

UN PROCÈS CONSTITUTIONNEL LÉGITIME

par Marc VERDUSSEN

Professeur à l'Université catholique de Louvain (Belgique)

Dans un système politique démocratique, où la loi est censée être l'incarnation de la volonté de la population et le miroir de ses préoccupations, quelle est la légitimité de la Cour constitutionnelle ¹? À quel titre neuf, douze, quinze ou seize juges, qui ne sont ni élus ni révocables, sont-ils autorisés à s'élever contre la volonté exprimée par plusieurs dizaines de représentants de la souveraineté populaire, qui eux sont choisis par le peuple et responsables devant lui? En somme, comment peut-on se débarrasser de ce spectre du « gouvernement des juges » dénoncé — dès 1921 — par É. Lambert ²?

La question de la légitimité de la Cour constitutionnelle est cruciale. Le professeur Louis Favoreu lui a d'ailleurs consacré une étude pénétrante et stimulante ³.

C'est une question qui est lourde de sens. En rapprochant des valeurs apparemment antinomiques — l'autonomie du peuple, d'une part, et la liberté de l'individu, de l'autre —, le constitutionnalisme moderne a su rendre possible la démocratie libérale. Il a fait prévaloir l'idée que les aspirations démocratiques d'un peuple souverain ne sauraient justifier les dérives tyranniques d'un pouvoir législatif illimité. Mais comment peut-on éviter que l'ar-

1. V., M. Verdussen, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004.

2. E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, (1921), Paris, Dalloz, 2005.

3. L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* 1994. 557-581.

bitraire *de la loi* laisse la place à l'arbitraire *des juges de la loi*? C'est cette question qui est au cœur de l'interrogation sur la légitimité de la Cour constitutionnelle. Car celle-ci n'est pas plus à l'abri de méprises qu'une assemblée législative. Elle l'est d'autant moins que, par le contrôle qu'elle exerce sur les lois et par l'interprétation qu'elle procure de la Constitution, elle contribue, elle aussi, « à l'expression de la volonté générale »⁴. En somme, gardons-nous de « remplacer le culte de la loi, souverain déchu, par celui de la Constitution dans l'empressement suspect qui entoure le nouveau prince »⁵. La perfection n'est pas humaine, pas plus dans les prétoires que dans les hémicycles. Tel est l'enjeu véritable de la question.

C'est toutefois une question qui doit être bien comprise. La légitimité est une notion complexe. Elle appelle une double mise en garde. Avant tout, la question de la légitimité d'une institution ne se confond pas avec celle de sa légalité. Se déplacer du pôle de la légalité à celui de la légitimité, c'est se transporter de l'ordre normatif à la sphère axiologique. Car la légitimité renvoie à un rapport de conformité, non plus avec des règles juridiques, mais avec des « valeurs fondatrices »⁶, constitutives d'une « dimension extra-juridique de l'expérience humaine »⁷. Par ailleurs, la question de la légitimité d'une institution ne saurait être ramenée à la question purement factuelle — donc contingente⁸ — de la perception du pouvoir par le peuple. En somme, la légitimité d'une institution ne se mesure ni à la régularité du statut dont elle jouit, ni à l'étendue du consensus qu'elle recueille⁹.

La question de la légitimité de la justice constitutionnelle a été renouvelée par l'apparition et le développement du modèle kelsénien¹⁰. L'on n'oubliera pas cependant qu'il s'agit d'une question ancienne. En effet, comme l'explique bien P. C. Villalon, « le juge constitutionnel traîne avec lui depuis longtemps un problème fort connu de manque de légitimité, que ce soit quand on le voit comme juge, que ce soit quand on le voit comme législateur, même négatif. Tel est le cas lorsqu'on le présente comme juge, dans la mesure où il ne répond pas au schéma ordinaire du juge auquel la commu-

4. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 340; *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 230. V., P. Blacher, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001.

5. J.-C. Scholsem, « Droit constitutionnel, branches du droit et droit des affaires » in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 205.

6. B. Kriegel, « Le principe de légitimité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 47.

7. S. Goyard-Fabre, « Légitimité » in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 929.

8. M. Troper, « The Logic of Justification of Judicial Review », *Int. J. Const. L.* 2003. 1. 101.

9. V. sur les trois concepts — juridique, sociologique et moral — de légitimité, R. H. Fallon, « Legitimacy and the Constitution », *Harv. L. Rev.* 2005. 118. 1790.

