et redresser la jurisprudence des dernières décennies? Sur ce point, l'auteur se montre d'une grande prudence: certaines erreurs d'interprétation sont pour ainsi dire incrustées dans la vie nationale et depuis longtemps acceptées -- légitimées, en somme --, comme c'est le cas de la législation du *New Deal*. Cependant, ce pragmatisme a ses limites et ne doit pas s'étendre à des arrêts qui ont rencontré l'opposition de larges secteurs de l'opinion publique, sinon de la majorité, comme les

arrêts *Lochner* et *Roe v. Wade*. Il n'est jamais trop tard pour sauvegarder le dessein constitutionnel d'origine dans toute la mesure du possible et repenser le choix entre la démocratie représentative et une "oligarchie judiciaire autoritaire".

Ayant défendu ces idées avec persistance depuis une vingtaine d'années, Bork, juge fédéral, est devenu le porte-parole le plus en vue de tous ceux qui, aux États-Unis, s'inquiètent de l'évolution de la Cour suprême. Aussi sa nomination à la Cour par le président Reagan, en 1987, a-t-elle déchaîné les passions politiques pendant plusieurs mois, tant dans la presse et l'opinion que dans un Sénat dominé par les Démocrates. Le sénateur E. Kennedy, par exemple, déclara que Bork avait démontré son opposition au rôle des tribunaux dans la protection des libertés individuelles et "son hostilité à l'État de droit"; un sénateur républicain demanda à être convaincu "au-delà de tout doute raisonnable" que Bork, s'il accédait à la Cour suprême, ne voterait pas pour renverser l'arrêt *Roe v. Wade*. Il n'est jusqu'au professeur Tribe qui ne soit venu déclarer devant le Comité sénatorial que l'interprétation particulièrement étroite et radicale donnée de la Constitution par le candidat Bork allait à l'encontre d'une tradition vieille de deux siècles et que son accession à la Cour "pourrait entraîner le chaos". La nomination n'obtint que 42 voix favorables; 58 sénateurs la refusèrent, mettant ainsi fin au débat le plus âpre qui ait jamais marqué la confirmation d'un juge de la Cour suprême.

La question du gouvernement des juges demeure donc ouverte aux États-Unis; elle est, semble-t-il, de plus en plus politisée parce que la Cour exerce, aux yeux de certains de ses partisans comme d'ailleurs de l'avis de plusieurs qui contestent sa jurisprudence, un véritable "pouvoir". Avant de discuter la légitimité de ce pouvoir, il convient d'examiner la situation qui prévaut en France et en Grande-Bretagne.

B. " Le Conseil constitutionnel et le "gouvernement des juges"

En France, le risque de voir le juge se substituer au législateur ou au constituant a été étudié et débattu dans la doctrine bien avant que la Constitution de 1958 n'établisse le Conseil constitutionnel. À l'époque où Hauriou et Duguit concluaient à la nécessité du contrôle de constitutionnalité et se tournaient vers l'expérience américaine, le professeur É. Lambert, pionnier du droit comparé, consacra au "gouvernement des juges", en 1921, un ouvrage dont l'influence fut considérable. L'auteur y cherche les fondements de la singulière différence dont il constate l'existence entre les systèmes américain et français au sujet de la place de la loi dans l'ordonnement juridique: loi souveraine en France, loi contrôlée et "humiliée" aux États-Unis. Alors que la tradition didactique des facultés françaises donne priorité à la loi, la méthode inductive (*case method*), répandue aux États-Unis sous l'influence de la *Harvard Law School*, présente les décisions judiciaires comme les seuls matériaux "qui soient dignes de vénération et d'étude". Cette méthode et divers autres facteurs, dont la dévaluation de l'autonomie législative des États membres dans un pays éprouvant un grand besoin d'unité d'action, ont entraîné depuis les années 1880, à son avis, une "rupture d'équilibre" au profit du pouvoir judiciaire, dont l'attitude, au dire d'un auteur américain, ne serait pas sans rappeler le pouvoir que les parlements français de l'Ancien Régime prétendaient tirer de leur droit de vérification et d'enregistrement des ordonnances, argument certes propre à émouvoir un juriste français.

Le XIV^e Amendement a été l'instrument dont les juges se sont servis pour établir leur "tutelle" sur les législateurs des États membres. Paradoxalement, constate Lambert, l'égalité protection des lois n'a pas empêché la ségrégation scolaire tandis que le *due process of law* est devenu, grâce à la Cour suprême, la *Magna Carta* des droits acquis ou des situations établies contre les empiétements des législatures. Il lui paraît scandaleux que les juges, se fondant ainsi sur leurs propres notions de justice et d'équité, aient choisi de lutter contre les lois ouvrières et industrielles, retardant pendant de longues années la pénétration en Amérique de réformes instaurées dans plusieurs pays européens avant la fin du XIX^e

siècle. Et l'auteur de décrire l'agitation populaire des années 1910-1920 en faveur de l'annulation des arrêts jugés inacceptables ou de la révocation des juges au suffrage universel, ainsi que les pressions exercées par le Sénat sur le Président pour qu'il nomme à la Cour suprême des candidats favorables aux politiques du Congrès, toutes formes de politisation de la fonction juridictionnelle qui n'ont sans doute pu aboutir, estime-t-il, qu'en raison de l'action modératrice du juge Holmes sur la jurisprudence de la Cour.

Deux aspects peu connus en France de l'évolution de la jurisprudence américaine sont portés à l'attention des juristes par le professeur Lambert, qui y voit des instruments de l'expansion pour ainsi dire illimitée de "l'hégémonie judiciaire". Tout d'abord, la Cour suprême dispose de la technique de "*construction*" des lois, qui lui permet de substituer à la déclaration d'inconstitutionnalité une interprétation restrictive de la loi, sorte de glose "souvent déformatrice", et de disposer ainsi d'un "instrument de révision judiciaire" des lois: c'est ainsi que la législation contre les *trusts* a été, à cette époque, abrogée à toutes fins utiles et même retournée contre les coalitions du travail par la Cour, la plus conservatrice des trois "branches" du gouvernement. En second lieu, le comparatiste croit déceler dans l'attitude des juges une évolution tendant au contrôle de la constitutionnalité des modifications à la Constitution, de sorte que la Cour serait en mesure, le cas échéant, de faire obstacle à toute tentative du Congrès et des États de restreindre son pouvoir. Cette tendance est soutenue par certains juristes américains à l'encontre de toute mesure qui, sous prétexte de révision, tendrait en réalité "à détruire l'une des bases de la Constitution" et Lambert estime qu'elle est en parfaite harmonie "avec le génie du gouvernement par le judiciaire". Certes, la Cour n'a pas encore franchi clairement ce pas, admet l'auteur, mais elle n'a rien dit, notamment à l'occasion de la contestation du XVIII^e Amendement (sur la prohibition de la vente des alcools), qui pût préjuger son opinion sur la question. Ainsi serait rendu inexpugnable le pouvoir d'une "aristocratie judiciaire" habituée de longue date aux plus hautes responsabilités sociales et ne pouvant se résoudre à envisager l'hypothèse de la révision de son droit de veto judiciaire ou de ses "prérogatives politiques".

En France, pense Lambert, pareil système pourrait séduire ceux qui défendent une conception individualiste du droit, déjà présente dans les codes, et verraient là un moyen de ligoter solidement le législateur; au contraire, la nécessité des réformes économiques conduirait à ne pas confier le "réglage" social à ceux qui, par profession, "sont les moins portés à tolérer les innovations". Il serait vain, cependant, conclut-il, de penser que la fermeture automatique de toutes les voies constitutionnelles que les adversaires de l'hégémonie judiciaire pourraient songer à emprunter, soit vraiment une garantie de stabilité pour un tel gouvernement; les risques politiques de "pareille aventure" ne sauraient échapper, selon lui, des juristes français. En effet, le contrôle de constitutionnalité exercé par les tribunaux des États-Unis s'est révélé tenace: une fois qu'il s'est insinué dans les institutions, on ne saurait ni maintenir le juge dans un rôle limité, ni l'en extirper par des voies pacifiques et constitutionnelles.

Il greffe sur l'antique constitution populaire une constitution judiciaire plus neuve et plus vivante, qui peu à peu recouvre et étouffe sous ses frondaisons luxuriantes l'oeuvre primitive des constituants [...]. [L]'interprétation judiciaire prend une telle liberté d'allures qu'elle comporte un véritable pouvoir de destruction et de reconstruction.

Aux yeux de Lambert, les prétentions des juges américains ont donc érigé les cours de justice "en arbitres suprêmes de la politique économique et sociale" du législateur américain. Anticipant la crise du *New Deal*, il prévoit que les adversaires de ce système de gouvernement ne pourront le détrôner, du moins sans sortir des voies constitutionnelles, "qu'en se glissant dans la place forte" ou en obtenant des juges qui l'occupent qu'ils veuillent bien changer d'attitude. Perspectives de toute évidence incompatibles avec la tradition française, l'introduction d'un veto judiciaire à l'encontre de la législation sociale

apparaissant au monde ouvrier comme un geste de défi, qui "risquerait d'entraîner de [sa] part des réactions [...] pas aussi pacifiques que l'a été l'agitation américaine pour le *recall*".

L'influence de l'ouvrage de Lambert sur la doctrine des constitutionnalistes français a été profonde et durable: depuis 1921 et récemment encore, on ne trouve guère d'auteur qui ne s'y réfère, généralement pour expliquer l'exclusion du modèle américain de jugement de constitutionnalité. Cependant, si notre auteur indique quelques palliatifs aux inconvénients de ce système du point de vue américain, notamment par le développement de la justice administrative, il ne dit rien de ce que pourrait être un contrôle de constitutionnalité à la française. L'inspiration sur ce point allait plutôt venir de la tradition européenne, telle que renouvelée au plan constitutionnel par l'apport remarquable de Hans Kelsen.

"Au commencement était Kelsen", écrit le professeur L. Favoreu. L'auteur de la *Théorie pure du droit* est en effet à l'origine de la création de la Cour constitutionnelle d'Autriche, établie pour la première fois en 1920, qui a servi de modèle à la justice constitutionnelle de plusieurs États européens, surtout après la Seconde Guerre mondiale. Or, l'idée kelsénienne d'une juridiction spéciale, appelée à trancher exclusivement les litiges constitutionnels, a pour but non seulement d'assurer la protection de la constitution par l'annulation des normes inférieures non conformes, mais d'éviter un "déplacement de pouvoir" vers une instance judiciaire "qui peut devenir le représentant de forces politiques toutes autres que celles qui s'expriment dans le Parlement". Démocratie libérale et positivisme sont les sources de l'équilibre recherché par Kelsen entre le pouvoir du législateur et celui du juge constitutionnel, en vue d'assurer la parfaite légitimité du contrôle de constitutionnalité. La démocratie, dont l'essence lui paraît exclure "la toute-puissance de la majorité", exige le contrôle de la loi par une autorité indépendante et "véritablement juridictionnelle", tandis que le droit positif exclut les conceptions personnelles des juges, qui entraîneraient l'annulation de la loi pour le motif qu'elle leur paraîtrait "injuste". Certes, admet le maître de Vienne, le pouvoir d'annulation du juge est "de nature législative" puisqu'il pose ainsi une norme générale, mais l'annulation n'est pas la création: le juge se présente comme un "législatif négatif", absolument déterminé par la Constitution. Telle est du moins ce que nous pourrions appeler la "théorie pure du contrôle de constitutionnalité", l'idéal vers lequel devrait tendre l'arbitre constitutionnel, profondément marqué, sans doute, par l'expérience historique très particulière de l'ancienne *Reichskammergericht* du Saint-Empire et par les exigences du fédéralisme autrichien des années vingt.

