

Les qualités d'une Cour constitutionnelle : retour sur la dénomination du Conseil constitutionnel et la contestation de son caractère juridictionnel en comparaison avec le cas de la Belgique

Par Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Directrice de recherches au CNRS UMR 6201, Directrice adjointe de l'ILF-GERJC

Nombreux sont ceux qui, parmi les élus, les représentants politiques ou la doctrine estiment que le Conseil constitutionnel n'est pas une véritable juridiction.

Il peut paraître surprenant de revenir, -encore une fois pourrait-on dire avec un certain agacement-, sur ce thème, en 2011, alors que la doctrine se divise depuis plusieurs décennies sur la question du caractère juridictionnel ou non de cet organe. Ce débat même est contesté comme « remuant de faux problèmes »¹ ou encore débouchant sur une « controverse stérile »². Même si une réponse claire en faveur du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel a été développée depuis de nombreuses années par l'école aixoise, dans laquelle cette contribution se situe, il ne semble pas inintéressant de revenir sur ce débat aujourd'hui pour plusieurs raisons : Tout d'abord, avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010, la compétence juridictionnelle du Conseil constitutionnel s'est renforcée et même pleinement affirmée à travers une procédure qui s'est rapprochée de celle des juridictions dites ordinaires ; ensuite, parce qu'en 2008, en même temps que l'introduction d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité a été adoptée, il avait été proposé par le Sénat de changer la dénomination du Conseil constitutionnel en Cour constitutionnelle³ ; enfin, parce que son Président, Jean-Louis Debré, souhaite officiellement que cette nouvelle dénomination soit attribuée à l'organe qu'il préside afin de renforcer sa légitimité au sein des institutions et aux yeux des citoyens⁴. La question n'est donc pas dépassée et, si elle est récurrente, elle réapparaît sur le devant de la scène avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (ci-après QPC). Ce retour en force du débat sur la nature du Conseil constitutionnel s'explique aisément : aujourd'hui, les spécialistes de chaque branche du droit, confrontés à la nouvelle procédure, s'intéressent au Conseil constitutionnel, découvrent réellement sa fonction et ses compétences et, partant, se posent la question de sa légitimité en tant que juridiction. De là, les débats anciens resurgissent, sur sa composition et la désignation de ses membres, sur son mode de fonctionnement, sur la qualité et l'autorité de ses décisions. Face à un Conseil d'Etat ou une Cour de cassation puissants et dont la légitimité, sur le plan tant organique que jurisprudentiel, est acquise de longue date, la légitimité juridictionnelle du Conseil constitutionnel semble bien fragile.

Il est indéniable qu'une réforme du Conseil constitutionnel est nécessaire s'il veut perdurer face à la vigueur des critiques dont il fait l'objet. Cependant, il convient déjà de noter que les contestations portent principalement sur l'organe. En effet, paradoxalement, la composition de l'organe est fortement critiquée alors que la

¹ O. Pfersmann, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », *Mélanges en l'honneur de F. Delpérée - Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant et LGDJ, 2007, p. 1154.

² D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^e éd., 2010, p. 79.

³ Sur la proposition de Robert Badinter, amendement n° 321 rect. du 16 juin 2008, proposé dans le cadre de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

⁴ Propos tenus en introduction du colloque du 26 novembre 2010 à Aix-en Provence, *Premiers bilans de la QPC*, actes à paraître.

jurisprudence rendue et l'autorité de ses décisions l'est beaucoup moins. Mieux, il est reproché au Conseil constitutionnel de manquer d'audace et d'offrir une jurisprudence trop modeste. Paradoxalement encore, sa jurisprudence est jugée trop prévisible. Or, la prévisibilité n'est-ce pas ce qui est attendu d'une juridiction ? A l'inverse, une institution politique n'a-t-elle pas pour caractéristique de rendre des décisions d'opportunités justifiées par des motifs politiques ? N'y aurait-il pas tendance à tout confondre en raison d'une méconnaissance persistante à la fois de la notion et de la fonction de justice constitutionnelle ?

Récurrente, ancienne, la question de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel, suppose d'être abordée avec méthodologie⁵. La perspective comparatiste, pour traiter cette question, se justifie par deux raisons principales. Tout d'abord, et il s'agit d'un point qu'il convient de rappeler et souligner fortement, parce que la juridiction constitutionnelle d'un Etat ne peut pas se comparer aux juridictions ordinaires. Sa fonction de garantie de la Constitution contre le pouvoir législatif, ou plus largement, les « actes de puissance » pour reprendre l'expression allemande, en fait nécessairement une institution dont la légitimité est contestée par les autres pouvoirs. Sa fonction d'opposition, fonction contre-majoritaire, en font un organe nécessairement et perpétuellement mis en cause par la majorité. De ce point de vue, il n'y a pas lieu d'attendre, eu égard aux conditions de naissance de la justice constitutionnelle en France, une reconnaissance de la qualité de juridiction au Conseil constitutionnel par ses interlocuteurs internes (parlement, pouvoir exécutif, juges ordinaires). Les qualités d'une juridiction constitutionnelle ne peuvent également pas s'apprécier en comparaison des juridictions internes car la juridiction constitutionnelle n'a pas de concurrent et toute comparaison ne peut servir qu'à mettre en exergue ses spécificités. Ses fonctions sont spécifiques en ce qu'elles touchent directement à l'expression de la volonté générale. Il en résulte qu'apprécier les qualités d'une juridiction, en tant que cour constitutionnelle, ne peut se faire que par rapport aux autres cours constitutionnelles. Cette démarche comparatiste fut celle employée inlassablement par le Doyen Favoreu pour démontrer que le Conseil constitutionnel est une cour constitutionnelle avec un mode de nomination des membres, des modalités de saisine et des méthodes de jugement qui se rapprochent de ses homologues européennes. Pour Louis Favoreu, une cour constitutionnelle est, en particulier, un organe chargé de manière concentrée, et exclusive, du contrôle de constitutionnalité des lois, disposant d'un statut constitutionnel, distincte et détachée de l'appareil juridictionnel ordinaire⁶, dont les décisions ont un effet *erga omnes*⁷. La spécificité du contentieux qu'elle a à connaître, le contrôle de la constitutionnalité des lois en particulier, peut expliquer son mode de saisine et sa composition. Cette définition reste doctrinale et peut faire l'objet de contestations. Aussi, la définition doctrinale peut-elle être doublée d'un constat de la reconnaissance de la qualité de juridiction constitutionnelle, et particulièrement de la fonction juridictionnelle de l'institution par les Cours constitutionnelles étrangères, les cours régionales et les organisations internationales, c'est-à-dire les interlocuteurs

⁵ Voir O. Pfersmann, ci-dessus.

⁶ Dans la plupart des systèmes, le titre relatif à la cour constitutionnelle est distinct de celui relatif au pouvoir ou à l'autorité judiciaire mais ce n'est pas toujours le cas, comme l'illustre l'exemple de l'Allemagne.

⁷ L. Favoreu, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° IV-1988, pp. 57-61. Plus largement, voir H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *Revue de droit public*, 1928, pp. 198-257.

externes, et indépendants, du Conseil constitutionnel. De ce point de vue, les qualités attendues d'une juridiction constitutionnelle sont claires : l'accessibilité, l'indépendance de l'institution et de ses membres, l'impartialité, des garanties procédurales, des décisions motivées, une autorité de chose jugée. L'article 6 du statut de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes définit, pour sa part, la qualité de membre de la manière suivante : « Ne peuvent acquérir la qualité de membre à part entière que les Cours constitutionnelles et les institutions analogues européennes, compétentes dans le domaine de la justice constitutionnelle, en particulier celui du contrôle des normes, exerçant leur activité juridictionnelle de manière indépendante et se conformant aux principes fondamentaux de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi qu'au respect des droits de l'homme. Ce faisant, la Conférence prend en compte la pratique suivie jusqu'à ce jour par elle et le Conseil de l'Europe ».

Au regard de ces attentes, le Conseil constitutionnel est indéniablement une cour constitutionnelle reconnue et intégrée depuis 1987 à cette conférence. On peut en déduire que dénier la qualité de Cour constitutionnelle au Conseil constitutionnel revient à dénier cette qualité à toutes les autres Cours constitutionnelles européennes admises à cette conférence et acceptée en tant que telles. Par conséquent, il apparaît que rejeter le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel tient avant tout à une méconnaissance de la fonction et des spécificités de la justice constitutionnelle, par ceux qui portent ce jugement, et qui les conduit notamment à vouloir apprécier la juridiction constitutionnelle en fonction du modèle des juridictions internes dites ordinaires.