10. *Art. cit.*, note 3, p. 557.

nauté politique et l'opinion publique sont accoutumées et ce, même si objectivement, ce schéma ordinaire présente des défauts manifestes. Mais tel est le cas aussi à chaque fois qu'on le présente comme législateur, dans la mesure où il lui manque alors la légitimité démocratique, au moins directe, qu'on considère inhérente au titulaire du pouvoir législatif » ¹¹.

D'ailleurs, aux États-Unis, la question de la légitimité de la Cour suprême et du contrôle qu'avec toutes les juridictions elle exerce sur la constitutionnalité des lois (*judicial review*) est de celles qui ont le plus préoccupé les générations successives de juristes depuis l'adoption en 1787 de la Constitution américaine. Depuis toujours, le *judicial review* a été la cible d'attaques virulentes et, aujourd'hui encore, il fait l'objet de sérieuses remises en question ¹². Surtout, lorsqu'il est accepté, ce n'est pas sans susciter de vifs débats quant à ses justifications théoriques ¹³. Pour autant, la question ne se pose pas forcément dans les mêmes termes d'un côté et de l'autre de l'Atlantique, et elle n'appelle pas nécessairement les mêmes réponses ¹⁴.

De toute évidence, la légitimité de la Cour constitutionnelle se prête à une approche organique, en ce qu'elle tient en partie aux conditions et aux modalités de désignation de ses membres. En d'autres termes, « la composition des juridictions constitutionnelles conditionne la légitimité de la justice constitutionnelle » et « la recherche de la légitimité impose un certain type de composition des juridictions constitutionnelles » ¹⁵. Celles-ci doivent être composées de manière à donner « le sentiment aux principales forces politiques et, parfois, aux composantes de la population, que l'on peut [leur] faire confiance » ¹⁶.

Cela étant, toute tentative de légitimation d'une institution doit prolonger l'approche organique par une approche procédurale et fonctionnelle, qui pose des limites substantielles à l'action des juges. C'est là un enseignement

11. P. Cruz Villalon, « Juge constitutionnel et fonctions de l'État » in C. Grewe et al., *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 179.

12. V. par ex., J. Waldron, « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale L. J.* 2006. 115. 1346-1406.

13. V. pour une excellente synthèse, B. Friedman, « The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy », *N. Y. U. L. Rev.* 1998. 73. 333-433; « The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction's Political Court », *Geo. L. J.* 2002. 91. 1-87; « The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner », *N. Y. U. L. Rev.* 2001. 76. 1383-1455; « The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics », *U. Pa. L. Rev.* 2000. 148. 971-1064; « The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of an Academic Obsession », *Yale L. J.* 2002. 112. 153-259.

14. V. M. Rosenfeld, « Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts », *Int. J. Const. L.* 2004. 2. 633-668.

15. *Art. cit.*, note 3. p. 571. V. également du même auteur, « La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles » in *Legitimidade e Legitimacao da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 229-240.

16. L. Favoreu, « Cours suprêmes et cours constitutionnelles » in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 279.

majeur de la pensée des Lumières, qui entend « privilégier ce qu'on choisit et décide soi-même, au détriment de ce qui nous est imposé par une autorité extérieure »¹⁷. En d'autres termes, « les décisions politiques et juridictionnelles ne peuvent plus trouver une légitimité durable si elles se fondent sur le seul argument d'autorité d'un pouvoir »¹⁸. La légitimité d'une institution tient autant à ce qu'elle fait qu'à ce qu'elle est, ce qui revient à dire que l'institution est dépositaire de sa propre légitimité. Mais comment la Cour constitutionnelle peut-elle asseoir sa légitimité?

Deux observations préalables s'imposent.

Tout d'abord, l'image théocratique de juges constitutionnels qui, retranchés dans leur tour d'ivoire, jouissent du pouvoir de dévoiler la Vérité constitutionnelle et qui l'exercent par des formules sentencieuses et péremptoires est à rebours de la modernité démocratique. Si cette image devait correspondre à la réalité, la Cour constitutionnelle serait une « oligarchie illégitime »¹⁹.

Ensuite, l'idéal démocratique mérite d'être réalisé autrement que par intermittence, au rythme des échéances électorales. Opérer une telle réduction, c'est ériger un « obstacle épistémologique » qui empêche de concilier la justice constitutionnelle et la démocratie²⁰. Celle-ci se vit tous les jours et, au demeurant, par d'autres voies que celle — unilatérale — des représentants du peuple. La Cour constitutionnelle tire ainsi une partie de sa légitimité de son aptitude à générer une constance démocratique, dans le cadre d'une vision dynamique de la démocratie.