De toute évidence, Kelsen n'est pas un admirateur du contrôle de constitutionnalité à l'américaine, quoiqu'il admette que l'organe de contrôle doive "se modeler sur les particularités" de chaque constitution. Dans la comparaison qu'il fait du système américain avec l'autrichien, en 1942, ce n'est pas tant le gouvernement des juges qui le rebute que la technique selon laquelle le juge américain refuse d'appliquer la loi inconstitutionnelle sans pour autant l'annuler *erga omnes*, de même que l'incertitude qui plane sur la validité des lois, parfois pendant des années. Ce sont là, écrit-il, des moyens juridiques "imparfaits" que seules peuvent corriger une procédure spéciale devant une cour spécialisée, habilitée à annuler la loi ou la disposition fautive directement.

Cette logique, plus conforme à la tradition juridique romano-germanique que le modèle anglo-américain, dont Lambert venait de faire le procès, ne pouvait manquer d'intéresser la doctrine française: C. Eisenmann fit connaître les idées kelséniennes, qui trouvèrent aussitôt un écho chez quelques constitutionnalistes, tels P. Duez. Toutefois, cette influence s'est exercée de façon diffuse et a eu pour effet avant tout, semble-t-il, de contribuer à écarter le modèle américain. Les constituants français de 1946 et de 1958 ne paraissent pas s'y être référés et ce n'est que plus tard, lorsque le Conseil constitutionnel aura établi son contrôle sur la législation, que l'on apercevra plus nettement la parenté des diverses Cours constitutionnelles européennes entre elles et que l'on redécouvrira l'ancêtre commun.

L'idéal kelsénien du juge constitutionnel entièrement "déterminé par la Constitution" a-t-il été atteint par le Conseil constitutionnel? Sa structure, sa procédure et son comportement, en particulier depuis 1971, lui ont-ils permis d'éviter la dérive vers le "gouvernement des juges"? Ces questions sont d'autant plus pertinentes que le juge constitutionnel français, comme ses collègues dans plusieurs autres pays européens, s'il exerce bien une fonction juridictionnelle, comme le voulait Kelsen, se situe en dehors et au-dessus des trois pouvoirs classiques " exécutif, législatif et juridictionnel dans ses deux composantes judiciaire et administrative " et tient de la Constitution son statut, sa composition et ses attributions, indépendamment des organes contrôlés. En outre, le contrôle *a priori* qu'il exerce sur la législation, décrit plus haut, l'intègre au processus législatif et l'installe en quelque sorte au coeur de l'État; les limites d'un tel pouvoir, même s'il ne peut être exercé *proprio motu*, ne relèvent pas de l'évidence. S'il est vrai que tout pouvoir tend à s'étendre, pourquoi celui-ci échapperait-il à la règle?

À compter du moment où le Conseil constitutionnel a élargi le "bloc de constitutionnalité" pour y inclure la Déclaration de 1789 ainsi que les préambules des Constitutions de 1946 et 1958, on ne conçoit guère, de prime abord, que la faculté d'interprétation ou, si l'on veut, la "marge de manoeuvre" du Conseil, soit moindre que celle de la Cour suprême des États-Unis, virtuellement du moins. Aux principes très généraux de 1789 sont venus s'ajouter les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" (P.F.R.L.R.) mentionnés dans le préambule de 1946, lesquels ont permis au Conseil de déclarer non conformes à la Constitution, sans se fonder directement sur son texte, plusieurs dispositions législatives. La décision du 16 juillet 1971 sur la *liberté d'association*, déjà mentionnée, a été la première à s'appuyer sur ces P.F.R.L.R.: même si elle a été approuvée par la doctrine dans son ensemble, quelques commentateurs ont aussitôt évoqué "le spectre du gouvernement des juges" craignant peut-être que la nouvelle voie ouverte par le Conseil ne conduise à des résultats inattendus et moins souhaitables.

Effectivement, outre les principes fondamentaux qu'il peut tirer des textes eux-mêmes, le Conseil s'est reconnu progressivement la faculté de constater l'existence de "principes généraux de droit", à l'instar du Conseil d'État qui, dans la sphère administrative, a déduit de tels principes de l'esprit du droit positif, tout en s'inspirant de la Déclaration de 1789. La première "découverte" d'un tel principe par le Conseil constitutionnel remonte à sa décision sur la *protection des sites* (1969), mais "le silence de l'administration vaut rejet" n'a encore à ce moment de valeur que législative: il s'impose au pouvoir réglementaire, mais il peut y être dérogé par le législateur; on observe cependant qu'il n'est pas sans importance constitutionnelle puisqu'il permet au Conseil de surveiller la frontière entre les pouvoirs législatif et réglementaire et ouvre la porte à la reconnaissance de nouveaux principes généraux. C'est ce qui n'a pas manqué de se produire dans la décision sur la *liberté d'association* (1971), qui élargit le bloc de constitutionnalité et en tire les P.F.R.L.R., lesquels sont des principes généraux à *valeur constitutionnelle* et s'imposent donc au législateur.

Ont été constitutionnalisées de la sorte depuis 1971 quelque sept ou huit principes fondamentaux "non écrits", c'est-à-dire ne se trouvant, tels quels, dans aucun texte constitutionnel. Parmi ces règles, les plus importantes sont la liberté individuelle, "garantie" par les P.F.R.L.R. et qui a entraîné l'annulation par le Conseil d'une loi autorisant la visite des véhicules dans des conditions qu'il a estimé trop imprécises; la liberté de l'enseignement, que les constituants de 1946 s'étaient refusés majoritairement à inclure dans la Constitution, mais que le Conseil a placée en 1977 au rang des P.F.R.L.R., "auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle"; la liberté de conscience, qui s'appuie également sur l'article 10 de la Déclaration de 1789; le respect des droits de la défense en matière pénale, principe d'après lequel le Conseil a invalidé une disposition législative permettant d'exclure un avocat de la salle d'audience alors qu'il n'avait manqué à aucune des obligations que lui impose son serment. Le Conseil constitutionnel a de la sorte étendu le "catalogue des libertés" au-delà des textes constitutionnels proprement dits, avec l'appui d'une doctrine presque unanime, quoique certains auteurs, même parmi ceux qui se montrent

généralement favorables à son évolution, n'hésitent pas à qualifier les P.F.R.L.R. de "principes à tout faire", intervenant soit pour combler les lacunes de la Déclaration de 1789 et du préambule de 1946, soit pour "corriger" certaines règles contenues dans les textes ou en faire la synthèse. Le professeur D. Turpin écrit à ce sujet que l'État de droit fondé sur de tels principes "risque de tourner au gouvernement des juges"; le Conseil, ajoute-t-il, devrait s'en tenir au texte de la Constitution.

Les membres du Conseil constitutionnel ne sont sans doute pas totalement insensibles à ces admonestations. À diverses reprises, ils ont tenu à préciser que leur rôle n'allait pas jusqu'au contrôle de l'opportunité des lois, qu'ils n'étaient que les gardiens de la Constitution. Dans leur décision sur *l'interruption volontaire de la grossesse* (1975), ils ont souligné les limites de leur compétence au moment où, la saisine ayant été étendue à l'Assemblée et au Sénat, le Conseil risquait d'être entraîné dans les conflits qui agitaient le Parlement: ils n'avaient, déclarent-ils, d'autre pouvoir que celui de "se prononcer sur la conformité à la Constitution" des lois soumises à leur examen. Plus nette encore a été l'affirmation du Conseil dans sa décision sur la loi *Sécurité et liberté* (1981), au sujet de laquelle les opposants soutenaient qu'elle imposait "une répression excessive" aux contrevenants:

Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen;

Considérant que, dans le cadre de cette mission, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition [...] de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789.

Cependant, cette volonté de retenue de la part du juge constitutionnel ne put empêcher que la légitimité de son contrôle fût contestée lorsque l'alternance des gouvernements de droite et de gauche, en 1981 et 1986, dressa les uns contre les autres des réformes qui, d'emblée, paraissaient inconstitutionnelles aux yeux de la minorité parlementaire du moment; quant aux nouveaux gouvernants, oubliant qu'ils avaient eu recours au Conseil lorsqu'ils étaient dans l'opposition, ils admettaient difficilement qu'on pût contester leurs politiques à la lumière de la Constitution. L'affaire des nationalisations, puis celle des privatisations, mirent donc le Conseil constitutionnel dans une situation qui n'était pas sans rappeler celle de la Cour suprême des États-Unis devant le *New Deal*, à cela près que le rôle du Conseil dans la protection des droits individuels n'existait guère que depuis dix ans et risquait donc d'être plus fragile que celui de la Cour suprême.

Le contexte survolté du moment aurait suffi à conférer une importance considérable aux décisions des 16 janvier et 11 février 1982 sur les *nationalisations*; la fermeté et la pondération dont le Conseil a fait preuve à cette occasion ajoutent encore à leur poids. La haute instance prend soin de rappeler que la nécessité des nationalisations doit être laissée à l'appréciation du législateur et ne saurait être récusée par le juge, du moins en l'absence d'erreur manifeste, mais elle affirme également que le Parlement, comme "tous les organes de l'État", ne saurait être dispensé "du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle". Réaffirmant à la fois sa compétence de contrôle et sa jurisprudence, le Conseil déclare non conforme à la Constitution quelque six dispositions de la loi, notamment parce que certains transferts de propriété font l'objet d'un "pouvoir discrétionnaire d'appréciation et de décision soustrait à tout contrôle" et que les dispositions relatives à l'indemnisation des sociétés nationalisées sont assujetties à l'article 17 de la Déclaration de 1789, lequel requiert une juste et préalable indemnité. Certes, précise le

Conseil, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété, "inviolable et sacré" selon les constituants de 1789, ont évolué depuis cette époque et sont aujourd'hui soumises à des limitations exigées par l'intérêt général, mais les garanties données aux titulaires de ce droit n'en sont pas moins fondamentales: elles "ont pleine valeur constitutionnelle". Ce cran d'arrêt imposé à la réforme socialiste au nom des principes libéraux de 1789 ne pouvait manquer de souligner, une fois de plus, la contradiction latente entre la souveraineté de la loi et le contrôle juridictionnel: le débat fut ranimé avant même que la loi ait été soumise à l'examen du Conseil, sous forme d'avertissements et de mises en garde dont le ton était parfois comminatoire.