Il est vrai qu'à la différence des cours constitutionnelles allemande⁸, italienne⁹, espagnole¹⁰, portugaise¹¹ ou encore Belge¹², pour s'en tenir aux démocraties qui nous entourent, le Conseil constitutionnel, pour des raisons tenant aux conditions de sa mise en place, n'est pas qualifié de cour ou de tribunal dans la Constitution. Or, l'avantage de cette inscription officielle est que ces cours bénéficient d'une présomption constitutionnelle de juridictionnalité : ce sont des juridictions car la Constitution les qualifie comme telles. Pour autant, tous ces organes, quelle que soit leur dénomination, et malgré leur « spécialité »¹³, présentent des caractéristiques communes permettant de les identifier comme un groupe dénommé « cours constitutionnelles » dont le Conseil constitutionnel fait pleinement partie¹⁴. Avec la réforme de 2008, conduisant à introduire la QPC en 2010, le Conseil constitutionnel se rapproche encore de ses homologues étrangers qui connaissent le recours préjudiciel par saisine de juge à juge¹⁵. En revanche, le Conseil constitutionnel français ne connaît pas de forme de recours direct exercé par les citoyens pour la garantie des droits fondamentaux, pas plus que la Cour constitutionnelle italienne, par exemple.

Les cours constitutionnelles ont donc des caractéristiques communes du point de vue institutionnel et fonctionnel. Elles en ont également du point de vue de la jurisprudence. Certes, la comparaison des systèmes juridiques doit se faire avec d'infinies précautions. Elisabeth Zoller nous rappelle qu'« il faut admettre que chaque ordre juridique est unique et que chaque système constitutionnel est le produit finement ouvragé d'une

⁸ Article 92 de la Loi fondamentale allemande.

⁹ Article 134 de la Constitution italienne.

¹⁰ Titre IX de la Constitution espagnole.

¹¹ Titre VI de la Constitution portugaise.

¹² Article 142 de la Constitution belge.

¹³ Voir L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, p. 27.

¹⁴ L. Favoreu, W. Mastor, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵ Ceci est le cas de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de l'Espagne et de l'Italie.

culture globale dans lequel il s'insère »¹⁶. Il nous paraît cependant que l'on peut faire des rapprochements en ce qui concerne la jurisprudence des Cours constitutionnelles, aboutissant à comparer les interprétations données par rapport aux dispositions constitutionnelles de chaque ordre juridique. Cela peut se justifier pleinement en matière de droits fondamentaux en raison du phénomène de « transnationalisation » en la matière. Sous l'effet des organisations et des juridictions régionales, en particulier, il a été largement constaté que les catalogues constitutionnels et européens de droits fondamentaux ont tendance à s'homogénéiser. Cette comparaison nécessite des précautions supplémentaires en ce qui concerne les institutions politiques dont la place et l'évolution est plus directement influencée par l'histoire et la culture de chaque Etat. Si la comparaison peut-être établie, elle devra passer par une connaissance approfondie de chaque système juridique étudié. Par ailleurs, la comparaison se construit, notamment par rapport au but recherché par celui qui fait la démonstration. On peut alors reprocher à celui qui compare un certain opportunisme dans le choix des pays de comparaison. Voilà pourquoi ce choix doit être pleinement justifié¹⁷ même si, selon le point de vue que l'on adopte, il peut toujours être contesté.

Pour revenir sur le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel, et précisément sa qualité de cour constitutionnelle, l'attention doit être portée sur le contexte de sa mise en place et de son développement. En effet, au-delà des caractéristiques communes et des jurisprudences tendant à se rapprocher, il apparaît que le point essentiel de la controverse, conduisant à mettre en cause la légitimité du Conseil constitutionnel en tant que juridiction, provient de ce contexte. Ainsi, l'attention se focalisera sur des cours constitutionnelles qui auraient pu connaître des conditions de naissance et un contexte de développement pouvant être rapproché du cas français.

Cette approche conduit d'emblée à écarter les systèmes de contrôle diffus et les systèmes de contrôle mixte posant des problèmes différents, -auxquels la France pourrait être confrontée dans quelques temps au regard de la façon dont est mise en œuvre la QPC, mais ce n'est pas l'objet de cette réflexion-. Seront également écartés les Etats en transition démocratique et les Etats non démocratiques, bien que nombre de ces Etats connaissent des institutions dénommées Conseil constitutionnel, dans un contexte cependant très différent¹⁸. Si dans nombre de ces Etats, le Conseil constitutionnel peut être une institution de façade au service de l'exécutif, à compétence souvent limitée, dont l'impartialité peut être mise en doute, le Conseil constitutionnel français a été mis en place et s'est développé depuis plus de cinquante ans dans un Etat répondant aux critères de la démocratie. En outre, le mode de saisine, ou de consultation, et l'étendue des compétences de ces conseils diffèrent de ceux du Conseil constitutionnel français aujourd'hui.

Par ailleurs, en Europe, seront également écartées les Cours constitutionnelles de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie et du Portugal. Cela peut paraître plus surprenant¹⁹.

¹⁶ E. Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 133.

¹⁷ Voir M.-C. Ponthoreau, « Le droit comparé en question (s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *Revue internationale de droit comparé*, n° 1-2005, pp. 7 à 27.

¹⁸ On trouve des institutions dénommées Conseil constitutionnel dans les Etats suivants : Algérie, Burkina Faso, Cambodge, Côte d'Ivoire, Djibouti, Liban, Maroc, Mauritanie, Mozambique, Tchad, Tunisie.

¹⁹ Mais soulignons encore une fois que l'étude comparée porte non sur la jurisprudence mais sur les conditions de légitimation de l'organe de justice constitutionnelle lui-même.

Toutefois, les conditions de leur avènement, le rôle de premier plan qu'elles ont eu à jouer dans la transition démocratique et la confiance qui en a découlé de la part des citoyens, conduisent, encore aujourd'hui, à les distinguer sur le plan institutionnel du Conseil constitutionnel français²⁰. La Cour constitutionnelle de Karlsruhe, par exemple, est un des piliers de la démocratie allemande et les critiques dont elle a pu faire l'objet, comme cela a pu être le cas dans l'affaire du crucifix dans les écoles²¹, sont à la hauteur de la puissance détenue par la juridiction, sans comparaison avec notre modeste Conseil constitutionnel. Finalement, au-delà de la jurisprudence et du fonctionnement de l'institution, tel qu'organisé par les textes, peu de cours constitutionnelles européennes peuvent se prêter à la comparaison avec le Conseil constitutionnel français, si ce n'est la Cour constitutionnelle de Belgique. Bien évidemment, ce choix lui-même peut être contesté : La Belgique est un Etat fédéral dans lequel les querelles communautaires prennent une place très importante sur la scène politique. Ce n'est pas un problème que rencontre la France. En outre, dès sa création, en 1980, la juridiction Belge a été qualifiée de Cour d'arbitrage²² puis, en 2007, de Cour constitutionnelle, consécration que n'a pas connu le Conseil constitutionnel français. Enfin, la Cour constitutionnelle est une cour à compétence encore limitée par les textes par rapport aux normes constitutionnelles. Elle peut donc être considérée comme plus faible, au regard des textes, que le Conseil constitutionnel, ce qui, au terme de la comparaison, est susceptible de desservir ce dernier. Cependant, l'objet de cette étude n'est pas d'illustrer la faiblesse du Conseil constitutionnel mais de démontrer que des conditions de naissance défavorables peuvent expliquer qu'une Cour constitutionnelle ait plus de difficultés à être acceptée en tant que telle, si cette légitimation étant plus lente que dans un contexte, par exemple, de transition démocratique dans lequel la juridiction constitutionnelle joue un rôle déterminant.

L'étude de la naissance, de la compétence et de la reconnaissance de la Cour constitutionnelle Belge laisse apparaître de larges points de rencontre avec les questions posées autour du Conseil constitutionnel français. La Cour belge comme le Conseil constitutionnel français ne sont pas passés par la voie de la légitimité historique qu'ont connues leurs homologues européennes. Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, ni en France, ni en Belgique, la faillibilité du Législateur n'a pas été pointée du doigt. Il n'y a pas eu de prise de conscience nationale de la nécessité de la justice constitutionnelle comme garante de la protection et de l'enracinement des droits fondamentaux. Pourtant, la Cour constitutionnelle belge semble connaître une évolution plus rapide que le Conseil constitutionnel français. En 2007, notamment la Cour d'arbitrage a reçu officiellement le nom de Cour constitutionnelle. Pourquoi la France ne lui a-t-elle pas emboité le pas en 2008 ? Pour répondre à cette question, nous allons analyser les acquis, les faiblesses et les défis du Conseil constitutionnel en effectuant une comparaison avec la Cour constitutionnelle Belge.