À une souveraineté monolithique, enracinée dans les diktats des juges constitutionnels et le monologue des parlementaires, il faut donc préférer une souveraineté partagée, imprégnée du dialogue constitutionnel.

La Cour constitutionnelle est assurément l'institution la mieux placée pour contribuer à ce dialogue constitutionnel : son statut général de juridiction lui permet d'être à l'écoute des citoyens, tandis que son statut particulier de juridiction constitutionnelle la place au centre d'un réseau de relations tant avec les branches politiques du pouvoir qu'avec les autres juridictions. À cet égard, on ne dira jamais assez que la Cour constitutionnelle « exerce une fonction politique au cœur des rapports entre les pouvoirs publics et plus généralement du point de vue social »²¹ et qu'elle ne peut exercer correcte-

17. T. Todorov, *L'esprit des Lumières*, Paris, Robert Laffont, 2006, p. 10.

18. P. Coppens, « Objectivité et légitimité des décisions constitutionnelles » in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 72.

19. P. Martens, « Les Cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? » in *La République des juges*, Éditions du Jeune barreau de Liège, 1997, p. 53.

20. K. Benyekhlef, « Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », *McGill L. J.* 1993. 38. 91.

21. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 99.

ment cette fonction que si elle est adaptée au système institutionnel et politique dans lequel elle s'insère ²². D'où la nécessité de replacer les juges constitutionnels dans cet environnement institutionnel et politique et, partant, de privilégier une approche positive, plutôt que normative, du contrôle de constitutionnalité des lois ²³.

À la Cour constitutionnelle, il revient tout à la fois d'*arbitrer*, de *pratiquer* et de *susciter* le dialogue constitutionnel.

I. - LA COUR CONSTITUTIONNELLE ARBITRE LE DIALOGUE CONSTITUTIONNEL

Devant la plupart des juridictions constitutionnelles, les citoyens comptent parmi les acteurs principaux du procès constitutionnel. Ils jouissent généralement d'une liberté d'accès au prétoire des juges constitutionnels, qui sont ainsi saisis par ceux-là mêmes qu'ils doivent protéger. Mieux encore, une fois arrivés au prétoire des juges constitutionnels, les citoyens doivent pouvoir s'exprimer librement. Cette liberté de parole est très révélatrice d'une vision moderne de l'acte de juger. Si celui-ci est un acte de volonté et de raison, il n'est pas pour autant l'expression monologique et solitaire de l'hégémonie du juge. Au contraire, il est, et doit être, le fruit d'une discussion argumentée entre les protagonistes du procès.

L'on doit à la philosophie contemporaine d'avoir éclairé la pertinence et la prégnance de cet aspect procédural de la rationalité juridique. J. Lenoble souligne ainsi qu'une modalisation procédurale s'impose, non seulement dans l'adoption des normes, mais aussi dans leur application par le juge, en ce compris — et surtout ? — le juge constitutionnel, dont la tâche est moins « de définir par lui-même le contenu des droits que de veiller à ce que les contraintes argumentatives soient respectées par le processus décisionnel » ²⁴. Propos excessifs ? Oui, si l'on considère que le juge doit nécessairement, et en toutes circonstances, faire table rase de tout horizon normatif ou axiologique. Non, si l'on y voit une tentative de revitaliser la place du citoyen et le rôle du juge dans l'espace public et donc sur la scène démocratique.

Dans cette perspective, la légitimité de la Cour constitutionnelle est, à maints égards, une légitimité procédurale. En effet, l'on attend des juges

22. *Art. cit.*, note 3, p. 557-558.

23. V., B. Friedman, « The Politics of Judicial Review », *Texas L. Rev.* 2005. 84. 257-337 ; « The Importance of Being Positive : The Nature and Function of Judicial Review », *U. Cin. L. Rev.* 2004. 72. 1257-1303.

24. J. Lenoble, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994, p. 91.

qu'ils encadrent et stimulent le dialogue entre les parties. Sans pour autant y participer, liés qu'ils sont par leur statut de tiers.

La garantie qu'ont ainsi les parties d'exposer leur point de vue sur les éléments de nature à influencer la décision leur permet surtout de bénéficier de la part des juges d'une écoute que, parfois, les parlementaires n'ont pas voulu ou pu leur accorder.