Le dénouement de cette crise fait cependant ressortir le rôle pacificateur joué par le Conseil: la loi de nationalisation fut modifiée rapidement pour tenir compte de ses réserves; soumise derechef au juge constitutionnel, elle fut déclarée, moins d'un mois après la première décision, conforme à la Constitution, notamment à l'égard du "caractère juste de l'indemnisation" résultant de la nouvelle rédaction. En définitive, comme l'a fait observé le professeur Favoreu, tant dans l'affaire des nationalisations que dans celle des privatisations, qui marquait en quelque sorte le retour du balancier, le Conseil constitutionnel aura contribué à apaiser les querelles si vives de l'alternance et empêché que ces remous n'ébranlent l'État: en obtenant que les majorités parlementaires s'inclinent devant la Constitution et en attestant qu'elles n'en transgressaient pas les limites, il a contribué à faire accepter le changement; loin d'empêcher les réformes, ajoute J.L. Quermonne, il en a "acclimaté la légitimité". Telle est, en effet, la conclusion que l'on peut tirer, avec quelque recul, du débat doctrinal qui accompagna chacune de ces décisions. Pour autant, la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité n'est sans doute pas réglée une fois pour toutes, comme le montre l'opposition rencontrée par la proposition de permettre la saisine du Conseil constitutionnel par les justiciables ainsi que les polémiques allumées par sa récente décision dans l'affaire du droit d'asile.

En 1989, le Président du Conseil constitutionnel, M. Robert Badinter, s'était demandé au cours d'un entretien publié dans *Le Monde*, si le moment n'était pas venu de reconnaître au citoyen la possibilité de soulever, dans le cadre d'un procès, une exception d'inconstitutionnalité contre toute loi que le Conseil n'aurait pas eu l'occasion d'examiner, n'en ayant pas été saisi par les hautes autorités de l'État ou les parlementaires. Toutefois, pour éviter que cette extension de la saisine ne soit source de procédures qui paralyseraient la justice, il proposait de permettre à chacune des juridictions suprêmes, Cour de cassation et Conseil d'État, d'apprécier le sérieux de l'exception et, le cas échéant, de renvoyer la question au Conseil constitutionnel, qui en déciderait à bref délai. Quelques mois plus tard, le Président de la République se déclarait partisan d'une révision constitutionnelle qui élargirait la saisine selon cette proposition: ce serait là, pensait-il, "un très grand progrès pour la démocratie".

Après que le conseil des ministres eût approuvé le projet de réforme constitutionnelle nécessaire, en mars 1990, la "saisine directe" fut présentée au Parlement, mais se heurta au refus de la majorité sénatoriale. Le Président du Sénat déclara que le projet soulevait un problème d'équilibre des pouvoirs entre les institutions de la République: "Personne, ajoutait-il, n'a jamais souhaité l'avènement d'un gouvernement des juges. La meilleure garantie pour les libertés publiques réside dans le bon fonctionnement de nos institutions, et principalement du Parlement".

Récemment, la proposition Badinter, reprise entretemps par un comité présidé par le professeur G. Vedel comme élément d'un projet plus ambitieux de révision constitutionnelle relatif à la magistrature, s'est heurté aux mêmes préventions, illustrées par la dénonciation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, laquelle, selon un député, a évolué "de la loi contrôlée à la loi jugée", loi désormais "supplantée par le juge", ce qui n'était "pas dans notre tradition". Néanmoins, l'évolution de la société française et l'intérêt croissant de l'opinion pour les questions liées aux droits fondamentaux pourraient

bien, à terme, imposer cette réforme. Sans doute faudra-t-il alors résoudre les problèmes soulevés par l'annulation de lois en vigueur parfois depuis très longtemps et le vide juridique qui en résulterait. Peut-être y aurait-il lieu de prévoir une période de transition au cours de laquelle le gouvernement pourrait procéder, avec l'aide du Conseil d'État, à l'examen des lois existantes qui n'ont pas fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel, en vue de les rendre conformes à la Constitution et, le cas échéant, d'anticiper les effets des modifications nécessaires sur les situations juridiques résultant de l'application antérieure des lois inconstitutionnelles.

L'alternance gouvernementale de 1993, comme les précédentes, a été l'occasion pour une partie de la classe politique de s'en prendre à la légitimité du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel. La réforme du droit de l'immigration souhaitée par le nouveau gouvernement a fait l'objet d'une décision du Conseil dans laquelle celui-ci déclarait plusieurs dispositions du projet de loi non conformes à la Constitution, notamment les restrictions apportées au droit d'asile dans le cadre des accords européens de Schengen (1990). Le gouvernement a décidé de solliciter une modification de la Constitution l'autorisant à conclure avec les États européens des accords lui permettant de refuser le droit d'asile à toute personne ayant fait l'objet d'une décision défavorable de la part de l'un d'entre eux. C'est à l'occasion de la réunion du Congrès convoqué pour cette révision que le Premier ministre, ouvrant les débats, a reproché au Conseil constitutionnel d'avoir contraint le gouvernement, "pour la première fois dans notre histoire", à faire appel au pouvoir constituant pour permettre l'adoption d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle. Ces complications, a estimé M. É. Balladur, sont dus à la jurisprudence du Conseil: depuis que celui-ci a décidé

d'étendre son contrôle au respect du Préambule de la Constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux, parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît, conçus à des époques bien différentes de la nôtre [...]. Certains pensent même qu'il lui est arrivé de les créer lui-même.

Plutôt que de laisser au législateur un large pouvoir d'interprétation de ces principes, le Conseil constitutionnel a préféré en définir lui-même et très précisément le contenu, et indiquer au gouvernement [...] comment la loi adoptée par le Parlement doit être appliquée, allant parfois loin dans le détail.

Au cours du débat qui suivit, les orateurs de l'opposition et de la majorité se sont affrontés au sujet du rôle du Conseil, ceux-ci déclarant qu'il était inadmissible "que le législateur ne soit plus la seule source du droit" et accusant les membres du Conseil de s'ériger en "gouvernement des juges". Le même jour, cependant, le ministre de la Justice défendait le rôle des "Neuf" devant le barreau de Paris, déclarant que l'évolution du Conseil était "le signe qu'existent, dans l'esprit des juristes français, des ressources insoupçonnées pour sauvegarder les libertés fondamentales", tandis que, deux jours plus tard, le ministre de l'Intérieur, faisant allusion à la technique de l'interprétation sous réserve, de plus en plus fréquemment utilisée par le Conseil, déclarait que la démarche et la jurisprudence de celui-ci n'étaient pas conformes à ce qui avait été prévu en 1958 et ajoutait: "[S]i cela continue [...], on pourra fermer l'Assemblée nationale et le Sénat, parce que, finalement, leurs pouvoirs se trouveront réduits comme peau de chagrin".

Ces critiques, on l'a vu, ne sont pas nouvelles et sont venues alternativement d'un côté et de l'autre de l'hémicycle parlementaire; chaque fois qu'elles s'élevaient, les membres du Conseil constitutionnel s'étaient astreints à un devoir de réserve, estimant qu'ils ne pouvaient prendre part à des controverses publiques. Tout au plus avaient-ils publié en 1986 un communiqué rappelant que le Conseil tenait "de la

Constitution la mission juridique de vérifier la conformité à celles-ci des lois qui lui sont déférées" et s'interdisait donc de participer à un débat qui s'inscrivait "dans un cadre politique". Les récentes remontrances de la classe politique, exprimées pour la première fois par un chef de gouvernement, ont persuadé le Président du Conseil constitutionnel qu'il y avait lieu de procéder à une mise au point. Après avoir rappelé que, dans une démocratie, "seul le Parlement a le pouvoir de faire la loi", mais que ce régime est compatible avec le rôle du juge comme "source de droit", il répond aux critiques:

Au gouvernement des élus du peuple succéderait le gouvernement des juges.

En vérité, l'impatience qui saisit toute majorité politique face au juge constitutionnel est celle de tout pouvoir face à un contre-pouvoir [...].

[T]out État de droit implique le respect de la hiérarchie des normes. [...] Ainsi, le respect des libertés et des droits fondamentaux des citoyens s'impose au législateur. [...] En cas de conflit à ce sujet, seul un juge a qualité pour décider entre des points de vue opposés. S'il opine en faveur des arguments invoqués par la minorité parlementaire, en quoi méconnaît-il les droits de la majorité? À titre d'exemple, l'actuel premier ministre a saisi de 1988 à 1993, avec d'autres députés de la minorité de l'époque, à dix reprises le Conseil constitutionnel, en invoquant notamment les principes tirés du préambule de la Constitution contre la loi votée par la majorité. À sept reprises, le Conseil constitutionnel a censuré en tout ou [en] partie la loi attaquée. [...]

[Le Conseil constitutionnel] s'inscrit dans une conception de la démocratie fondée sur un équilibre complexe de pouvoirs et de contre-pouvoirs, qui innove au regard de la tradition politique française. [...] [Ses] décisions [...] sont oeuvres humaines et, comme telles, soumises à la critique de la raison, qui ne saurait être confondue avec la passion ou l'intérêt politique.

Sans doute la controverse, toujours vive au début des alternances, s'amenuisera-t-elle à nouveau. Si les propos du Premier ministre et de certains autres membres de la majorité devaient être pris à la lettre, on pourrait y voir une menace pour l'avenir du Conseil constitutionnel ou de sa jurisprudence fondée sur les préambules et la Déclaration de 1789. Il n'existe cependant aucun projet de modification du statut ou des prérogatives du Conseil, laquelle nécessiterait une révision constitutionnelle et ne manquerait pas de poser dans toute son ampleur devant l'opinion publique la question du contrôle de constitutionnalité, particulièrement dans le domaine des libertés et droits fondamentaux; le Premier ministre a pris soin, d'ailleurs, de préciser devant le Congrès des constituants que le gouvernement avait "d'autres priorités" qu'une nouvelle réforme des institutions. Il n'en reste pas moins que ces événements témoignent de la persistance en France du vieux conflit entre la souveraineté parlementaire et le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, qui, à tout le moins, rend fort improbable dans l'avenir prévisible une extension de la saisine du Conseil en faveur des justiciables.

Si la question du gouvernement des juges n'est pas entièrement vidée aux États-Unis, malgré l'ascendant traditionnel des juges et les deux siècles d'existence de la Cour suprême, à plus forte raison l'autorité du Conseil constitutionnel, beaucoup plus récente et fondée sur la logique plus que sur la tradition, ne peut-elle échapper à toute contestation. Constatons néanmoins que l'institution française, dont l'évolution a été si rapide à plusieurs égards, s'est révélée moins fragile, en des temps de grand changement politique et social, que certains ne l'avaient prédit. Il nous reste à examiner à quelles conditions sa légitimité peut être encore renforcée. Nous y viendrons dans nos conclusions, après avoir décrit l'état de la question au Royaume-Uni.