²⁰ Dans le prolongement du constat effectué par Louis Favoreu en 1982, voir L. Favoreu, « Rapport introductif » in *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, PUAM-Economica, 1982, p. 26.

²¹ Voir, par exemple, A. Kimmel, « Une crise de la Cour constitutionnelle fédérale ? », *Pouvoirs* n° 79, 1996, pp. 147-152.

²² Voir F. Delpérée, « Présentation de la Cour d'arbitrage belge », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12-2002, en ligne.

I – Les acquis

Ces acquis sont au nombre de deux :

- la non remise en cause de la fonction de contrôle de constitutionnalité
- la reconnaissance par les Cours étrangères et européennes

1 – La non remise en cause de la fonction du contrôle de constitutionnalité

Le Conseil constitutionnel a été créé par la Constitution de 1958. Il est prévu par le titre VII de la Constitution. Il dispose de compétences consultatives, déclaratives et juridictionnelles en matière d'élections et des référendums nationaux²³. Par ailleurs, il bénéficie d'une compétence d'attribution en matière de contrôle de constitutionnalité des lois²⁴ et des traités internationaux²⁵. Le Conseil constitutionnel dispose, enfin, d'autres fonctions déclaratives prévues par l'article 7 de la Constitution. Au regard de la diversité de ses attributions, il est compréhensible que la dénomination de cour constitutionnelle ne lui ait pas été attribuée d'emblée, d'autant que les principaux fondateurs de la Ve République ne le souhaitaient pas²⁶. En effet, en 1958, à la différence de ses homologues allemande, autrichienne et italienne déjà instituées, le Conseil constitutionnel n'a pas été prévu pour assurer les fonctions d'une cour constitutionnelle en matière de garantie des droits fondamentaux. Il a été mis en place pour assumer, à titre principal, des fonctions en matière électorale et en matière de régulation des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Plus précisément, il a été conçu comme une arme de l'exécutif au service du parlementarisme rationalisé. Or, le Conseil constitutionnel a lui même fait évoluer sa mission vers une fonction de garantie des droits fondamentaux par la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*. On peut affirmer que le Conseil constitutionnel est né comme cour constitutionnelle par cette décision. Au regard de la transformation de fait ainsi réalisée, le Conseil constitutionnel aurait pu être remis en cause voire supprimé tant cette conception renouvelée de l'étendue de ses attributions était susceptible de mettre un frein à la liberté de l'exécutif et du Parlement qui vote les lois. Or, cette remise en cause par le pouvoir constituant n'est pas intervenue. Au contraire même, une réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974 va faire du Conseil constitutionnel un instrument de la minorité parlementaire par l'ouverture de la saisine, pour le contrôle de constitutionnalité des lois, à 60 députés ou 60 sénateurs. La saisine parlementaire sera officiellement étendue aux traités internationaux par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992. Certes, durant cette période le contrôle de constitutionnalité n'a pas été étendu aux lois promulguées malgré les tentatives de 1990 et 1993 et malgré une jurisprudence incitative du Conseil constitutionnel²⁷. En dépit des nombreuses critiques dont il a fait l'objet, le Conseil

²³ Articles 58, 59 et 60 de la Constitution.

²⁴ Ainsi que, pour être plus précis, des propositions de lois soumises au référendum d'initiative partagée de l'article 11 al. 3 introduit en 2008.

²⁵ Articles 46, 54, 61 et 61-1 de la Constitution. Toutes ces dispositions, et les précédentes, sont complétées par l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

²⁶ Sans revenir sur l'importante bibliographie relatant la naissance et l'évolution du Conseil constitutionnel jusqu'à ce jour, nous renvoyons à titre de synthèse à l'ouvrage de B. Mathieu et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, 2009, not. pp. 19 à 24.

²⁷ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, rec. p. 43.

constitutionnel n'a cessé d'affirmer son rôle de gardien des droits et libertés fondamentaux et sa compétence a été étendue par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. En 2011, si sa composition reste contestée, son rôle de gardien des droits et libertés fondamentaux ne l'est plus depuis un certain nombre d'années, le Conseil constitutionnel s'étant lui-même imposé une certaine rigueur afin d'asseoir sa pleine légitimité dans cette fonction et précisément dans sa fonction juridictionnelle²⁸. Aujourd'hui, l'idée même d'un contrôle de constitutionnalité des lois dans un but de garantie des droits fondamentaux n'est plus remise en cause. Cette fonction est légitime même si des débats ont encore lieu sur l'organe ou les organes susceptibles de se charger de cette mission. Plus largement, à quelques rares exceptions qui elles-mêmes évoluent, la démocratie se conçoit dans un Etat de droit et l'Etat de droit ne peut se concevoir sans un contrôle de constitutionnalité des lois en vue notamment de garantir les droits et libertés fondamentaux.

La Cour constitutionnelle belge s'est également affirmée de manière progressive. Comme en France, il n'y a pas eu de prise de conscience, au lendemain de la seconde guerre mondiale et même dans les années qui ont suivi, de la nécessité de la justice constitutionnelle. Instaurée en 1980, donc tardivement, la mission de la Cour d'arbitrage, a été limitée, dans un premier temps, au contrôle de la répartition des compétences²⁹ entre Etat fédéral, communautés et région (d'où le nom de Cour d'arbitrage). Cette compétence a été complétée, à partir de 1988, par une compétence en matière de garantie des droits fondamentaux mais, la Cour ne pouvait assurer le contrôle de constitutionnalité des lois qu'à partir de trois dispositions seulement : les articles 10, 11 et 24 de la Constitution (relatifs au droit à l'égalité et à la non discrimination et aux libertés d'enseignement). Toutefois, la Cour Belge, comme le Conseil constitutionnel français, a fait preuve d'imagination et d'audace pour sortir du carcan dans lequel les textes enfermaient sa compétence. Par un arrêt n° 25 du 23 mai 1990, la Cour a fait de l'égalité et de la non discrimination un point d'ouverture pour connaître de la violation de tous les autres droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution³⁰. Pour Marc Verdussen, « comme cour constitutionnelle, la Cour d'arbitrage est née le 23 mai 1990 »³¹. La Cour d'arbitrage belge s'était elle-même reconnue comme « cour constitutionnelle à compétence limitée » dans un arrêt n° 36 du 29 janvier 1987, ce que le Conseil constitutionnel n'a jamais fait jusqu'à présent, du fait notamment d'une réticence de ses membres³², et bien qu'il n'ait eu de cesse de se juridictionnaliser. Cette interprétation audacieuse de la Cour belge, en 1990, n'a pas non plus été remise en cause. Bien au contraire, elle a été légitimée par la loi spéciale du 9 mars 2003. Toutefois, la compétence de la Cour reste tout de même limitée dans le texte aux règles qui déterminent les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions et aux droits et libertés fondamentaux garantis par le titre II de la Constitution (articles 8 à 32) ainsi que par les articles 170 (principe de légalité en matière fiscale), 172 (égalité en matière fiscale) et 191 (protection des étrangers). Par conséquent, la loi spéciale du 9 mars 2003 n'attribue pas à la Cour belge une

²⁸ Sur ce point, voir *Les grandes délibérations, précité*, not. pp. 141-163.

²⁹ Loi du 23 juin 1983, sur l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage.

³⁰ Voir plus largement, M.-F. Rigaux et B. Renaud, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 330 p.

³¹ *Les douze juges, La légitimité de la Cour constitutionnelle*, éd. Labor, Quartier libre, 2004, p. 23.

³² Voir en ce sens D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 84 et ss. Voir également, *Les grandes délibérations, précité*.

compétence de principe pour assurer le respect de toutes les dispositions de la Constitution sans exception, même si la Cour, toujours audacieuse, continue d’user largement de son pouvoir d’interprétation des normes de références de son contrôle. Cette reconnaissance a même été renforcée par la dénomination officielle de cour constitutionnelle opérée par la loi constitutionnelle du 7 mai 2007.