Comment ne pas ajouter que cette garantie est une donnée essentielle du droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme? Cette disposition permet au jugement d'être « l'aboutissement d'un procès, c'est-à-dire d'un débat en principe contradictoire, au cours duquel les parties ont pu échanger leurs arguments conformément aux règles de la procédure »²⁵. On se souviendra que, le 23 juin 1993, dans l'arrêt *Ruiz-Mateos*, l'Espagne a été condamnée par la Cour de Strasbourg pour — en substance — avoir entravé la liberté de parole des parties devant le Tribunal constitutionnel. Ce faisant, les juges européens ont accepté que l'article 6 — et donc le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes — puisse trouver à s'appliquer, dans certaines conditions, aux contestations portées devant les juridictions constitutionnelles. Par la suite, cette jurisprudence a été confirmée, puis élargie. On pense notamment à l'arrêt *Gorraiz Lizarraga et autres* du 27 avril 2004, qui concerne également l'Espagne.

II. - LA COUR CONSTITUTIONNELLE PRATIQUE LE DIALOGUE CONSTITUTIONNEL

Au terme du procès, après avoir écouté les parties dialoguer, il revient à la Cour constitutionnelle de relayer ce dialogue. L'audience est levée. C'est le moment pour les juges d'exhumer les sentiments refoulés. C'est surtout le moment de délibérer. Et de le faire dans des conditions qui leur assurent la plus grande crédibilité.

À cette fin, il revient à la Cour constitutionnelle de rendre des décisions jouissant d'un haut degré d'acceptabilité, ce qui ne signifie pas pour autant que chaque arrêt doive soulever un enthousiasme fébrile dans l'opinion publique, ni même que certains arrêts ne puissent entraîner une profonde réprobation. 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.

25. B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2005, p. 659.

La crédibilité de la Cour constitutionnelle se mesure dans le long terme. Surtout, elle repose sur une alchimie complexe. Elle nous paraît dépendre du respect de cinq exigences.

- *Une exigence d'intelligibilité.* Les arrêts ou jugements de la Cour constitutionnelle doivent être motivés avec la clarté et la précision que requièrent les règles de la pédagogie, reflétant par là le caractère délibéré et argumenté de la décision. La motivation doit refléter ce dialogue. Elle doit aussi révéler les choix herméneutiques et axiologiques qui ont nourri le raisonnement des juges. C'est au cœur de leurs discussions, de leurs options et de leurs réflexions que les juges doivent nous mener. Il s'agit par là de vérifier que ceux-ci ont été soucieux d'inscrire leur décision dans le contexte de la société tout entière. En effet, qu'il constate ou non l'inconstitutionnalité d'une loi, chaque arrêt de la Cour constitutionnelle, tout en mettant fin à une affaire déterminée, n'en a pas moins une portée qui s'étend au-delà du cas soumis aux juges : il tranche un problème constitutionnel qui intéresse la communauté des citoyens et qui a pu d'ailleurs susciter des opinions à travers les canaux traditionnels d'expression démocratique. Par exemple, lorsque des juges constitutionnels se prononcent sur la constitutionnalité de l'avortement, leur décision ne concerne pas que les citoyens qui ont plaidé devant eux, mais elle interpelle chaque citoyen, quel qu'il soit. Voilà pourquoi, les juges doivent être à l'écoute des cris et des murmures de la société. Par là, il ne s'agit nullement de répondre aux soubresauts de majorités précaires. Il s'agit plutôt de procurer aux articles de la Constitution une lecture qui reflète un consensus social fondamental, qui incarne les tendances profondes et significatives d'une société se vivant dans la durée, par-delà l'éphémère du quotidien. L'intelligibilité des décisions de la Cour se mesure aussi dans sa capacité à exprimer cette quête de sens.

- *Une exigence de cohérence.* La Constitution est un arbre vivant : « *a living tree capable of growth and expansion within its natural limits* », selon l'expression d'un juge canadien. En clair, elle doit pouvoir s'adapter aux transformations des conceptions et des pratiques sociales. Louis Favoreu nous rappelle qu'« une Constitution qui vieillit et qui est trop rigide pour être modifiée et révisée aisément, constitue potentiellement un danger pour la démocratie car elle appelle des changements brutaux », de telle sorte que « par son action progressive, le contrôle juridictionnel des lois peut faciliter l'adaptation et l'évolution de la Constitution »²⁶. Les juridictions constitutionnelles ne sont-elles pas, d'une certaine manière, des « assemblées constituantes permanentes »²⁷ ? Il reste que cette contextualisation des normes constitutionnelles

26. *Art. cit.*, note 3, p. 570.