C. " Le Royaume-Uni devant les juges de Strasbourg

L'un des arguments invoqués contre l'adoption d'un *Bill of Rights* britannique, dont on a fait état plus haut, est fondé sur l'inaptitude du juge anglais à interpréter les lois autrement que de manière restrictive. Cependant, l'argument inverse, qui veut que le caractère général des énoncés de droits et libertés ouvre la porte à des interprétations "subjectives" et mène donc au gouvernement des juges, apparaît également dans la doctrine, parfois chez un même auteur. J. Jaconelli, par exemple, se montre fort sceptique quant à la capacité des juges anglais de suivre leurs collègues américains dans les techniques d'interprétation qu'ils ont appliquées aux libertés individuelles, mais l'adoption d'un *Bill of Rights* pourrait fort bien leur laisser la bride sur le cou et soulever un problème bien connu aux États-Unis: le spectre du "*political judiciary*". On verrait peut-être, écrit-il, la Chambre des communes s'intéresser aux opinions politiques des candidats à la magistrature...

Sur un plan plus théorique, on s'est demandé si le contrôle de constitutionnalité des lois n'entre pas en conflit avec le régime démocratique. Comment concevoir en effet, dit-on, que les juges, dont la sécurité d'emploi est sans doute la plus étendue qui se puisse trouver, aient le pouvoir de frapper de nullité le travail de ceux qui doivent à l'élection leur droit d'exprimer la volonté du peuple? Cette interrogation n'a pas la même portée, selon que le *Bill of Rights* est pleinement constitutionnalisé, comme dans le projet récent de l'*Institute for Public Policy Research*, étudié dans la première partie de cet exposé, ou, solution plus probable, prend la forme d'une loi "ordinaire", dont la modification ne peut cependant être obtenue que par une majorité renforcée ou par dérogation expresse; dans ce dernier cas, le législateur élu pourra plus aisément surmonter le veto judiciaire, mais il n'en reste pas moins, dit-on, qu'on aura ainsi transféré une partie du pouvoir législatif aux tribunaux. Comme le montre l'expérience américaine, dont se méfient plus d'un juriste anglais, la généralité des principes trace une frontière indécise entre la constitutionnalité et l'opportunité de la loi.

L'adhésion du Royaume-Uni à la Convention européenne des droits de l'homme ajoute une dimension supplémentaire à la question du gouvernement des juges: de quelle autorité les institutions de Strasbourg, si lointaines, peuvent-elles substituer leur interprétation des obligations acceptées par le gouvernement britannique à celle qu'en donne le Parlement? Cette interrogation, soulevée également à propos des arrêts de la Cour des Communautés européennes, dans lesquels les normes juridiques souples et parfois assez vagues, comme celles qui ont trait à la libre concurrence, ont amené le tribunal de Luxembourg à examiner et apprécier l'importance de facteurs non juridiques et, en définitive, l'opportunité de certaines décisions de la Commission (ou de la Haute Autorité), peut présager l'opposition entre la démocratie et une "conception technocratique du pouvoir". Par exemple, si un certain dirigisme économique se révélait nécessaire dans les Communautés, la Cour ne pourrait-elle pas s'y opposer au nom de la liberté et, "à l'instar de la Cour suprême américaine au début de ce siècle, apparaître comme la protectrice d'une minorité conservatrice, voire d'un groupe d'intérêts"?

Posée au sujet de la Cour et de la Commission de Strasbourg, qui forment en quelque sorte, avons-nous dit, le seul tribunal "constitutionnel" du Royaume-Uni en matière de droits fondamentaux, cette question appelle une réponse nuancée. D'une part, la Commission et la Cour sont chargés d'appliquer un *traité*: quelles que puissent être les canons d'interprétation constitutionnelle des États parties à la Convention, le droit international possède ses propres règles, notamment celle qui veut que le sens attribué aux termes de l'accord soit interprété "à la lumière de son objet et de son but". Ce principe de finalité, appliqué aux normes très générales de la Convention, commande une interprétation qui soit adaptée aux circonstances changeantes de la vie sociale dans les États membres. Aussi la Cour n'a-t-elle pas manqué de souligner, dans l'affaire *Marcks*, que la Convention est "un instrument vivant" qui doit "s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui"; dans l'affaire *Rees*, elle déclare que "la nécessité de mesures juridiques

appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société". On peut voir dans cette jurisprudence, avec le professeur F. Sudre, une volonté "d'adaptation prétorienne au changement social, à l'évolution des mœurs et des mentalités", afin de préserver la Convention de tout anachronisme.

D'autre part, les institutions de Strasbourg ont fait preuve d'une certaine retenue dans leur interprétation de la Convention européenne, du moins si l'on compare leur jurisprudence à celle de la Cour suprême des États-Unis ou même à celle de la Cour des Communautés européennes; il est vrai que la première est l'organe judiciaire d'une fédération et la seconde, celui d'un ensemble d'États tendant à l'intégration, tandis que la Cour et la Commission des droits de l'homme mettent plutôt l'accent sur la coopération, en vue d'une adhésion toujours plus consentie des États membres aux principes de la Convention. La Cour prend soin, par exemple, lorsqu'elle apprécie l'évolution sociale, de ne pas s'éloigner des droits internes de l'ensemble des États membres: elle recherche le dénominateur commun plutôt que d'interpréter les dispositions de la Convention dans l'abstrait. Dans le même esprit, les juges ont décidé que le mécanisme international "revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux", et ce principe sert de fondement à la "marge d'appréciation" que la Cour reconnaît aux États dans le choix des moyens propres à assurer la mise en oeuvre de leurs engagements, marge qui demeure cependant sujette à son contrôle. Il y a interaction entre ces critères d'évaluation des actes des États: par exemple, l'existence d'un dénominateur commun réduit d'autant leur marge de manoeuvre.

Cette attitude prudente de la Cour explique sans doute qu'elle n'ait guère donné prise à des accusations de "gouvernement des juges" et que, paradoxalement, comme l'a fait observé récemment le président Badinter, le contrôle du juge européen suscite moins de réactions de la part du législateur français que celui exercé par le Conseil constitutionnel. Dans le cas de la Grande-Bretagne, cependant, il existe une raison particulière propre à susciter des réactions plus vives de la part du législateur: les méthodes d'interprétation familières à la grande majorité des juges font une place importante aux déductions que l'on peut tirer de principes généraux, comme la "prééminence du droit" ("*rule of law*") affirmée dans le préambule de la Convention de sauvegarde et ne laissent pas d'étonner bon nombre de juristes anglais, comme le montre l'opinion du juge Fitzmaurice dans l'affaire *Golder*. Pour un esprit de formation juridique anglaise, la *rule of law* ne saurait être supérieure au Parlement; au contraire, elle est l'expression de sa volonté souveraine.

Le fait que le Royaume-Uni ait continué d'adhérer aux institutions de Strasbourg en dépit des nombreuses décisions qui lui ont été défavorables témoigne du respect profond dont sont entourés les juges dans ce pays, mais ces déconvenues seront peut-être de nature à persuader les Britanniques d'incorporer la Convention dans leur droit interne ou d'adopter leur propre *Bill of Rights*, autorisant ainsi leurs tribunaux à faire droit aux justiciables avant que ceux-ci n'aillent porter plainte devant les institutions européennes.

Verrait-on alors surgir, comme aux États-Unis ou en France, la question du gouvernement des juges? Il semble que celle-ci se pose, selon des modalités et avec une acuité qui varient d'un pays à l'autre, dans la plupart des démocraties qui tentent de soumettre le législateur à des règles supérieures. Il nous faut donc examiner en conclusion la réalité de ce phénomène, les facteurs qui peuvent aggraver ou atténuer les tensions qu'il engendre et les raisons qui, en dépit des difficultés, font du contrôle juridictionnel des lois et de la protection des libertés par le juge constitutionnel des éléments essentiels et durables de l'État de droit.

Au début de cet exposé, nous nous proposons d'explorer la voie en apparence étroite qui court entre les écueils opposés de la subordination de l'autorité juridictionnelle aux autres pouvoirs et du "gouvernement des juges". Est-il possible d'assurer l'indépendance des juges sans pour autant légitimer à leur profit un pouvoir de création du droit qui ne devrait appartenir, en démocratie, qu'aux représentants du peuple? À quelles conditions peut-on éviter de tomber de Charybde en Scylla?

Dans la première partie, consacrée à l'indépendance des juges, nous avons constaté que ceux-ci ont été appelés, avec l'apparition des constitutions écrites et des droits fondamentaux, à jouer un rôle toujours plus considérable dans la défense des libertés individuelles contre les empiétements des pouvoirs exécutif et législatif. Fruit, en Grande-Bretagne, des luttes entre les tribunaux et le Roi, le recours au juge contre le pouvoir a pu s'y appuyer sur des méthodes de règlement des conflits "préalablement objectivées dans l'ordre social", selon l'expression de B. François: c'est ainsi que la tradition d'indépendance de la fonction judiciaire l'a désignée tout naturellement aux constituants américains lorsqu'ils ont été aux prises avec le problème des moyens d'assurer le respect de la Constitution par le législateur. Le professeur A.E. Sutherland disait que le contrôle judiciaire était "immanent au concept de constitution écrite" et c'est bien là le fond de l'argumentation du juge Marshall dans *Marbury v. Madison*. La hiérarchie des normes impose ses exigences: "Cela découle de la théorie générale des constitutions limitées", avait déjà écrit A. Hamilton en 1788, dans sa défense du projet élaboré à Philadelphie, et les raisons qu'il en donnait valent pour toutes les démocraties libérales:

[O]n ne peut guère supposer qu'un corps [législatif] qui a participé à l'adoption de mauvaises lois [du point de vue constitutionnel], soit disposé à en tempérer l'effet [...].

Le même esprit qui les aurait fait faire en dirigerait trop souvent l'interprétation; encore moins pourrait-on espérer que des hommes qui auraient enfreint la Constitution en tant que législateurs seraient disposés à réparer cette atteinte en tant que juges [...].

[C]'est une absurdité [...] que de soumettre les décisions d'hommes, choisis pour leur profonde connaissance des lois [...], à la révision et au contrôle d'hommes qui, par l'absence du même avantage, ne peuvent que manquer de cette connaissance. Rarement les membres de la législature seront choisis en considération des qualités qui désignent les individus pour les fonctions de juge.

Et Hamilton de vanter la sagesse de la majorité des États membres de l'Union -- neuf parmi les Treize -- qui ont confié le pouvoir judiciaire à "des corps distincts et indépendants".