Le Conseil constitutionnel et la Cour Belge ont ainsi placé leur légitimité voire même leur existence, un temps sur la sellette, mais de façon suffisamment judicieuse pour être finalement confortées, de manière implicite ou explicite, par le pouvoir constituant dérivé. Leur juridictionnalisation a facilité leur acceptation par les autres cours européennes.

2 - La reconnaissance par les cours constitutionnelles étrangères et européennes

La reconnaissance du Conseil constitutionnel, en qualité d’interlocuteur juridictionnel, par les juridictions européennes, malgré l’exception française du contrôle de constitutionnalité³³, ne fait plus de doute depuis plusieurs années. Dans l’affaire *Pierre-Bloch c. France*, du 21 octobre 1997, par exemple, le Conseil constitutionnel est directement qualifié de juridiction constitutionnelle (§ 48 de l’arrêt) par la Cour européenne des droits de l’Homme. Dans l’arrêt *Zielinski et Pradal c. France*, du 28 octobre 1999, la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de validation législative est mise en cause faisant du Conseil constitutionnel une juridiction constitutionnelle comme les autres, malgré le caractère limité du contrôle *a priori*³⁴. De la même façon, la brièveté du délai imparti au Conseil constitutionnel pour rendre ses décisions, - un mois dans la cadre du contrôle *a priori*, trois mois dans le cadre du contrôle *a posteriori* -, s’accommode mal de la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l’Union européenne. Il n’en reste pas moins que cette dernière est attentive à la jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel en matière communautaire et à défaut d’un dialogue direct, s’est instauré un dialogue implicite entre les deux juridictions comme l’atteste, en 2010, l’épisode de la compatibilité de la QPC avec le renvoi préjudiciel en droit communautaire³⁵.

La Cour constitutionnelle de Belgique est également considérée, et se considère, comme une juridiction au sens de l’article 6 de la CEDH³⁶. Elle est aussi un interlocuteur direct de la Cour de justice de l’Union européenne par le biais du renvoi préjudiciel de l’article 234 TCE³⁷.

Disposant elles-mêmes d’une légitimité contestée, la Cour européenne des droits de l’Homme et la CJUE ont accepté ces deux institutions comme des juridictions nationales à compétence spécialisée.

Quant à la reconnaissance par les cours constitutionnelles étrangères, elle s’est faite de façon tardive. Le Conseil constitutionnel n’est entré officiellement dans le cercle des

³³ M. Fromont, « La justice constitutionnelle en France ou l’exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l’honneur de Gérard Conac, Paris, Economica, 2001, pp. 167-183.

³⁴ Voir en ce sens, P. Tavernier, « Le Conseil constitutionnel français et la Convention européenne des droits de l’Homme » ? *Droits fondamentaux*, n° 7, janv. 2008-déc. 2009, en ligne.

³⁵ CJUE, décision du 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jointes C-188/10 et C-189/10.

³⁶ Cour d’arbitrage, 10 mai 1994, n° 35/94 et 36/94. Voir notamment H. Simonart, « La Cour d’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’homme », in *Présence du droit public et de la protection des droits de l’homme*, Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1476.

³⁷ CJCE, 16 juil. 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, aff. C-93/97, Rec. p. I-4837.

cours constitutionnelles européennes qu'en 1987³⁸. Quant à la Cour d'arbitrage belge, bien que mise en place plus tard, et disposant d'une compétence initialement plus limitée, elle y fit son entrée en 1990 avec la Pologne. Le Conseil constitutionnel et la Cour constitutionnelle belge sont également membres de l'ACCPUF (Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français) créée en 1997 et de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle dont le statut a été adopté par le bureau de la Commission de Venise le 23 mai 2011. Cette reconnaissance se traduit également par les échanges réguliers entre les délégations des différentes juridictions constitutionnelles, comme l'atteste notamment la rubrique « coopération internationale » du site internet du Conseil constitutionnel.

Face au développement de la communication entre les systèmes juridiques, on peut être tenté de rechercher si la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ou de la Cour constitutionnelle Belge, est citée par les juridictions constitutionnelles étrangères. De telles références seraient un indice supplémentaire permettant de démontrer la pleine acceptation de ces cours par leurs homologues étrangers. Cependant, l'utilisation officielle du droit étranger dans les décisions de justice est un phénomène qui rencontre de fortes réticences³⁹. Le droit étranger semble avant tout constituer une « source d'inspiration » parmi d'autres éléments que peuvent prendre en considération les juridictions. De ce fait, les références à la jurisprudence du Conseil constitutionnel semblent rarissimes⁴⁰. Outre le peu de références directes à la jurisprudence étrangère par les juridictions constitutionnelles en général, si ce n'est les juridictions considérées comme importantes (Cour suprême des Etats-Unis, Cour constitutionnelle allemande) ou novatrice (Cour constitutionnelle sud-africaine, par exemple), ou à propos de certaines questions dont plusieurs cours ou juridictions constitutionnelles ont eu à connaître (avortement, construction européenne, par exemple), la rareté des références à la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut s'expliquer par plusieurs raisons. Tout d'abord, la motivation succincte des décisions du Conseil constitutionnel français n'ayant fait, en 52 ans d'existence, aucune référence explicite à la jurisprudence des cours constitutionnelles étrangères. Le principe du secret entourant les différentes phases de préparation, comme les supports de la motivation des décisions, ne permettent pas de savoir si le Conseil constitutionnel se réfère lui-même à des précédents étrangers. Or, Tania Groppi indique que si une juridiction veut être citée, il faut également qu'elle cite les autres juridictions⁴¹. Ensuite, en comparaison avec les grandes cours constitutionnelles européennes, le Conseil constitutionnel a rendu peu de décisions avant 2010 en raison du caractère limitatif du contrôle exclusivement *a priori*, tant du point de vue des autorités de saisine, que de l'étendue du contrôle exercé. Il en résulte que les occasions de susciter l'intérêt de cours constitutionnelles étrangères, connaissant des voies de recours différentes et un contentieux plus abondant, étaient réduites.

Mais au-delà de ces spécificités françaises, l'utilisation du précédent étranger par les cours constitutionnelles reste un phénomène limité. Ainsi, la Cour constitutionnelle

³⁸ Voir J. Robert, « Le Conseil constitutionnel en Europe », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, en ligne.

³⁹ Nous renvoyons à l'abondante littérature sur cette question.

⁴⁰ Sur cette question, voir, plus généralement, A. Le Quinio, *Recherches sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, thèse dactyl., Aix-en-Provence, 20 novembre 2010, 572 p.

⁴¹ T. Groppi, « Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali », *Quaderni costituzionali*, n° 1-2011, pp. 199-210.

belge ne semble faire aucune référence explicite à la jurisprudence constitutionnelle étrangère⁴², alors que la motivation des arrêts est plus amplement développée qu'en France, et sa jurisprudence est elle-même peu connue à l'étranger.

Acceptation du contrôle de constitutionnalité, reconnaissance extérieure de la qualité de juridiction, il en ressort que la critique principale opposée au Conseil constitutionnel pour lui refuser la qualité de juridiction tient avant tout à sa composition.

II – Les faiblesses : la composition

L'enjeu principal est national, faire accepter l'importance de la Constitution ainsi que l'utilité et la nécessité de la justice constitutionnelle. Pour cela le Conseil constitutionnel a besoin d'asseoir sa crédibilité. S'il parvient à le faire, avec plus ou moins de succès, par sa jurisprudence, un point noir demeure et constitue son talon d'Achille : sa composition. Cette critique n'a fait que s'amplifier avec l'instauration de la QPC. Certes d'éminents auteurs ont pu démontrer que la justice constitutionnelle n'est pas une justice ordinaire mais véritablement extra-ordinaire. Le fondateur de l'école d'Aix se plaisait à rappeler que « les juridictions constitutionnelles appartiennent au même genre que les juridictions ordinaires mais non à la même espèce. Les questions soumises aux juridictions constitutionnelles se situent au plus haut niveau : celui où se rejoignent droit et politique »⁴³. Cette spécificité de la justice constitutionnelle justifie une composition qui, en règle générale, diffère de celle des juridictions dites ordinaires. Louis Favoreu, encore, soulignait que les juridictions constitutionnelles n'ont pas à être composées à titre principal de juges de carrière et démontrait que les divers juges constitutionnels sont toujours désignés par des autorités politiques⁴⁴. Mais au-delà de ce constat, qui rapproche le Conseil constitutionnel des autres cours constitutionnelles, deux critiques plus précises apparaissent plus difficilement surmontables.