27. G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Turin, Einaudi, 2005, p. 30.

doit être réalisée de manière cohérente. La cohérence de l'interprétation constitutionnelle s'apprécie dans l'espace, celui du texte constitutionnel lui-même : plutôt que d'être envisagée isolément, chaque norme constitutionnelle doit être articulée aux autres normes inscrites dans la Constitution. Ce faisant, il s'agit de les rapprocher, voire de les concilier. Parfois même, il s'agit de dégager un principe ou un droit enfoui dans les interstices de la Constitution. La cohérence de l'interprétation constitutionnelle s'apprécie également dans le temps : plutôt que d'opérer des revirements impétueux ou capricieux, l'interprète doit être animé d'un souci de continuité. Dans l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey* (505 U.S. 833), arrêt célèbre rendu en 1992, les juges de la Cour suprême des États-Unis ont souligné que leur légitimité est à la mesure de leur capacité à rester constant et à résister ainsi à la tentation de revenir sur un arrêt décisif lorsque rien ne le justifie objectivement.

- *Une exigence d'efficacité.* L'efficacité est souvent confondue avec la légitimité, les deux notions entretenant des relations ambiguës. Un arrêt ou un jugement est efficace si, dans un souci de cohésion sociale, il évite, autant que faire se peut, qu'une atteinte inutile soit portée à l'intégrité de l'ordre juridique. Des techniques ont été mises à la disposition des juridictions constitutionnelles, voire imaginées par elles, qui leur permettent de rencontrer une telle préoccupation. L'on pense, tout particulièrement, au procédé de l'interprétation « salvatrice », qui vise à sauvegarder la loi querellée par une lecture conciliante de celle-ci. L'on pense également aux formules par lesquelles les juges constitutionnels parviennent à maîtriser le temps : ils suspendent *in limine litis* la norme attaquée, voire constatent immédiatement son inconstitutionnalité manifeste, ils diffèrent l'annulation de la norme inconstitutionnelle, ou encore ils neutralisent les effets rétroactifs de l'annulation. Bref, ils gèrent le présent, rapprochent le futur et réconcilient le passé et l'avenir.

- *Une exigence de discernement.* Les arrêts de la Cour constitutionnelle doivent être dictés par une sage circonspection, sans verser dans la pusillanimité docile. Cette exigence est assurément la plus difficile à satisfaire. D'une part, les juges constitutionnels n'ont pas été nommés pour entériner les mesures prises par des majorités politiques ordinaires. La Cour constitutionnelle ne saurait être ramenée au rang d'une troisième chambre législative. D'autre part, les juges constitutionnels ne peuvent jamais se départir de l'idée qu'ils ne sont pas les arbitres de tous les conflits sociaux. On le sait l'idée est tentante et ils y sont particulièrement exposés. En effet, la Constitution n'étant pas seulement un instrument de régulation et de limitation des pouvoirs, mais aussi un corps de règles et de principes éthiques, le rôle d'une Cour constitutionnelle est d'entreprendre une conciliation pragmatique entre ces règles et principes, ce qui lui confère une ample marge de manœuvre. Son pouvoir d'appréciation est d'autant plus grand que les règles et principes

constitutionnels sont formulés en des termes vagues et abstraits (liberté, égalité, dignité, intégrité, proportionnalité, etc.), de telle sorte que chacune de leur application réclame de la part des juges constitutionnels une appréciation contextualisée. Chaque fois, il s'agit de mettre dans la balance les divers intérêts en présence. Ce genre d'appréciation est délicat, car notre époque est marquée par un profond pluralisme des valeurs. Les juges doivent ici se garder d'en faire trop. C'est presque un truisme que de rappeler qu'il leur revient, non pas de refaire ce que le législateur n'a pas fait ou a mal fait, mais de constater les dérapages constitutionnels de ce dernier. Ainsi, la Cour constitutionnelle doit éviter autant que possible de remettre en cause la finalité des lois, car un objectif législatif ressortit à une appréciation politique. Ainsi encore, le souci d'une motivation complète de ses décisions ne doit pas pour autant conduire la Cour à dire plus que ce qui est nécessaire pour résoudre le problème de constitutionnalité qui lui est soumis. « *One case at a time* », selon l'expression de C. Sunstein²⁸.