C'est la logique de ce raisonnement qui est à l'origine du débat qui se développa en France sous la III^e République entre les tenants de la souveraineté parlementaire et ceux du constitutionnalisme et des droits fondamentaux. La doctrine presque unanime et un certain nombre d'hommes politiques en vinrent progressivement à la conclusion que le pouvoir juridictionnel, dont Montesquieu avait souligné le rôle de contrepoids dans l'ancienne monarchie, mais auquel il n'avait accordé qu'un rôle effacé dans le régime de liberté dont il défendait la cause, était plus apte que le législateur à protéger les libertés. L'État s'occupant désormais de toutes choses, il apparut plus clairement que la loi intrinsèquement libératrice de l'époque des Lumières pouvait se révéler oppressive à l'endroit de personnes ou de groupes minoritaires, même dans les démocraties les mieux assises: la protection constitutionnelle des libertés exigeait désormais que "la puissance de juger" se manifestât davantage, qu'elle fût moins "invisible", mais la question était de savoir si elle devait demeurer "nulle", c'est-à-dire éviter d'introduire dans les normes fondamentales l'opinion personnelle du juge. L'un des dangers qui menaçaient la liberté aux yeux de

Montesquieu était celui de voir la "puissance exécutrice" confiée à "un certain nombre de personnes tirées du corps législatif", ce qui eût entraîné la confusion des deux pouvoirs; or, cela n'est-il pas devenu une caractéristique du régime parlementaire dans de nombreuses démocraties? L'auteur de *L'Esprit des lois* en eût peut-être conclu que ce problème nouveau appelait l'intervention plus déterminée du troisième pouvoir, mais il eût sûrement insisté dans cette hypothèse pour que le juge demeurât "la bouche" de la constitution, sous peine de menacer l'équilibre des institutions, donc la liberté.

En créant le Conseil constitutionnel, la Ve République pensait avant tout à faire surveiller la frontière entre les compétences du Parlement, qu'on voulait limiter, et celles de l'Exécutif, mais l'institution acquit bientôt une vie propre: ses décisions étant revêtues de l'autorité de la chose jugée, la nature juridictionnelle de ses fonctions s'est clarifiée d'elle-même. Le nécessaire *aggiornamento* de la protection des droits fondamentaux en France, l'aiguillon de la doctrine et l'acquiescement de l'opinion publique auront fait le reste: la "barrière" de la justice constitutionnelle s'est imposée d'autant mieux au Parlement que la saisine mise à la portée de l'opposition en 1974 a permis à la droite comme à la gauche de s'en prévaloir, au grand dam parfois de la majorité du moment. Ces origines du Conseil constitutionnel en ont fait une institution d'une grande originalité, par rapport même aux autres cours constitutionnelles européennes: serait-il excessif de dire que le modèle américain de contrôle *a posteriori* par les tribunaux ordinaires, tant débattu dans la doctrine française, a cédé la place à une institution où le contrôle *a priori* exercé par des juges spécialisés n'est pas sans rappeler le pouvoir " ou le contre-pouvoir " d'enregistrement et l'intervention préventive des parlements d'Ancien Régime? Il y aurait là, malgré les différences considérables qui distinguent le Conseil constitutionnel des tribunaux d'antan, un exemple frappant de la continuité des institutions et de la persistance de "l'esprit des lois".

Nous n'avons pas abordé la question de savoir lequel du modèle américain ou français se révèle le plus efficace dans le contrôle de la constitutionnalité des lois. En effet, chaque système juridique possède sa cohérence propre, ses avantages et ses inconvénients: il suffit que les résultats soient *grosso modo* comparables car les méthodes propres à l'un ne sauraient être transposées telles quelles dans l'autre sans soulever des difficultés. L'essentiel se trouve ailleurs, dans la reconnaissance par tous les États qui se veulent "de droit", de la nécessité logique et pratique du contrôle de constitutionnalité par des juges indépendants. Le débat en cours au Royaume-Uni au sujet de l'adoption d'un *Bill of Rights* ou d'une constitution écrite et, entretemps, le recours aux juges de Strasbourg, montrent que ce pays est à la recherche, lui aussi, d'un contrôle juridictionnel qui soit en harmonie avec ses traditions et compatible notamment avec une théorie renouvelée de la suprématie parlementaire.

Si l'indépendance des juges est une condition *sine qua non* du bon fonctionnement des contrôles de constitutionnalité et de légalité, force est de reconnaître que le degré de respect dont est entouré ce principe peut varier d'un pays à l'autre: il est d'application plus aisée là où la magistrature possède, selon l'expression d'Esmein, "une bien haute et bien ancienne autorité". Mais l'ampleur même de cette autorité, maintenue par le "privilege aristocratique de l'inamovibilité", ne l'entraîne-t-elle pas à empiéter sur le pouvoir législatif, voire sur le constituant? C'est la question que nous avons abordée dans la seconde partie de cet exposé.

L'expression "gouvernement des juges" est d'origine polémique; elle va souvent de pair avec des mots chargés de sens politique: usurpation, oligarchie ou despotisme, par exemple. C'est parfois une sorte de mise en accusation par une majorité parlementaire dont les projets législatifs ont été déclarés inconstitutionnels ou conformes à la constitution sous réserve de l'interprétation qu'en donne le tribunal; c'est quelquefois une mise en garde adressée par la doctrine aux juges qui pourraient être tentés non seulement de contrôler la constitutionnalité des actes des autres pouvoirs, mais aussi de substituer leur jugement à celui du législateur quant à l'opportunité de telle ou telle loi; c'est également, comme le fait

observer le professeur Turpin, une expression utilisée à tout propos "et même parfois hors de propos". Est-il néanmoins possible de donner à la notion de "gouvernement des juges" un contenu objectif en la "déchargeant" des éléments polémiques qui l'encombrent? Et si cette tâche peut être accomplie au moins partiellement, quelle est l'importance réelle du problème et quelle solution peut-on y apporter?

Une première clarification s'impose: si, par hypothèse, le juge, faisant obstacle à la volonté du législateur, a correctement interprété la constitution, il n'usurpe aucun pouvoir et ne "gouverne" pas, même s'il substitue effectivement son jugement de constitutionnalité à celui du législateur; il s'agirait plutôt d'un "acte négatif de législation", selon le mot quelque peu équivoque de Kelsen, et non de création, le "législateur négatif" étant absolument déterminé par la constitution. Ce rôle du juge ne découle pas seulement d'un pouvoir, c'est également d'un devoir, la législation attaquée devant lui dût-elle avoir l'appui de la majorité des députés; le constitutionnalisme veut en effet, en raison de l'existence de la norme supérieure, que la majorité ne puisse modifier la constitution à moins de suivre la procédure prévue à cet effet.

Une objection surgit cependant, que nous avons trouvée dans une certaine doctrine qui voit dans *Marbury v. Madison* une sorte de coup d'État et dans la jurisprudence que le Conseil constitutionnel élabore sur les libertés depuis 1971 une atteinte à la souveraineté de la loi. Cette argumentation, à la limite, tue dans l'oeuf la notion même de loi fondamentale s'il est vrai, comme l'affirmait sans détours la Déclaration française de 1789, que "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée [...] n'a pas de constitution". Pour les fins du raisonnement, cependant, compte tenu de la façon dont a été perçu en France le "revirement" de jurisprudence du 16 juillet 1971 (*Liberté d'association*), retenons pour la suite cet aspect de la question, fondant pour l'instant sur l'hypothèse selon laquelle la Constitution française comprend tout le "bloc de constitutionnalité" défini à cette époque.

L'une des lignes de défense contre l'accusation de gouvernement des juges consiste à admettre sans ambages que le Conseil constitutionnel "participe à l'oeuvre législative" et ne se fait pas faute d'apprécier l'opportunité des décisions parlementaires, pour ensuite soutenir que le fait pour le juge de "gouverner" n'est pas condamnable parce que "c'est la moins mauvaise des solutions" et que, de toute manière, si l'on veut protéger efficacement les libertés, "il n'est pas possible de faire autrement". Cette argumentation ne permet pas, cependant, de distinguer les cas où le juge rattache sa décision à la Constitution des cas où (par hypothèse) il s'en éloigne au point de créer des normes fondamentales dont la source ne se trouve pas dans le bloc de constitutionnalité; en noyant de la sorte le reproche fait au juge dans une admission générale d'ingérence, on ne peut plus discerner son rôle légitime de l'abus de pouvoir et l'on n'est pas en mesure d'apporter une réponse à la question du conflit de principes entre le contrôle juridictionnel et le régime démocratique, question dont la persistance des deux côtés de l'Atlantique nous oblige à considérer, avec M. Cappelletti, comme un "problème majeur". Est-il admissible en démocratie, demande celui-ci, que les juges, qui "sont relativement exempts de responsabilité, puissent imposer leur propre hiérarchie des valeurs, et leurs "préférences personnelles" en décidant du sens à donner à des concepts aussi imprécis que la liberté, l'égalité, le caractère raisonnable [...], [le] *due process* [...]"?

Il n'y a pas "gouvernement des juges", à notre avis, lorsque ceux-ci reprennent le législateur en s'appuyant sur les normes constitutionnelles; c'est surtout lorsqu'ils se substituent au pouvoir *constituant* que le reproche peut leur être adressé car ils empiètent alors sur la fonction démocratique suprême, tandis que le législateur tient son pouvoir, comme le juge, de la Constitution. Il n'y a donc pas "usurpation", mais contrôle de la fonction législative lorsque le juge se fonde sur la Constitution pour constater qu'une loi n'y est pas conforme, sous réserve des cas où l'interprétation de la loi fondamentale s'éloignerait délibérément du texte, dont on traitera ci-dessous. De même, la technique de l'interprétation

sous réserve, qui permet au juge de retenir celle des interprétations d'une loi qui est conforme à la Constitution et de ne l'accepter qu'à cette condition, ne saurait être considérée comme une manifestation du pouvoir "législatif" de la magistrature, sauf à parler de "législateur négatif". Cette expression de Kelsen est à peine moins ambiguë, cependant, que celle de "participation à l'oeuvre législative", qui risque de créer la confusion entre le pouvoir de "faire" la loi et le pouvoir de la contrôler. Le Conseil constitutionnel redoute suffisamment cette confusion pour préciser à l'occasion qu'il n'exerce pas "un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement". On peut en dire autant de l'idée que le Conseil exerce un contrôle de l'*opportunité* de la loi lorsqu'il soumet l'exercice de la puissance législative à des critères flous, comme la "nécessité" ou la "justice". Dans l'affaire de la *loi de nationalisation*, par exemple, le Conseil a estimé que l'indemnisation des actionnaires prévue dans la loi n'était pas conforme à la condition de "juste et préalable indemnité" exigée par l'article 17 de la Déclaration de 1789; encore les juges ont-ils pris soin de préciser qu'il ne leur appartenait pas de se prononcer sur la "nécessité publique" à laquelle le même article soumet l'expropriation, sauf en cas "d'erreur manifeste". Ici encore, il s'agit bien, à proprement parler, d'un critère de contrôle imposé par la Constitution et non d'une appréciation discrétionnaire de l'opportunité de la loi.

Il en va autrement lorsque le juge s'éloigne de la constitution en l'interprétant d'une manière que ne peuvent justifier, par hypothèse, ni la lettre du texte ni l'extension que l'on peut raisonnablement donner à ses principes, en vue de résoudre des cas par analogie. Il prend alors le risque de "gouverner" au plus haut niveau en se substituant au pouvoir constituant, s'exposant par contrecoup à l'accusation d'immixtion dans le législatif. On ne saurait nier que de telles situations puissent se présenter, mais la difficulté est de savoir où se trouve la frontière entre tout ce qui peut être déduit de la Constitution et les préférences personnelles que le juge pourrait être tenté d'y introduire et enchâsser. L'importance de ce problème apparaît dans les cas limites, comme le "*right of privacy*" et ses dérivés dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis ou les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", dégagés par le Conseil constitutionnel à partir du préambule de la Constitution de 1946.