La première tient à la qualité de membres de droit attribuée aux anciens présidents de la République, ce qui constitue une particularité française. Cette disposition, inspirée par des raisons contextuelles en 1958⁴⁵, n'est plus souhaitable, ni souhaitée d'ailleurs par le Président du Conseil constitutionnel lui-même. Tout d'abord, la qualité d'interprète et de garant principal des institutions, donc de la Constitution, tirée de l'article 5 de la

⁴² Voir sur ce point les travaux de la Commission de Venise en 2004, *Séminaire sur « le rôle des précédents (nationaux, étrangers, internationaux) pour la pratique des cours constitutionnelles » (Bakou, 3-4 septembre 2004) : Point de vue de la Cour d'Arbitrage de Belgique*, CDL-JU(2004)045, en ligne.

⁴³ L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 2, 1994, p. 571.

⁴⁴ *RIDC, précité*, pp. 571-572, notamment : « les décisions des juridictions constitutionnelles mettent en cause souvent les actes des autorités les plus élevées de l'Etat, et notamment les lois du Parlement, qui sont considérées comme exprimant la volonté générale. Ces juridictions ne peuvent donc avoir la même composition que les juridictions ordinaires sous peine de voir leur légitimité contestée, par ceux qu'elles contrôlent, c'est-à-dire essentiellement les gouvernants. En conséquence, les magistrats professionnels qui composent normalement les juridictions ordinaires, n'ont pas leur place naturelle au sein des juridictions constitutionnelles du moins à titre principal ». Voir également L. Favoreu, « Rapport introductif » in *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, PUAM-Economica, 1982, p. 33 avec la reprise d'une longue citation de Charles Eisenmann.

⁴⁵ Le problème de la pension de retraite de René Coty, voir les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, Sénat, séance du 24 juin 2008, Robert Badinter.

Constitution et issue d'une lecture schmitienne des institutions, est dépassée⁴⁶. D'ailleurs, depuis Jacques Chirac, les Présidents de la République eux-mêmes ne fonctionnent plus comme cela. En cas de doute sur l'interprétation d'une disposition, des consultations sont effectuées en particulier auprès du Conseil d'Etat ou, de façon plus formelle, lorsque cela est possible, par le déclenchement d'un contrôle de constitutionnalité⁴⁷. Il serait d'ailleurs plus judicieux d'élargir le champ de compétence du Conseil constitutionnel sur ce point en prévoyant qu'il puisse être saisi, par les principales autorités de l'Etat, de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle.

Cette présence des membres de droit n'est également plus souhaitée parce qu'avec la QPC, le contentieux constitutionnel se banalise. Des décisions sont rendues presque chaque semaine auxquelles les anciens Présidents de la République ont décidé de ne plus prendre part. Le principal argument avancé tient au fait qu'ils ont souvent eu à prendre position antérieurement sur ces lois, soit en qualité d'ancien parlementaire ou de ministre, soit en qualité de président de la République.

Enfin, avec la réduction de la durée des mandats, et l'interdiction de se présenter pour trois mandats consécutifs, le nombre de présidents de la République risque de devenir important au sein du Conseil constitutionnel. Or, en raison tant de leur personnalité que des hautes fonctions qu'ils ont occupées, il semblerait que ces membres de droit ne s'intègrent pas facilement au Conseil. Les anciens présidents de la République ne sont pas des membres comme les autres⁴⁸.

Une tentative de réforme sur ce point, introduite dans le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions, par le Sénat, à l'initiative notamment de Robert Badinter et Hugues Portelli, et qui aurait conduit à la suppression de la qualité de membres de droit, a cependant échoué devant l'Assemblée nationale en 2008.

A cette présence devenue « incongrue », pour reprendre les termes de Guy Carcassonne⁴⁹, s'ajoute une autre critique d'importance : l'absence de qualités juridiques requises pour les membres nommés.

Sur cette question, le débat est également ancien : pourquoi n'est-il pas exigé par les textes que les membres nommés du Conseil constitutionnel aient des compétences ou une formation juridique ? L'étude de leur *curriculum vitae* montre, qu'en pratique, cela fut cependant le cas de la plupart des membres, même si ces compétences juridiques ne sont pas le critère majeur du choix dont ils ont fait l'objet⁵⁰. Par ailleurs, quels que soient les membres qui l'ont composé, le Conseil constitutionnel s'est depuis longtemps évertué à faire passer le juridique avant le politique et à construire des décisions juridiquement fondées, même si les constructions jurisprudentielles réalisées, et les

⁴⁶ *Contra*, voir Y. SACCUCCI, « L'article 5 de la Constitution de 1958, fondement des interprétations constitutives - Considérations épistémologiques sur les rapports entre factualité et normativité », VIIIe congrès de l'AFDC, Nancy, atelier n° 3.

⁴⁷ Cela a été le cas par exemple pour la Charte européenne sur les langues régionales ou minoritaires, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *rec.* p. 71.

⁴⁸ Voir notamment D. Schnapper, *précitée*, pp. 124-125 et la discussion des amendements sénatoriaux n° 366, 393 et 488 sur le projet de loi constitution sur la modernisation des institutions, visant à supprimer les membres de droit : Sénat, séance du 24 juin 2008.

⁴⁹ « Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008 », Actes du colloque du 3 novembre 2008, *Cinquantième anniversaire du Conseil constitutionnel, Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors série, 2009, p. 13.

⁵⁰ Voir sur ce point, D. Schnapper, *précité*, pp. 210-217.

motivations avancées, ont parfois à essayer les critiques de la doctrine⁵¹. Le talentueux et discret service juridique du Conseil constitutionnel n'y est pas étranger. Pourtant, les dernières nominations, en particulier, ont soulevé des critiques virulentes au regard des nouvelles compétences attribuées au Conseil constitutionnel depuis 2008⁵². Même si le mode de nomination a évolué avec la révision constitutionnelle de 2008⁵³, il reste critiquable aux yeux de la doctrine⁵⁴ en raison de l'absence d'exigences de compétences requises quant au choix des personnes nommées.

La Cour constitutionnelle belge, bien que composée différemment⁵⁵, essuie également des critiques. Bien qu'elle soit composée de six juristes, sur les douze juges nommés, le choix initial de ceux-ci se fait par les assemblées. Certains membres de la doctrine belge estiment qu'il y a trop de parlementaires, trop de politiques et une représentation insuffisante des entités fédérées⁵⁶. Ce reproche semblerait s'accompagner, ces dernières années, du constat d'une dégradation de la rédaction des décisions laissant ressentir un poids plus importants des politiques au sein de la Cour. Pourtant, non seulement la Cour est partiellement composée de vrais juristes mais, en outre, à chaque juge est affecté deux référendaires, ce qui peut apparaître comme un luxe au regard du très restreint service juridique du Conseil constitutionnel⁵⁷.

En somme, le reproche opposé à ces deux juridictions constitutionnelles est identique et récurrent : une composition trop politique qui laisse planer des doutes sur l'impartialité de la juridiction, en particulier au regard des exigences découlant de l'article 6 de la CEDH. En France, si cette composition a toujours été contestée, Robert Badinter avait pu apaiser le débat en rappelant le « devoir d'ingratitude » des membres nommés par rapport à l'autorité de nomination. Cependant, avec la QPC, ces contestations ont resurgit de plus belle en 2011, à l'occasion en particulier d'une demande de récusation de six membres déposée dans le cadre de l'examen de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) relatives à la hausse des dépenses sociales des départements, qui réclament une compensation de l'Etat⁵⁸. Cela a abouti à l'abstention

⁵¹ Voir sur ce point, *Les grandes délibérations, précité*.

⁵² Voir P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, n° 5, 2010, en ligne.

⁵³ L'article 56 al. 1 dispose : (...) Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée ».

⁵⁴ D. Rousseau, « Il faut revoir le mode de désignation au Conseil constitutionnel », *L'Express*, 24 février 2010.

⁵⁵ La Cour constitutionnelle est composée de douze juges. Les articles 31 à 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle définissent les conditions et qualités requises pour être nommé à la Cour constitutionnelle. Ces nominations sont faites par le Roi sur une liste de candidats présentés par la Chambre des représentants ou le Sénat, désignés à une majorité des deux tiers. Les nominations proposées doivent tenir compte à la fois de la parité linguistique et d'une parité socioprofessionnelle : six d'entre eux sont d'anciens parlementaires, les six autres doivent être des juristes qualifiés.