- *Une exigence de visibilité.* Aux États-Unis, des biographies sont régulièrement éditées sur des juges de la Cour suprême. Y sont relatés les moments de la trajectoire professionnelle du juge, mais aussi les péripéties de sa vie personnelle et familiale. Une fois publiées, ces biographies trônent en pile sur les tables des librairies américaines. Il arrive même qu'elles se hissent dans le classement des meilleures ventes. Ce n'est pas à dire que les juges de la Cour suprême ont une popularité égale à celle des vedettes de la classe politique ou du show-business. Mais ils intriguent et fascinent une partie de la population américaine. En Europe, les juges constitutionnels ne jouissent généralement pas de la même notoriété, ce qui traduit — et c'est évidemment là que le bât blesse — une profonde méconnaissance par les citoyens de l'institution même de la Cour constitutionnelle, qui souffre souvent d'un manque de visibilité. Comment ne pas ajouter que les juges constitutionnels ont sans doute aussi à pâtir de l'image que la justice en général a longtemps donnée d'elle-même, spécialement dans un pays comme la Belgique ? L'époque n'est pas si lointaine où les magistrats rechignaient à exprimer ouvertement leurs préoccupations et à s'engager plus résolument dans l'espace public, opposaient systématiquement une résistance farouche à tout *aggiornamento* et se complaisaient avec une délectation cérémonieuse dans un corporatisme arrogant. Ce mélange de réserve, d'immobilisme et d'esprit de corps a progressivement creusé un abîme entre les citoyens et les juges qui, aujourd'hui, mettent un point d'honneur à réduire la fracture.

28. C. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999.

III. - LA COUR CONSTITUTIONNELLE SUSCITE LE DIALOGUE CONSTITUTIONNEL

Dans la pensée juridique contemporaine, on assiste à l'émergence d'une nouvelle construction théorique pour expliquer les modes de production du droit. M. Delmas-Marty évoque la figure des « hiérarchies enchevêtrées », F. Ost et M. van de Kerchove celle du « réseau ». Quelle que soit la métaphore utilisée, la mutation ainsi décrite remet en question certains concepts qui ont pu servir de cadre d'entendement. Elle ébranle quelque peu, sans la détruire pour autant, la validité du traditionnel modèle pyramidal. C'est l'idée que « la simplicité de ce modèle ne lui permet pas de rendre compte à lui seul de la complexité toujours croissante de la réalité juridique ». En effet, celle-ci y est réduite à une structure hiérarchique, linéaire et arborescente, dont la pertinence est déjouée par quelques évolutions récentes : « sans disparaître, la hiérarchie révèle ses limites — discontinuité, inachèvement, alternance — où la subordination cède partiellement la place à la coordination et à la collaboration ; sans perdre toute vigueur, la linéarité se relativise et s'accompagne fréquemment de phénomènes de bouclage ou d'inversion dans l'ordre des relations ; l'arborescence se dilue, dans la mesure où la multiplicité des foyers de création du droit ne peut pas toujours être dérivée d'un point unique et souverain »²⁹.

Ce changement de paradigme n'est pas sans incidence sur la place des juridictions constitutionnelles dans l'État constitutionnel. Répétons-le, celles-ci n'ont pas le pouvoir du dernier mot dans l'interprétation de la Constitution. À dire vrai, ce pouvoir du dernier mot n'appartient à personne. Comme l'a bien écrit P. Martens, « l'idée d'un dernier mot sur la chose juridique évoque la nostalgie d'un pouvoir absolu qui ne peut concevoir une cohérence juridique sans une autorité qui serait le “patron du droit”, conception héritée non seulement de la méthode géométrique mais aussi de l'obéissance militaire »³⁰. Cette métaphore a également séduit G. Zagrebelsky, qui écrit que les juridictions constitutionnelles ne sont, pas plus que les autres organes étatiques, les « *padroni del diritto* », l'existence même d'un tel patron dans l'État constitutionnel étant une incompatibilité radicale³¹. On est ici au cœur de la démocratie, dont la spécificité est de laisser toujours ouverte la question des droits, et spécialement des droits constitutionnels, « puisque sa logique est précisément de ne reconnaître aucun pouvoir, aucune autorité

29. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2002, p. 49-50.