Nous avons constaté que les majorités parlementaires accusent volontiers le juge constitutionnel français d'avoir outrepassé ses pouvoirs en décidant d'élargir le bloc de constitutionnalité en 1971, même si le Parlement a décidé en 1974 l'extension de la saisine aux députés et sénateurs, légitimant en quelque sorte le "nouveau" pouvoir du Conseil; d'aucuns, aux États-Unis notamment, prennent le contre-pied de cette attitude et invitent le juge constitutionnel à suppléer la démocratie défaillante en remplaçant "le Document de 1787" par une nouvelle Constitution, essentiellement prétorienne. Où se trouve alors la limite entre le pouvoir légitime et l'arbitraire du juge constitutionnel?

On peut, certes, indiquer quelques principes que les juges devraient suivre et la doctrine ne s'en fait pas faute. La première fonction du tribunal est exégétique et le juge doit rechercher d'abord la volonté du constituant. Comme l'écrivait F. Geny au sujet de l'interprétation des lois, la "ligne générale de direction", dans le silence ou l'insuffisance des sources formelles, consiste à former la décision "d'après les mêmes visées, qui seraient celles du législateur", s'il se proposait de régler la question. La même règle vaut pour les lois fondamentales, même si les règles se font de plus en plus générales à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie des normes, ce qui fait appel davantage encore à la faculté créatrice du juge. Autre règle de conduite: si le juge doit, d'une part, ne pas hésiter à tenir tête à la majorité parlementaire du moment et même à l'opinion dominante dans la population lorsque la loi enfreint nettement la Constitution, ne serait-ce que pour respecter le droit des citoyens de savoir dans quelle situation la loi pourrait les placer, au contraire, lorsque la Constitution est susceptible de deux ou plusieurs interprétations, dont certaines sont favorables à la validité de la loi, il doit retenir celle qui favorise les choix de société des représentants élus et de leurs commettants, particulièrement lorsque ces choix sont chargés de considérations d'ordre moral. Enfin, si, par hypothèse, la Constitution ne

fournissait au juge aucune ligne de conduite, il ne devrait pas hésiter à "renvoyer la balle" au constituant; d'ailleurs, n'est-ce pas ce que le législateur lui-même fera si une loi à laquelle il tient est déclarée inconstitutionnelle?

Sans doute ces conseils prodigués au juge constitutionnel " et qu'il se donne parfois lui-même " résoudront-ils de nombreuses contradictions qui peuvent surgir entre les tribunaux et la majorité élue, mais ils ne permettent pas de trancher tous les cas et en particulier ceux où entrent en conflit les valeurs de liberté et d'égalité, d'autonomie personnelle et de moralité publique. M. Cappelletti, qui a consacré plusieurs études aux divers aspects de la question, se montre très sceptique quant à la possibilité "de tracer de façon abstraite une ligne de démarcation pour dire jusqu'où [le juge] peut aller de façon légitime dans cette matière". La justice constitutionnelle est au carrefour de débats fondamentaux trop nombreux et difficiles pour qu'il soit possible d'établir des principes d'interprétation qui les règlent tous. Comme l'écrit P. Carignan, "aucune balise n'indique la frontière" au-delà de laquelle on sort du domaine de l'exégèse pour entrer dans celui de la "création"; il arrive que l'interprète "ne sache pas lui-même s'il fait oeuvre d'exégète ou de créateur" et que, s'il est conscient de son rôle innovateur, il hésite à le laisser paraître et s'efforce de justifier la norme posée à l'aide des techniques de l'exégèse. Nous voici donc de retour à notre point de départ: s'il est vrai que le juge constitutionnel dispose d'une irréductible et indispensable marge de liberté dans l'interprétation des lois fondamentales, *quis custodiet ipsos custodes?*

Observons tout d'abord que le conflit entre la liberté du juge et la démocratie n'est pas antinomique au point qu'il n'ait "aucune légitimité démocratique" et devrait donc en principe s'incliner devant la volonté clairement exprimée de la majorité: le juge constitutionnel tient sa légitimité de la Constitution, adoptée généralement de façon démocratique, parfois par référendum, et modifiable de la même manière; le législateur qui s'en prend au tribunal ne tire-t-il pas sa légitimité de la même source? Il n'en est pas moins vrai, nous l'avons constaté, que des conflits réels peuvent surgir entre les juges et une majorité des citoyens, comme ce fut le cas aux États-Unis au début du siècle et à l'époque du *New Deal*. Sans doute s'agit-il de cas extrêmes, aggravés par le fait que la Cour suprême dissimulait avec peine la philosophie sociale de ses membres sous des prétentions de rigueur constitutionnelle. Cappelletti écrit avec raison à ce sujet que le système démocratique exige que les motifs réels des choix juridictionnels soient exposés: ce pouvoir doit être aussi transparent que les autres et l'on doit redouter tout particulièrement le juge qui s'avance masqué. Le "gouvernement des juges" est moins celui qui complète le droit par un processus d'interprétation créatrice, qui est dans la nature des fonctions juridictionnelles, que celui qui tente de cacher ses propres choix de société sous les apparences du raisonnement constitutionnel.

Lorsque les juges agissent de la sorte ou sont engagés dans un conflit sérieux avec le législateur, par qui peuvent-ils être contrôlés? Aucune institution n'est habilitée à réviser les décisions du plus haut tribunal constitutionnel de quelque démocratie que ce soit, si ce n'est l'autorité constituante elle-même. Les méthodes de révocation des juges ou de leurs arrêts (*impeachment* et *recall*) auraient miné le contrôle de constitutionnalité, donc tout le système politique américain et n'ont pas été retenues; le "*court-packing*" a été rejeté comme une mesure attentatoire à l'indépendance et à la crédibilité des juges suprêmes. Quant à l'issue offerte par le constituant, le gouvernement peut certes y avoir recours pour régler certains problèmes, comme le montrent l'adoption du XVI^e Amendement aux États-Unis et la démarche récente des autorités françaises dans l'affaire du droit d'asile, mais il lui faut alors se résigner au débat public et compter avec les garde-fous de la procédure de modification.

Les situations les plus difficiles se présentent lorsque cette procédure rend la modification impossible en pratique, faute d'un consensus suffisant ou tout simplement parce que les obstacles ou étapes à franchir paraissent trop importants. Ces contraintes seront d'autant moins supportables que persiste le regret d'une souveraineté parlementaire encore présente dans les esprits. La dénonciation du gouvernement des juges

tient parfois, nous l'avons vu, à des situations de ce genre. Quant à ceux qui, au contraire, invitent le juge constitutionnel à se faire constituant, c'est semblablement pour des motifs liés aux obstacles que comportent le mode de modification ou la force d'inertie des institutions. Si le juge cède à cette sollicitation ou considère qu'il lui appartient de trancher une question sous prétexte que le constituant ne s'y résoudra pas, son autorité devient-elle illégitime? D'un autre côté, le juge doit-il refuser toute occasion de faire évoluer la Constitution parce que son intervention risque de contrarier le législateur ou même l'opinion publique? Ne faut-il pas admettre avec le professeur L.L. Jaffe que l'innovation juridictionnelle a fait parfois évoluer la société américaine vers une plus grande justice?

Nous touchons ici aux limites du droit: si, pour une raison ou pour une autre, ne fonctionne pas la soupape de sûreté du pouvoir constituant, le dernier mot revient aux juges et non aux représentants élus. Nous avons constaté que la pression peut alors s'accumuler au point de menacer l'ensemble du système politique: il suffit que l'un des pouvoirs en présence répudie les règles du jeu et la résolution des conflits fondamentaux devient impossible. M. Rheinstein écrivait déjà en 1947 que l'issue de cette impasse ne se trouvait pas dans le droit. Autrefois, les sources du droit étaient implicitement données par le cadre religieux et moral; le juge était persuadé de "découvrir" le droit, non de le créer. Au XIX^e siècle, le positivisme semblait réduire son rôle à l'application mécanique de la loi. L'hétérogénéité sociale des États-Unis du XX^e, à laquelle se sont ajoutés le réalisme juridique et la "*sociological jurisprudence*", ont rendu caduques ces convictions anciennes: désormais, écrit Rheinstein, le juge sait qu'il détient une part du pouvoir de création du droit et il se trouve des philosophes-rois dans les écoles de droit et de sciences sociales pour le persuader d'en user vigoureusement pour le plus grand bien de la société. Cette doctrine veut que le peuple ait besoin de guides éclairés, de surveillants, et que les juges soient les mieux placés pour régler les grands problèmes en dernier ressort. Dès lors, aucune institution ne peut garder les gardiens de la Constitution, si ce n'est cette haute magistrature elle-même, sous le regard de l'opinion publique. Ce diagnostic ne nous paraît pas erroné mais demande à être complété: les juges ne sont pas les seuls à devoir faire preuve de retenue (*self-restraint*) ou de "vertu morale" et à porter la responsabilité du bon fonctionnement du régime démocratique.

Revenons à Platon. Certes, il juge durement la démocratie, mais n'en estime pas moins dans *Les Lois* que le régime politique le plus stable associe autorité et liberté, monarchie (ou aristocratie) et démocratie: ce type de gouvernement tend à l'harmonie par l'équilibre entre des éléments qui s'opposent au sein de la Cité. Aussi le Conseil "nocturne" de sages qu'il a imaginé à la fin de son oeuvre pour le maintien des lois fondamentales, s'inscrit-il dans un régime "mixte" combinant la sagesse et l'efficacité d'une élite avec le principe de liberté qui sous-tend le règne du nombre. L'organe suprême, qui fait appel à la connaissance, à la raison, à la vertu des meilleurs citoyens et dont le pouvoir n'a de limite que dans la sagesse de ses membres, est sans doute caractéristique de l'aristocratie (telle que le philosophe la conçoit), mais il est permis de penser, quoiqu'il ne le dise pas expressément, que la majorité démocratique, l'assemblée populaire et les magistrats qui la représentent, doivent se montrer infiniment modérés pour accepter pareil contrôle sur la vie de la Cité. Les Censeurs, de leur côté, ne sauraient manquer de confiance dans la démocratie au point de tomber dans la tyrannie, honnie de Platon; l'immutabilité absolue des lois fondamentales et des intérêts de groupes qui la sous-tendent serait sûrement le plus court chemin vers les protestations populaires et le désordre. Le Conseil nocturne doit faire preuve de vigilance dans la sauvegarde des lois fondamentales, mais c'est également un organe voué à l'unité de la Cité et il ne lui est pas interdit d'avoir l'intelligence des conditions de son salut.