⁵⁶ Voir plus largement M. Verdussen, *Les douze juges, précité*, pp. 51-56.

⁵⁷ A ce propos, la réforme des compétences du Conseil constitutionnel n'aurait-elle pas dû être accompagnée d'une réforme des moyens mis à sa disposition ? Le maintien en l'état du service juridique malgré l'accroissement de la charge de travail n'est-il pas révélateur d'une volonté de ne changer ni la place ni le rôle du Conseil constitutionnel au sein des institutions ?

⁵⁸ Demandes de récusation déposées le 17 mai 2011 et réitérées le 9 juin 2011 (voir « Premières demandes de récusation au Conseil constitutionnel », 31 mai 2011, www.lemonde.fr), examinées par le Conseil constitutionnel le 26 mai 2011 à propos des décisions n° 2011-142/145 QPC et n° 2011-143 QPC rendues le 30 juin 2011.

de deux membres du Conseil constitutionnel⁵⁹. La composition « politique » du Conseil constitutionnel pose en effet le problème de la participation de certains membres, au cours des fonctions précédemment exercées, à l'élaboration des lois examinées par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC. L'article 4 al. 4 du Règlement intérieur du Conseil constitutionnel dispose que « Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation ». En revanche, si la participation a été plus active, tel que le dépôt d'une proposition de loi ou d'un amendement, la récusation pourra intervenir ; ce qui, selon le Secrétaire général du Conseil constitutionnel serait compatible avec la jurisprudence de la CEDH⁶⁰.

Il y a eu, par ailleurs, une QPC soulevée devant la Cour de cassation dans le cadre du procès de Jacques Chirac, qui n'a pas aboutie mais qui, dans le cas contraire, aurait pu conduire à une demande de récusation de huit membres sur les onze que compte le Conseil constitutionnel⁶¹.

La Cour belge a été confrontée également à la question de la récusation de certains anciens parlementaires⁶². Dans un arrêt de 2009⁶³, la Cour a notamment jugé que le contrôle de constitutionnalité des lois lui incombant de manière exclusive, l'application des demandes de récusation ne pouvait avoir pour effet d'entraîner un blocage du fonctionnement même de la Cour.

La procédure de récusation, qui est illustration supplémentaire de la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel, est donc de nature à tempérer les reproches qui lui sont adressés même s'il est toujours possible de critiquer l'interprétation retenue des exigences d'impartialité tirées de l'article 6 de la CEDH.

Mais, en France comme en Belgique, et comme ailleurs, au delà des qualités, requises ou non, concernant les personnes nommées à la cour, l'écueil véritable de la composition de l'institution, ne provient-il pas, tout simplement de la personnalité choisie ? En France, par exemple, si le membre nommé est convaincu que le Conseil constitutionnel est, et doit rester, une « institution politique » secondaire, une sorte de club⁶⁴, il sera difficile de faire évoluer l'image et le poids de celui-ci au regard des autres institutions. Ainsi, Jacques Barrot nouvellement nommé pris ouvertement position sur la façon dont il concevait l'institution : « ce serait une erreur de transformer le Conseil en Cour constitutionnelle »⁶⁵. De la même façon, un ancien juge à la Cour d'arbitrage Belge écrivait, en 2000, que « les véritables gardiens de la Constitution sont des parlementaires élus »⁶⁶. Selon Marc Verdussen, « il faudrait s'assurer que ne puissent être nommés que des candidats enthousiastes et sérieux. La cour n'est pas un refuge pour des parlementaires encombrants ou désabusés. Elle n'est pas non plus une maison

⁵⁹ Réponse du secrétaire général du Conseil constitutionnel du 26 mai 2011.

⁶⁰ Voir sur cette question, M. Guillaume, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *La gazette du palais*, n° 54 du 23 février 2010, en ligne.

⁶¹ Voir notamment « Le Conseil constitutionnel embarrassé par le cas Chirac », 10 mars 2011, www.lemonde.fr

⁶² Voir M. Bossuyt, R. Liesen, B. Renauld, « Séparation des pouvoirs et indépendance des Cours constitutionnelles et instances équivalentes », Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique, 2^e Congrès de la Conférence mondiale de justice constitutionnelle, Rio de Janeiro, 16-18 janvier 2011, disponible sur www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/WCCJ_papers_E.asp

⁶³ Arrêt n° 157/2009, B. 5.

⁶⁴ Voir D. Schnapper, précité, p. 41 et ss. et 108 et ss.

⁶⁵ *Le Monde*, 25 février 2010.

⁶⁶ Voir M. Verdussen, *Les douze juges*, précité, p. 10.

de retraite pour juristes échinés ou avides de gloire. Un bon candidat est un candidat passionné. C'est un candidat qui s'interroge sur le sens de la fonction qu'il convoite et sur la place de celle-ci dans l'aménagement de la Cité. C'est surtout un candidat qui témoigne du souci d'une éthique professionnelle solide dans l'exercice de ses fonctions »⁶⁷. Cette remarque pour la Cour Belge peut être exactement transposée au cas français. Encore faut-il qu'il y ait une véritable volonté politique de faire évoluer le Conseil constitutionnel, ce dont nous pouvons largement douter à ce jour.

Enfin, la conscience qu'ont les président nommé du rôle et de l'importance de leur institution est déterminante. Le Président Badinter notamment, et même le Président Mazeaud bien qu'hostile au départ, ont réussi à imposer le Conseil constitutionnel. De la même façon, Jean-Louis Debré, bien qu'on ait pu le penser réticent, a pris conscience de l'importance de l'institution et tente de convaincre de sa légitimité en tant que juridiction constitutionnelle, sans pour autant pousser à l'audace dans les décisions rendues. Cette remarque ouvre la question des défis auxquels doit faire face le Conseil constitutionnel pour s'imposer officiellement en tant que cour constitutionnelle et obtenir, sur le plan national, la respectabilité dont jouissent ses homologues européennes.

III - Les défis

Ces défis sont au nombre de deux : d'une part, faire accepter la spécificité et l'autorité de la justice constitutionnelle en France, ce qui suppose, outre la démarginalisation de la Constitution⁶⁸, une banalisation, dans les esprits, de l'idée de justice constitutionnelle ; d'autre part, conforter la légitimité du Conseil constitutionnel auprès des citoyens ce qui suppose l'acquisition d'une légitimité sociale.

1 - Banaliser la justice constitutionnelle

Faire accepter la spécificité et l'autorité de la justice constitutionnelle en France passe par une prise de conscience par les élus et par les juges dits ordinaires de l'intérêt et de l'importance de la justice constitutionnelle dans un Etat de droit. Bien que cette nécessité ait été largement constatée⁶⁹, la banalisation de la justice constitutionnelle est loin d'être acquise en France. Pour les juges ordinaires, la reconnaissance du Conseil constitutionnel fut longue, laborieuse et n'est pas achevée. La légitimité historique dont disposent les deux cours suprêmes, leur poids au sein des institutions et, en particulier, le rôle majeur du Conseil d'Etat dans la vie publique, n'ont pas facilité l'épanouissement du Conseil constitutionnel. D'ailleurs la présence du Conseil d'Etat en son sein, notamment à travers son secrétaire général, donne l'apparence d'une certaine maîtrise voire d'une tutelle exercée sur le Conseil constitutionnel par son voisin du Palais Royal. Malgré des évolutions, et la prise en compte des réserves d'interprétations, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel continue de faire l'objet d'une interprétation stricte

⁶⁷ *Précité*, p. 53.

⁶⁸ Mettre fin à la marginalité de la Constitution, notamment par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme, était l'un des objectifs avancés par le Comité Balladur en 2007 à l'appui de l'introduction d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois.