30. P. Martens, « L'égalité et le droit privé » in *La Cour d'arbitrage et le droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 327.

31. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Turin, Einaudi, 1992, p. 213.

dont la légitimité ne puisse être discutée »³². C'est ce qui fait dire à J. Habermas que, dans le cadre institutionnel de la démocratie, « personne ne peut prétendre avoir un accès privilégié à la vérité des questions constitutionnelles » et « personne ne peut savoir avec certitude si quelqu'un détient la bonne compréhension, ni, à supposer que cela soit, qui la détient »³³.

Dans son travail d'interprétation de la Constitution, la Cour constitutionnelle est prise dans un mouvement de circularité. Cette circularité se développe, d'une part, dans l'ordre interne et, d'autre part, dans l'ordre international.

Dans l'ordre interne, l'interprétation de la Constitution n'est pas l'apanage de la Cour constitutionnelle. C'est une fonction qui revient naturellement au peuple³⁴. C'est une fonction qui appartient également à toutes les institutions publiques. Chaque autorité créant ou appliquant du droit n'est-elle pas astreinte au respect de la Constitution? Par conséquent, la Cour constitutionnelle ne doit pas seulement être à l'écoute des cris et des murmures de la société. Elle doit aussi être attentive aux interprétations constitutionnelles procurées dans d'autres cénacles — « il n'y a pas de *numerus clausus* des interprètes de la Constitution »³⁵ —, afin de nourrir ses propres interprétations et contribuer ainsi au dialogue constitutionnel. Selon B. Friedman, la Constitution est interprétée quotidiennement à travers un dialogue continu auquel participent tous les segments de la société et dans lequel les juges jouent un rôle unique d'interprétation: le plus souvent, ce sont eux qui déclenchent le dialogue et le façonnent³⁶.

Les assemblées parlementaires jouent, dans ce dialogue interne — cette « conversation démocratique »³⁷ —, un rôle crucial³⁸. Certes, par la force des choses, le débat constitutionnel dans les hémicycles parlementaires est différent de celui qui est mené dans le prétoire de la Cour constitutionnelle, puisqu'il est nécessairement incident et périphérique. Mais, par ailleurs, l'on

32. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 513.

33. J. Habermas, *Une époque de transitions. Écrits politiques 1998-2003*, (trad.), Paris, Fayard, 2005, p. 200-201.

34. V. pour un retour à un constitutionnalisme populaire, L. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004.

35. P. Häberle, *L'État constitutionnel*, (trad.), Paris, Économica, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p. 126.

36. B. Friedman, « Dialogue and Judicial Review », *Mich. L. Rev.* 1993. 91. 580-581.

37. S. Breyer, *Active Liberty. Interpreting Our Democratic Constitution*, New York, Knopf, 2006, p. 72.

38. V. en ce sens, P. Hogg, A. Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures », *Osgoode Hall L. J.* 1997. 35. 75. V. sur les limites d'un tel dialogue institutionnel, L. B. Tremblay, « The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures », *Int. J. Const. L.* 2005. 3. 617-648.

ne peut oublier que toute interprétation de la Constitution doit être le reflet d'un consensus social fondamental. Or, celui-ci ne peut être raisonnablement défini sans le concours des parlementaires. Décliner cette responsabilité, c'est laisser à douze juges une totale latitude pour déterminer les valeurs les plus profondément ancrées dans la société. C'est contribuer à faire de la justice constitutionnelle un « pontificat laïc », selon l'expression de R. Dworkin ³⁹. On retrouve ici l'idée contemporaine que la démocratie constitutionnelle aspire à un « juste équilibre » entre les représentants de la volonté populaire et les gardiens des limites constitutionnelles ⁴⁰.

Force est malheureusement de constater que les discussions constitutionnelles n'ont pas toujours au Parlement la place qu'elles méritent. Deux dérives sont observables. Certaines questions constitutionnelles sont *dépolitisées* : renonçant à y apporter des solutions, les parlementaires préfèrent s'en débarrasser et déléguer aux juges le soin d'y répondre. D'autres sont, au contraire, *politisées* : dans l'agitation des travaux parlementaires, elles « sont redéfinies en termes de questions négociables, autrement dit susceptibles de compromis » ⁴¹. Ces deux attitudes — passablement stratégiques — traduisent une démission du Parlement. Une « dé-mission », au sens d'un renoncement à remplir sa mission qui, en l'occurrence, est de voter des lois après en avoir examiné la compatibilité avec la Constitution, et ce sans chercher d'expédient. En ce sens, « la légitimité du juge passe aussi par une réhabilitation du pouvoir politique » ⁴².