Or, le système polyarchique qui sous-tend l'État de droit dans les démocraties occidentales n'est pas sans filiation avec le régime mixte de Platon et sans doute davantage encore avec la constitution "tempérée" d'Aristote, qui est à ses yeux le régime permettant le mieux d'accorder dans la stabilité les éléments oligarchique et démocratique présents dans toute société. Le constitutionnalisme moderne, en effet,

fondé, depuis Locke et Montesquieu, sur l'idée de la liberté comme objet même du gouvernement des hommes, ne saurait se développer sans concilier l'intervention des gouvernés avec celle des élites dans la conduite des affaires publiques et sans que soit suffisamment égale la compétition pour le pouvoir politique. Comme le fait observer le professeur C. Emeri, à la suite de R.A. Dahl, il existe une corrélation étroite entre les libertés, la limitation du pouvoir par le droit et l'acceptation du pluralisme: "La polyarchie repose sur l'État de droit, les deux termes sont inséparables, quasiment interchangeables".

C'est dans un tel système, essentiellement "mixte" et tempéré, que s'inscrit tout naturellement le contrôle des lois par rapport aux libertés et droits fondamentaux. Il implique cependant que les règles constitutionnelles s'imposent à tous et, idéalement, qu'aucun des acteurs n'abuse sciemment de la part de pouvoir qui lui est dévolue: ni le législateur, ni la majorité du moment, ni les groupes de pression, ni même le juge qui doit, le cas échéant, les ramener à l'ordre constitutionnel. La retenue et la modération de tous sont des conditions de la stabilité de l'État démocratique libéral. Une majorité parlementaire qui crierait au gouvernement des juges dès que ses desseins seraient contrecarrés par la constitution ne ferait qu'affaiblir le système qui légitime son propre pouvoir; quant à ceux qui voudraient amener les juges à refaire la constitution, par manque de confiance dans la démocratie, ils saperaient les fondements mêmes de ce régime.

Quis custodiet custodes? Si le constitutionnalisme a enchâssé les libertés et les mécanismes qui les assurent dans le droit positif, la garantie ultime de ces règles, une fois atteint le sommet de la "pyramide" des normes, repose non seulement sur le fragile édifice juridique, mais d'abord sur le comportement de ceux qui l'habitent, parmi lesquels le juge représente l'élément de sagesse et de continuité dont aucune société ne saurait se passer. Ce comportement est ancré dans les valeurs, les moeurs et la culture politique de chaque peuple. En dernière analyse, ce ne sont pas les normes juridiques qui donnent la solution de l'énigme des gardiens du droit fondamental, mais ces principes de légitimité que G. Ferrero appelait les génies invisibles de la Cité.

[1] Ce n'est pas la première fois que l'épigramme de Juvénal est appliquée aux juges: voir, par exemple, Mauro CAPPELLETTI, «*Quis custodes custodiet? Qui nous protégera contre ceux qui nous protègent?*», dans Louis FAVOREU (dir.), *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 115, portant sur la responsabilité des autorités judiciaires; plus près de notre propos, qui porte sur l'indépendance des juges et le conflit possible entre ceux-ci et les pouvoirs démocratiquement élus, voir Max RHEINSTEIN, «*Who Watches the Watchmen?*», dans *Interpretation of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947, pp. 589-603; Louis FAVOREU, «*Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français*», dans Jacques LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 61, à la page 83: «*Qui garde le gardien?*» Les réponses de ces auteurs seront étudiées dans l'exposé qui suit.

[2] Professeur titulaire de droit public à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, membre correspondant de l'Institut de France (Académie des Sciences morales et politiques).

[3] *Constitution d'Athènes (circa 324 av. J.-C.)*, Paris, Société d'édition «Les Belles-Lettres», 1972, VIII,

[4] *Id.*, XXV, 2, p. 27; XXIX, 3, p. 32; XXXV, 2, p. 38; XL, 2, p. 42; XLV, 4, p. 48.

[5] *Politique*, IV, XVI, 2, Paris, Société d'édition «Les Belles-Lettres», 1971, t. II, p. 188.

[6] *Politique*, IV, IV, 29 et 30, dans *id.*, p. 157.

[7] *La République*, VIII, 557C et suiv., Paris, Société d'édition «Les Belles-Lettres», 1934, t. VII, p. 26.

[8] *Les Lois*, XII, 960 b7 et e10, dans *Oeuvres complètes*, Paris, Société d'édition «Les Belles-Lettres», 1956, t. XII, 2e partie, pp. 73-75.

[9] *Id.*, 951d5 et 7; 960d5, pp. 61, 74. Voir Léo STRAUSS, *Argument et action des Lois de Platon*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1990, p. 243.

[10] *Les Lois*, 958c3; 951d4 „ e4; 961a1 „ c 2, pp. 61, 71, 75; voir L. STRAUSS, *op. cit.*, note 7, p. 252.

[11] *Les Lois*, 968c3; 969b4, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 6, pp. 87 et 88; *Épinomis*, 992a5, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 6, p. 159.

[12] *Épinomis*, 992 d5, dans *Oeuvres complètes*, *op. cit.*, note 6, p. 159.

[13] Voir la comparaison des idées de Platon et d'Aristote dans François CHÂTELET, Olivier DUHAMEL et Evelyne PIZIER, *Histoire des idées politiques*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1989, p. 11.

[14] Voir Alexander HAMILTON, James MADISON et John JAY, *The Federalist Papers*, New York et Toronto, The new american library, 1961, no 78 (Alexander Hamilton), pp. 464-472; C.P. CURTIS, Jr., *Lions Under the Throne* (1947), pp. 10-12; Archibald COX, *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, Oxford University Press, 1976, p. 15.

[15] 5 U.S. (1 Cranch) 137, 137 et 177.

[16] *Id.*, p. 179; cf., *Constitution des États-Unis* (1787), art. I §9(3) et I §10, dans *Constitutions of the*

[17] 5 U.S. (1 Cranch) 137, 167 et 177.

[18] A. COX, *op. cit.*, note 12, p. 15: une demi-douzaine d'interventions vont dans le même sens à la Convention.

[19] C.P. CURTIS, *op. cit.*, note 12, p. 45.

[20] A. COX, *op. cit.*, note 12, pp. 29 et 30.

[21] Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835-1840, vol. I, Paris, Gallimard, 1986, p. 164. Selon le commentateur américain le plus éminent de l'époque, Joseph STORY, le pouvoir de contrôle des tribunaux et leur droit de prononcer la nullité des actes du Congrès et des États contraires à la Constitution étaient déjà incontestés à cette époque: *Commentaries on the Constitution of the United States* (1833; traduction française Paul ODENT, *Commentaires sur la Constitution des États-Unis*, t. 2, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1845, pp. 455 et 456, par. 1020.

[22] *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 158 U.S. 601 (1895).

[23] L.B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, 1932; réédité en 1968; l'auteur avait publié en 1911 un article sous le même titre: (1911) 26 *Pol. Sc. Quart.* 238.

[24] Charles MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois, Les grands thèmes*, 1748, Paris, Gallimard, 1970, p. 167.

[25] *Id.*, p. 168; voir S. RIALS, «La fonction de juger», (1990) 9, 6.

[26] C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 22, II, 4, p. 57.

[27] *Id.*, XI, 6, pp. 168-170; voir Louis DESGRAVES, *Montesquieu*, Paris, Mazarine, 1986, p. 325; Charles DEDÉYAN, *Montesquieu ou les Lumières d'Albion*, Paris, Librairie Nizet, 1990, pp. 197-200.

[28] ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE, *Décret sur l'organisation judiciaire*, 16-24 août 1790, art. 10 et 13, dans Jean Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets*,

ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État, t. I, Paris, Sirey, 1824, p. 363; CONVENTION NATIONALE, *Décret qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration*, 16 fructidor an 3 (2 sept. 1795), art. unique, dans J.B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. 8, Paris, Sirey, 1825, p. 315; voir Dominique TURPIN, *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 73, 117.

[29] Discours des 2 et 18 thermidor an III (1795), dans *Moniteur universel*, t. XXV, p. 293; voir Paul BASTID, *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 167; D. TURPIN, *op. cit.*, note 26, p. 115.

[30] *Constitution du 14 janvier 1852*, art. 27, dans Stéphane RIALS, *Textes constitutionnels français*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1982, p. 65.

[31] Benjamin CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin, 1861, pp. vi, 153 et 154.

[32] Alexis de TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, 6 éd., t. V, 1957, p. 91.

[33] Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, éd. UGE, Coll. 10-18, 1963, pp. 66, 151; voir André JARDIN, *Alexis de Tocqueville, 1805-1859*, Paris, Hachette, 1984, pp. 397, 399.

[34] Edouard LABOULAYE, *Histoire des États-Unis*, Paris, Charpentier, 2e éd., 1866-1867, pp. 470, 479, 496.

[35] Jules Charles Victorien, duc de NOAILLES, *Cent ans de République aux États-Unis*, 1886-1889, t. II, pp. 149, 163 et 213.

[36] *Id.*, pp. 200, 210 et 211, 217.

[37] Raymond CARRÉ de MAILBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Recueil Sirey, 1920-1922, pp. 488, 490, 492.

[38] Adhémar ESMEIN et Henry NÉZARD, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd., t. I, Paris, Sirey, 1921, pp. 561 et 562.

[39] *Id.*, pp. 537, 563, 586, 592 et 595.

[40] *Id.*, pp. 74, 563 et 595.

[41] J.O., 16 mars 1894, Ch. des députés, p. 529; *cf.*, A. ESMEIN et H. NÉZARD, *op. cit.*, note 36, p. 600.

[42] J.O., 28 jan. 1903, Ch., *Doc. parl.*, p. 99; J.O., 28 fév. 1903, p. 97.

[43] Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, Paris, De Boccard, 1921, pp. 22-36.

[44] Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel* 2e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 731.

[45] Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, De Boccard, 1911, pp. 101-103.

[46] Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, p. 645; voir A. LECA, «Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen», (1987) XII *Rev. recherche jur., droit prospectif* 957, 975.

[47] M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, note 42, pp. 137, 296, 303-307. Hauriou ne voit là aucun risque de prosélytisme judiciaire car, à ses yeux, c'est l'absence de juridiction administrative distincte qui explique cette dérive aux États-Unis.

[48] Louis DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. 3, Paris, De Boccard, 1923, pp. 160, 547, 660, 664, 667, 673 et 674.

[49] Gaston JÈZE, «Notes de jurisprudence », Le contrôle juridictionnel des lois», (1924) *R.D.P.* 385, 401-403, 412 et 413. Dans le même esprit, voir Pierre LAROQUE, «Les juges français et le contrôle de la loi», (1926) 43 *R.D.P.* 722, 732 et 736.

[50] G. JÈZE, *loc. cit.*, note 47, 414.

[51] *Constitution du 24 juin 1793*, art. 123, dans Léon DUGUIT, H. MONNIER et Roger BONNARD, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 7e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, p. 73; *Constitution du 5 fructidor an III*, art. 377, dans *id.*, p. 109.

[52] P. BASTID, *op. cit.*, note 27, p. 170.