⁶⁹ Nous renvoyons parmi d'autres travaux réalisés, notamment, sous l'égide de Louis Favoreu, à M. Cappelletti, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », in *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, PUAM-Economica, 1982, pp. 461-493.

par les deux cours suprêmes. En outre, les faiblesses de sa composition apparaissent encore plus criantes face à la rigueur des concours, les compétences requises et la difficulté du parcours permettant d'intégrer le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation⁷⁰. L'aménagement d'une procédure de filtrage de la QPC, maîtrisée par les deux cours suprêmes, alors que dans les autres ordres juridiques connaissant une procédure de question préjudicielle la cour constitutionnelle participe à ce filtrage, est bien l'illustration de la volonté de ne pas froisser celles-ci. On peut d'ailleurs largement douter de l'acceptation du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel par les juridictions ordinaires. Toutefois, malgré l'épisode de la « guerre des juges » en mai 2010, et des résistances constatées dans la transmission des questions prioritaires, une certaine coopération entre les juridictions s'est installée et devrait se conforter avec le temps. On pourra noter d'ailleurs que cette confrontation entre juges dits ordinaires et juridictions constitutionnelles a eu lieu dans de nombreux autres Etats tels que l'Allemagne⁷¹, l'Italie⁷² ou encore la Belgique⁷³. En Belgique, d'après la loi spéciale du 6 janvier 1989, les juges ordinaires sont d'ailleurs tenus de transmettre la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle⁷⁴ mais ils exercent tout de même un filtrage avant la transmission, comme dans les autres systèmes constitutionnels européens connaissant le renvoi de juge à juge d'une question préjudicielle en matière constitutionnelle. Les juges du fond apprécient notamment la nécessité, la pertinence et l'utilité de la question par rapport au litige⁷⁵. La difficulté réside surtout dans l'absence d'autorité absolue de chose jugée attachée aux décisions rendues par la Cour belge dans le cadre du renvoi préjudiciel, solution singulière⁷⁶ par rapport aux autres Cours constitutionnelles. Toutefois, en pratique, ces décisions bénéficient d'une autorité de chose jugée « renforcée » ou « élargie »⁷⁷ et, en cas de constat de violation de la Constitution par la Cour, le délai de 6 mois permettant un recours en annulation contre la norme contestée est réouvert⁷⁸.

⁷⁰ Voir D. Schnapper, *précité*, pp. 330-342.

⁷¹ Notamment dans les premiers moments de l'application de la question préjudicielle, ce qui a justifié une réforme du mécanisme de filtrage : J.-C. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, 1982, pp. 98-99.

⁷² Voir C. Sévérino, *La doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, p. 57 et ss.

⁷³ Voir notamment, XXe table ronde internationale : « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2004, Economica PUAM, p. 176, pour la Belgique. J. Van Compernelle et M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 2000, p. 297-304 ; J. Van Compernelle et M. Verdussen, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel : l'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14-2003, en ligne.

⁷⁴ Article 26 § 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. Confrontée, comme en France, à la question de la concurrence entre le renvoi préjudiciel devant la Cour constitutionnelle et le contrôle de conventionnalité des lois, une réforme de la loi spéciale du 6 janvier 1989 est intervenue en 2009 (loi spéciale du 12 juillet 2009) pour préciser le caractère prioritaire du renvoi préjudiciel devant la Cour constitutionnelle (article 26 § 4).

⁷⁵ Voir article 26 § 2 et § 3 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Voir également, à titre d'exemple, « Chronique Belge », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2008*, Economica-Puam, 2009, p. 526.

⁷⁶ L. Favoreu, « La Cour d'arbitrage vue de l'étranger », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage* (dir. F. Delpérée, A. Rassin-Roland et M. Verdussen), Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 328.

⁷⁷ J. Van Compernelle et M. Verdussen, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14-2003, précité.

⁷⁸ Article 4 § 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

En ce qui concerne les élus, les parlementaires en particulier, l'acceptation du Conseil constitutionnel en tant que véritable juridiction semble encore difficile. En effet, cette reconnaissance suppose une vraie prise de conscience des limites du législateur, de sa faillibilité et de l'impossibilité pour la majorité d'exercer une dictature au détriment des droits et libertés fondamentaux des citoyens. Reconnaître la nécessité et la légitimité de la justice constitutionnelle, et au premier plan la supériorité de la Constitution, apparaît « contre nature » pour les élus dans un Etat qui n'est pas passé par une phase de transition démocratique avec une remise en cause fondamentale des institutions du passé. La Constitution de la Cinquième République n'avait pas pour but d'assurer une meilleure garantie des droits et libertés fondamentaux des citoyens face aux pouvoirs publics mais, de stabiliser les institutions. De ce fait, la prise de conscience par les élus de la nécessité et de l'utilité de la justice constitutionnelle n'a pas eu lieu avant 2008. Cela n'a toutefois pas empêché une acceptation par ceux-ci de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. D'ailleurs, si plusieurs décisions du Conseil constitutionnel ont été remises en cause lors de la révision constitutionnelle de 2008, il s'agissait pour le constituant non de dénigrer le Conseil constitutionnel mais de moderniser et rééquilibrer les institutions à la lecture de la jurisprudence rendue⁷⁹. L'enracinement de la justice constitutionnelle chez les élus passe notamment par une meilleure connaissance du Conseil constitutionnel par le peuple. C'est là toucher au second défi : l'acquisition de la légitimité sociale.

2 - Acquérir une légitimité sociale

La légitimité sociale⁸⁰, c'est-à-dire la reconnaissance par les citoyens de l'utilité et de la nécessité du Conseil constitutionnel, suppose à la fois que le fonctionnement de l'institution et ses décisions intéressent le grand public mais aussi, que le Conseil constitutionnel prête une attention, même discrète, à l'opinion publique. Jusqu'en 2010, et encore aujourd'hui, la plupart des citoyens ne connaissent ni son rôle fondamental, ni sa composition véritable, ni les procédures permettant de le saisir, ni l'impact de ses décisions. Des progrès notables ont tout de même été réalisés ces dernières années car certaines décisions du Conseil constitutionnel sont rapportées et parfois légèrement commentées par les médias. Cependant, les commentaires effectués se situent plus souvent sur le terrain politique que juridique. Les censures sont présentées comme des freins, ou des camouflets à la politique gouvernementale (comme cela a été le cas pour les décisions sur l'immigration ou encore sur la taxe carbone) et les décisions de conformité sont présentées comme un soutien à cette politique (ex. le cas de la décision sur la non-dissimulation du visage dans l'espace public). En revanche, les nouvelles nominations sont loin de faire la une des quotidiens.

La réforme constitutionnelle introduisant la QPC constitue bien évidemment un atout majeur pour rapprocher le Conseil constitutionnel des citoyens. Les décisions rendues sont plus nombreuses et le fait qu'elles interviennent sur des lois déjà en vigueur touche de plus près les citoyens.

L'exemple de la Belgique démontre que les modalités de voie de recours sont déterminantes pour l'acquisition plus rapide d'une légitimité sociale par la Cour. A

⁷⁹ M. Fatin-Rouge Stefanini, « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », *RFDC*, n° 78-2009, pp. 269-298.

⁸⁰ Voir I. Fassassi, « L'exigence continue de légitimité sociale de la Cour suprême », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26-2009, en ligne.

l'heure actuelle, deux voies de recours sont possibles : la question préjudicielle, d'une part, et le recours en annulation, d'autre part, qui est notamment ouvert aux individus, mais ne peut être exercé que dans un délai de 6 mois à compter de la publication de la norme⁸¹. Près de deux cent arrêts sont rendus chaque année, majoritairement sur renvoi préjudiciel. La diversité des questions posées a permis de toucher à toutes les branches du droit⁸². La Cour semble bien acceptée d'autant que sa jurisprudence fait preuve de modération et qu'un rapport de coopération, plutôt que de confrontation⁸³, avec le législateur a été privilégié⁸⁴.

Une meilleure connaissance du Conseil constitutionnel doit également passer par une plus grande intelligibilité de ses décisions. On reproche, en effet, au Conseil constitutionnel de rendre des décisions peu accessibles aux non-juristes et, même, difficilement saisissable dans toutes leurs nuances et leurs implications en dehors du cercle restreint des juristes spécialisés en contentieux constitutionnel. La preuve en est que la plupart des médias souhaitant un commentaire des décisions font directement appel à des professeurs de droit qui tentent de vulgariser la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce manque d'intelligibilité pour le citoyen « ordinaire », tient notamment, outre la grande technicité parfois du texte examiné, au caractère peu développé de la motivation des décisions rendues. Toutefois, cette motivation succincte ne fait que s'inscrire dans le droit fil de la rédaction des décisions de justice en France. Nous sommes loin des décisions de la Cour suprême américaine et même des autres cours constitutionnelles ou de la Cour européenne des droits de l'Homme qui peuvent faire des références à la jurisprudence antérieure, parfois même à de la doctrine. Il n'y a pas d'opinions dissidentes ou séparées car cela ne fait pas partie de la tradition juridique française attachée au secret des délibérés⁸⁵. En ce qui concerne les décisions du Conseil constitutionnel le secret est d'autant plus lourd qu'il n'y a pas d'équivalent, pour le contentieux des normes, des conclusions du rapporteur public devant le Conseil d'Etat ou du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis du procureur ou de l'avocat général devant la Cour de cassation⁸⁶. Par ailleurs, face à une demande croissante de transparence et de pédagogie, il devient de moins en moins tolérable d'avoir des décisions codées qui doivent se comprendre au regard du dossier documentaire ou des commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel portant sur la décision. Ainsi, sous la décision *Hauchemaille et Maillet* du 24 mars 2005, apprend-t-on, dans le dossier documentaire, les diverses significations de l'expression « en tout état de cause »⁸⁷. De la même façon, à la lecture des commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel de la décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011, *Loi relative à l'organisation du championnat*

⁸¹ M.-F. Rigaux et B. Renauld, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 330 p.