Les autres juridictions contribuent, elles aussi, à nourrir le dialogue constitutionnel. Malheureusement, cette contribution n'est pas sans rencontrer certains écueils. En Belgique, par exemple, depuis plusieurs années, les relations entre la Cour constitutionnelle et les deux autres juridictions suprêmes, la Cour de cassation et le Conseil d'État, connaissent quelques tensions, éveillant par là le spectre d'une « guerre des juges » ⁴³. Les tensions sont telles qu'un symposium, organisé à Bruxelles le 21 octobre 2005, a réuni des représentants des trois ordres juridictionnels, avec la collaboration d'universitaires, afin de tenter, par des échanges de vues transcendant les dossiers individuels, « de mieux se comprendre et de susciter des idées dans un esprit de reconnaissance mutuelle » ⁴⁴. Le problème réside en ceci que l'autorité des arrêts de

39. R. Badinter, S. Breyer (dir.), *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, 2003, p. 83.

40. M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologne, Mulino, 1999, p. 161.

41. J. Habermas, *Droit et démocratie*, (trad.), Paris, Gallimard, 1997, p. 264.

42. J. van Compernelle, « Le rôle du juge dans la cité : vers un gouvernement des juges ? » in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, 2002, p. 176.

43. J. van Compernelle, M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux* 2000. 297.

44. V., A. Arts et al. (dir.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruxelles, La Charte, 2006, p. V.

la Cour constitutionnelle est parfois mal comprise ou mal acceptée par les juridictions judiciaires et administratives, surtout lorsque les juges constitutionnels censurent une interprétation consolidée par ces juridictions. Ces résistances ont suscité un débat dont l'intérêt dépasse largement les frontières de la Belgique. Il touche en effet au problème de la coexistence entre des ordres juridictionnels autonomes et non hiérarchisés entre eux. C'est là une des difficultés majeures d'un mécanisme — le mécanisme des questions préjudicielles — qui est au cœur du modèle européen de justice constitutionnelle.

Dans l'ordre international, le dialogue se noue aussi avec d'autres juges. Aujourd'hui, les droits fondamentaux sont « le patrimoine commun de la culture politique occidentale »⁴⁵. Les gardiens des droits fondamentaux sont à la fois à Strasbourg, à Luxembourg et, pour ce qui concerne les ordres juridiques nationaux, à Karlsruhe, Rome, Madrid, Paris ou Bruxelles. Ouvertement ou tacitement, fréquemment ou occasionnellement, de bon ou de mauvais gré, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions constitutionnelles nationales acceptent, non seulement de se référer aux sources des droits protégés par les unes et les autres, mais aussi de prendre en compte leurs jurisprudences respectives. Une « société des cours » serait ainsi en train de naître⁴⁶. Même les membres de la Cour suprême des États-Unis deviennent plus sensibles aux mouvements de la communauté mondiale des juges constitutionnels⁴⁷.

Ce dialogue transnational favorise l'émergence d'un fond européen de valeurs partagées. Surtout, il évite aux juges de sombrer dans un très archaïque nombrilisme national. Le syndrome de l'autisme guette le juge replié dans ses frontières.

*

* *

La légitimité de la Cour constitutionnelle se mesure à sa capacité d'arbitrer, de pratiquer et de susciter le dialogue constitutionnel. En relevant ce triple défi, elle participe pleinement à une « culture du débat »⁴⁸. À une culture démocratique conçue comme un « espace donné à la parole »⁴⁹. Le rôle qu'elle joue

45. C. M. Martini, G. Zagrebelsky, *La domanda di giustizia*, Turin, Einaudi, 2003, p. 6.

46. J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution des droits*, Paris, Seuil, 2005, p. 25.

47. M. Tushnet, *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York, Norton, 2005, p. 176.

48. R. Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006, p. 6.

49. A. Touraine, *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris, Fayard, 1994, p. 213.

apparaît alors, « non pas comme un mécanisme correcteur, mais comme un élément d'approfondissement de l'exigence démocratique »⁵⁰.

La Cour constitutionnelle n'a-t-elle pas vocation à être, selon la belle expression de la Cour suprême du Canada, « un allié de la démocratie » ?

50. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2004, p. 154.