[53] *Constitution fédérale du 1er octobre 1920*, art. 137-148, dans François Rodolphe DARESTE, *Les Constitutions modernes*, t. I, Paris, Sirey, 1928, pp. 331-335; version révisée, art. 137-148j, dans Gisbert H. FLANZ et Peter KNIZE, «Austria», dans Albert BLAUSTEIN et Gisbert FLANZ, *Constitutions of the Countries of the World*, Dobbs Ferry, Oceana, 1985, pp. 116-131. Ces dispositions s'inspiraient sans doute également de la tradition du *Reichskammergericht*, créé vers la fin du XVe siècle en vue de contrôler l'exercice du pouvoir dans les principaux membres de l'Empire, et du *Reichsgericht* établi par l'*Ausgleich* austro-hongrois de 1867, composé de membres nommés par les Parlements des deux États en vue de contrôler la conformité des lois de ces Assemblées à la Constitution de l'Empire. Sur le *Reichskammergericht*, voir Jacques-Yvan MORIN, «The Rule of Law and the *Rechtsstaat* Concept: a Comparison», dans Edward McWHINNEY, J. ZASLOVE et W. WOLF (dir.), *Federalism-in-the-Making*, 1992, pp. 60 et 69; sur le *Reichsgericht*, voir A. LECA, *loc. cit.*, note 44, 976 et suiv.

[54] Outre les auteurs mentionnés ci-dessus, voir A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, 1928, p. 377, où l'auteur exprime le vœu de voir instaurer en France le système de l'exception d'inconstitutionnalité «qui fonctionne si bien aux États-Unis depuis si longtemps, qui s'étend à des pays de plus en plus nombreux [...]; rien ne doit plus légitimement s'y opposer [...], le milieu juridique y est de plus en plus favorable».

[55] Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienne, Franz Deuticke, 1934 voir la traduction française de Charles EISEMANN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962; voir également Charles EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1928.

[56] Hans Kelsen, «La garantie constitutionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», (1928) *R.D.P.* 197, 224-227, 233, 236, 247, 252.

[57] Louis FAVOREU, «Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale», (1984) 100 *R.D.P.* 1147, 1176.

[58] Comité technique pour la réforme de l'État, *La France de demain. Son gouvernement. Ses assemblées. Sa justice*, 1936. L'article 13 du projet prévoyait également un contrôle préalable par voie consultative sur saisine par une assemblée parlementaire. Voir M. LEVINET, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois dans le projet du Comité technique pour la réforme de l'État (1936)», (1987) 19-20 *Rev. de sc. admin. de la Médit. occid.* 24-28.

[59] J. Bardoux revient à la charge à cette occasion, proposant que la Déclaration des droits soit «garantie par des sanctions», les citoyens étant habilités à soulever l'exception d'inconstitutionnalité; l'exception serait jugée par la Cour de Cassation (pour les lois) et par le Conseil d'État (pour les décrets et arrêtés). L'Assemblée refuse cependant de le suivre, préférant s'en tenir à la création du Comité constitutionnel: voir *Débats de l'Assemblée nationale constituante*, J.O.R.F., 28 août et 17 septembre 1946, pp. 3362, 3764.

[60] P. BASTID, *op. cit.*, note 27, p. 170.

[61] *Constitution de la République Française*, 27 oct. 1946, art. 91 et 92, dans L. DUGUIT, H. MONNIER et R. BONNARD, *op. cit.*, note 49, p. 569.

[62] P. BASTID, *op. cit.*, note 27, p. 188.

[63] Texte dans S. RIALS, *op. cit.*, note 28, pp. 101, 108 et 109.

[64] Jean-Louis DEBRÉ, *La Constitution de la Ve République*, Paris, P.U.F., 1975, p. 13.

[65] Décision 44 DC du 16 juillet 1971 (*Liberté d'association*), dans Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 4e éd., Paris, Sirey, 1986, pp. 239, 241 (ci-après cité: «*Grandes décisions*»).

[66] Jean RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2e éd., Paris, Economica, 1987, p. 154; sur la situation antérieure, du même auteur, «Le système français de protection des droits de l'homme», (1968) I *Droits de l'homme* 73.

[67] Voir Jean GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 11e éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 847.

[68] *Loi constitutionnelle no 74-904*, 29 octobre 1974, J.O., 30 octobre 1974.

[69] L. HAMON, *Les juges de la loi*, 1987, pp. 159 et 165.

[70] Voir Hans KELSEN, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois », Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine», (traduction de L. Favoreu de l'article paru dans (1942) 4 *J. Politics* 183, (1990) 1 *R.F.D.C.* 17.

[71] Constitution de 1958, dans S. RIALS, *op. cit.*, note 28, art. 56. Les membres à vie, anciens Présidents de la République, n'ont pas siégé au Conseil.

[72] Voir Jean RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2e éd., Paris, Economica, 1987, p.

23: l'auteur estime que la règle française du renouvellement par tiers, si critiquée par certains, se révèle beaucoup plus sage que la méthode américaine. Les événements relatés plus bas lui donnent raison. Dans le même sens, voir Frederick Lee MORTON, «Judicial Review in France: A Comparative Analysis», (1988) 36 *Amer. J. Compar. L.* 89, 98 et 99.

[73] D. TURPIN, *op. cit.*, note 26, p. 475; voir également J. RIVERO, *op. cit.*, note 70, p. 2: «Paradoxalement, c'est peut-être la prépondérance des non-juristes au sein du Conseil qui a permis [l']achèvement de l'État de droit».

[74] Voir Louis FAVOREU, «Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale», (1984) 100 *R.D.P.* 1178, 1201; J. GICQUEL, *op. cit.*, note 65, p. 835; D. TURPIN, *op. cit.*, note 26, p. 475.

[75] Voir *infra*, note 102.

[76] *Case of Proclamations* (1611), 12 Co. Rep. 74; 77 E.R. 1352 (K.B.): «[T]he King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him».

[77] Voir Robert J. SHARPE, *The Law of Habeas Corpus*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 1-7.

[78] 19 St. Tr. 1030; 95 E.R. 807 (K.B.).

[79] C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 22, XI, 6, pp. 168, 182.

[80] Voir L. DESGRAVES, *op. cit.*, note 25, p. 325.

[81] A. JARDIN, *op. cit.*, note 31, p. 226.

[82] Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Le Royaume-Uni*, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 342.

[83] *Dr. Bonham's Case* (1610), 8 Co. Rep. 114, 118; 77 E.R. 638, 652.

[84] *Act of Settlement, 1701*, 12 & 13 Gul. III, c. 2, art. III.

[85] John LOCKE, *Second Treatise on Civil Government*, traduit par Bernard GILSON *sub. tit. Deuxième traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1967, II, no 20, p. 85; voir également la traduction de Jean-Louis FYOT, *sub. tit. Essais sur le pouvoir civil de John Locke*, Paris, P.U.F., 1953, 75.

[86] Voir Raymond POLIN, *La politique morale de John Locke*, Paris, P.U.F., 1960, p. 219; Ruth W. GRANT, *John Locke's Liberalism*, Chicago, University of Chicago Press, 1987, p. 75.

[87] *Deuxième traité*, *op. cit.*, note 83, XII, n° 143, p. 159; voir R.W. GRANT, *op. cit.*, note 84, pp. 74-78.

[88] *Deuxième traité*, *op. cit.*, note 83, no 149, p. 161.

[89] *Id.*, XIV, n° 168; XIX, nos 222, 240, 242-243; voir R. POLIN, *op. cit.*, note 84, p. 226.

[90] Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd., Londres, McMillan, 1961, pp. 39-85; traduit par André BATUT et Gaston JÈZE, *sub. tit., Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902.

[91] *Id.*, pp. 406, 411, 413 et 414.

[92] *European Communities Act 1972*, c. 68, art. 1-3.

[93] *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, 4 nov. 1950, art. 25, 46, 53, S.T.E. no 5, reproduite dans Jacques-Yvan MORIN, Francis RIGALDIES et Daniel TURP, *Droit international public*, *Notes et documents*, 2e éd., t. I, Montréal, Éditions Thémis, p. 343.

[94] *Sunday Times Ltd. c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, Cour européenne des droits de l'homme, Publications, Sér. A, vol. 30, reproduit dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *op. cit.*, note 91, pp. 903-924.

[95] Cour européenne, Publications, Sér. A, vol. 18 (*Golder*); vol. 61 (*Silver*); vol. 82 (*Malone*).

[96] *Golder*, précitée, note 93, pp. 32-63.

[97] Voir J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 51, 60, 82.

[98] Voir Michael ZANDER, «The British Experience », The Effort to Have the European Convention on Human Rights Incorporated», dans Lars Adam REHOF et Claus GULMANN (dir.), *Human Rights in Domestic Law and Development Assistance Policies of the Nordic Countries*, Boston, M. Nijhoff, 1989, p. 143.

[99] *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.). La Cour suprême du Canada a repris à son compte cette règle d'interprétation: voir Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985, pp. 341, 657, 726.

[100] Sur l'ensemble du débat, voir Guy TREMBLAY et Sylvain BELLAVANCE, «La suprématie législative et l'édiction d'une charte des droits britannique», (1988) 29 *C. de D.* 637.

[101] *Id.*, 641.

[102] M. ZANDER, *loc. cit.*, note 96, 145.

[103] *Id.*, 147, 150.

[104] L'I.P.P.R. est un organisme indépendant voué à l'étude des questions sociales, économiques et politiques par la recherche, la discussion et la publication. Son siège est à Londres.

[105] Cette disposition du projet (art. 69) ne manquerait pas de forcer les tribunaux à choisir entre leur jurisprudence traditionnelle, selon laquelle le Parlement ne saurait se lier les mains pour l'avenir, et la jurisprudence du Conseil privé portant sur certains pays du *Commonwealth*, aux termes de laquelle le Parlement en aurait le pouvoir quant à la procédure à suivre («*as to manner and form*»). Voir *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health*, [1934] A.C. 526 (P.C.); Jacques-Yvan MORIN, «Pour une nouvelle Constitution du Québec», (1985) 30 *R.D. McGill* 171, 208-212.

[106] *The Constitution of the United Kingdom* (1991), projets d'articles nos 102 à 113; voir l'introduction, pp. 6, 18, 19.

[107] L'expression est de J. RIVERO, *op. cit.*, note 70, p. 54.

[108] Cf., Normand S. MARSH, «The Rule of Law as a Supra-National Concept», dans Anthony G. GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 223, 253.

[109] Jean BEETZ, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la Constitution du Canada», (1958) 18 *R. du B.* 361, 372.

[110] *Loi constitutionnelle de 1982*, adoptée en tant qu'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art. 1-34.

[111] Voir notamment *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 300-356 et l'opinion dissidente qu'il partage avec le juge McIntyre dans *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1005-1009.

[112] 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

[113] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[114] «[N]or shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws». Traduction française dans Ph. BÉNÉTON, «La Cour suprême des États-Unis: Un gouvernement des juges», dans DOC. FRANÇ., *Problèmes politiques et sociaux*, no 335, 1978, p. 41.