⁸² Voir le rapport de 2010 téléchargeable sur le site de la Cour constitutionnelle belge (www.const-court.be).

⁸³ Peut-être est-ce une juste stratégie, pour l'instant, pour cette jeune Cour.

⁸⁴ Voir M. Bossuyt (Président de la Cour constitutionnelle belge) et R. Liesen (référénaire à la Cour constitutionnelle belge), « La justice constitutionnelle : fonctions et relations avec les autres autorités publiques », *Rapport national pour le XV^e Congrès de la conférence des cours constitutionnelles européennes, présenté par la Cour constitutionnelle de Belgique*, mai 2011, disponible sur www.confeconstco.org/fr/common/home.html. Voir également M. Bossuyt, R. Liesen, B. Renauld, « Séparation des pouvoirs et indépendance des Cours constitutionnelles et instances équivalentes », *précité*.

⁸⁵ Le secret du délibéré ne serait pas en soit un obstacle à la publication des opinions séparées. Voir W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica, PUAM, 2005, pp. 169-196.

⁸⁶ Voir en ce sens, W. Mastor, *précité*, p. 188 citant G. Braibant.

⁸⁷ Dossier documentaire, p. 33.

d'Europe de football de l'UEFA en 2016, il apparaît que le contrôle *a priori* effectué sur une saisine blanche n'interdira pas de soulever ultérieurement des QPC sur cette même loi. Parfois, la prévisibilité de la jurisprudence en pâtie. Ainsi, doit-on comprendre, à la suite de la décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, que tout ce que le législateur considère souverainement comme portant une atteinte à l'ordre public peut faire l'objet d'une interdiction, à partir du moment où elle n'est pas totalement absolue ?

La Cour constitutionnelle Belge, qui ne connaît pas non plus les opinions séparées, et dont les décisions sont plus longues et semblent plus explicites ou du moins plus pédagogiques, rencontre des critiques similaires⁸⁸. En l'absence d'opinion séparée, la décision rendue par la Cour ou le Conseil est nécessairement, pour des questions délicates⁸⁹, le résultat d'un consensus, ce qui peut expliquer des rédactions insatisfaisantes⁹⁰.

En revanche, on ne peut pas reprocher au Conseil constitutionnel un manque de cohérence d'ensemble de sa jurisprudence.

Le Conseil constitutionnel ne doit pas simplement être connu du grand public, il doit gagner la confiance des citoyens en sa qualité de contre-pouvoir. Cela ne signifie pas pour autant que le juge constitutionnel doit systématiquement se plier à l'opinion publique comme a pu le montrer la question du crucifix en Allemagne⁹¹.

Certes, le Conseil constitutionnel a su faire preuve d'audace à certains moments en particulier grâce à la personnalité de certains de ses membres ou de son président. La jurisprudence développée sous la présidence de Pierre Mazeaud en matière de qualité des lois en est un exemple récent. Mais, d'une manière générale, la diplomatie et la modération dominant et peuvent ne pas satisfaire une doctrine qui en voudrait toujours plus⁹². Ainsi peut-on contester la position ou le manque d'audace du Conseil constitutionnel dans la décision 613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage* ou encore la décision 39 QPC du 6 octobre 2010, *relative à l'adoption au sein d'un couple non marié* et la décision 92 QPC du 28 janvier 2011 *relative au mariage entre personnes de même sexe*. Il pourrait être rétorqué que, dans les cas cités, le juge constitutionnel a joué pleinement son rôle de pacification de la vie politique, le débat s'arrêtant une fois que la décision du Conseil constitutionnel a été rendue ; mais, est-ce satisfaisant pour la garantie des droits fondamentaux⁹³ ? Les freins internes ne sont-ils pas trop importants pour un plein épanouissement du Conseil

⁸⁸ Voir M. Verdussen, *Les douze juges, précité*, p. 67.

⁸⁹ Comme ce fut le cas pour la décision n° 2010-613 DC, *précitée*, sur la non dissimulation du visage dans l'espace public.

⁹⁰ Voir en ce sens, D. Rousseau, « Pour les opinions dissidentes », in *Droit constitutionnel, Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 323-328 ou encore, D. Rousseau, in « Neuf années au Conseil constitutionnel (débat entre J. Robert et D. Rousseau), *Revue de droit public*, n° spécial, *Les 40 ans de la Ve République*, 1998, p. 416

⁹¹ Pour Marc Verdussen, « Il est des moments critiques où les juridictions constitutionnelles doivent n'écouter que leur courage, quitte à affronter l'hostilité immédiate d'une opinion publique qui n'est pas toujours disposée à accepter toutes les implications découlant des valeurs sociales les plus fondamentales », *Les douze juges, précité*, p. 78 .

⁹² Voir sur ce point la préface de Georges Vedel in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Drago (G.), Molfessis (N.) (dir.), Economica, 1999, 425 p.

⁹³ De même peut-on contester sur ce plan la position du Conseil constitutionnel dans la décision 612 DC du 5 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, voir le commentaire de X. Philippe, *RFDC* n° 87, à paraître, septembre 2011.

constitutionnel ? Combien de temps le Conseil constitutionnel cherchera-t-il encore à être pleinement légitimé ?

*
* *

La question de la dénomination du Conseil constitutionnel est un faux problème pourrait-on dire.⁹⁴ Au fond, qu’importe le nom, l’important est dans le statut et les fonctions exercées : mieux vaut un Conseil constitutionnel qui fonctionne comme une cour constitutionnelle, qu’un organe dénommé cour constitutionnelle mais qui n’a ni les compétences ni les qualités d’une véritable juridiction constitutionnelle.

Toutefois, dans une société où l’apparence revêt une grande importance, la question de la dénomination du Conseil constitutionnel ne doit pas être négligée. En 2008, le changement de dénomination avait été rejeté par l’Assemblée Nationale et le Gouvernement, au motif que « le Conseil constitutionnel n’est pas une juridiction comme une autre » mais « une institution originale qui joue un rôle capital dans l’équilibre des pouvoirs constitutionnels (...) C’est pourquoi le Gouvernement préfère conserver la dénomination actuelle, qui marque mieux l’originalité de cette institution »⁹⁵. Pourtant, cette diversité des fonctions exercées par le Conseil constitutionnel ne nous semble nullement incompatible avec l’attribution officielle du nom de cour constitutionnelle au Conseil constitutionnel. Il existe, en effet, d’autres juridictions constitutionnelles qui rendent des avis sans pour autant qu’on leur retire le titre de cour. Il en va ainsi de la Cour suprême du Canada qui s’est prononcée pour avis en 1998 sur le droit de sécession unilatérale du Québec.

Plus sérieusement, le changement de dénomination ne doit pas être seulement une réforme de façade mais le reflet d’une volonté d’attribuer un rôle et une place plus importants au Conseil constitutionnel dans les institutions de la Ve République. Il serait donc souhaitable que le changement de dénomination, tout comme la modernisation de sa composition et du rôle de l’institution au sein de la République, fasse l’objet d’une loi constitutionnelle spécifique qui pourrait promouvoir en même temps notre cour constitutionnelle au rang de principal interprète de la Constitution.

⁹⁴ En 2008, après que cette proposition de changement de dénomination ait été adoptée par le Sénat, il avait été notamment objecté devant l’Assemblée Nationale que ce changement de dénomination « n’apporterait rien », Rapport n° 1009 de M. Jean-Luc Warsmann, fait au nom de la commission des lois, déposé le 2 juillet 2008, p. 162.

⁹⁵ Intervention de Rachida Dati, Sénat, débats, séance du 24 juin 2008, article additionnel avant l’article 25, loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.