



Note d'information

avril 2017

Résumé

Cette **note d'information** présente les principes fondamentaux des cours constitutionnelles et les enjeux y afférents lors d'un processus d'élaboration d'une nouvelle constitution ou d'amendement d'une constitution existante. Il s'adresse aux personnes responsables du processus de réforme constitutionnelle au Myanmar ainsi qu'aux autres acteurs et parties prenantes démocratiques du pays.

À propos du projet MyConstitution

Le projet **MyConstitution** vise à favoriser l'émergence d'une culture constitutionnelle éclairée et locale, dans le cadre du processus de transition démocratique et d'instauration d'une paix durable au Myanmar. Dans cette perspective, des experts sont à la disposition des parties prenantes au processus de réforme constitutionnelle afin de leur apporter une assistance technique et les soutenir dans leurs efforts. Cette série de notes d'information sur les constitutions est publiée dans le cadre de cette initiative.

Le projet MyConstitution offre également la possibilité d'étudier les questions constitutionnelles pertinentes au regard de l'histoire du Myanmar ou de son expérience comparée à celle d'autres pays, ainsi que d'en débattre.

À propos de l'auteur

Andrew Harding est un éminent professeur de droit asiatique, spécialiste du droit de Malaisie, de Thaïlande et du Myanmar, du droit comparé et des rapports entre droit et développement. Il a été directeur du Centre for Asian Legal Studies (Centre d'études juridiques asiatiques) et de l'Asian Law Institute (Institut de droit asiatique) de l'Université nationale de Singapour, où il enseigne actuellement. Il a récemment édité *Constitutionalism and Legal Change in Myanmar* [Constitutionnalisme et réforme juridique au Myanmar] (Hart Publishing, janvier 2017). Il collabore actuellement avec le professeur Albert Chen à l'édition d'un ouvrage sur les cours constitutionnelles en Asie pour Cambridge University Press.

Les fondamentaux des cours constitutionnelles

Andrew Harding

1. Qu'est-ce qu'une cour constitutionnelle ?

Une constitution écrite est généralement destinée à avoir des effets spécifiques, juridiquement contraignants, sur les droits des citoyens ainsi que sur des processus politiques tels que les élections et les procédures législatives. Ce n'est cependant pas toujours le cas : en République populaire de Chine, par exemple, les droits constitutionnels ne peuvent pas être appliqués par les tribunaux et la Constitution n'a qu'une valeur d'aspiration, sans effets juridiques.

Pour qu'une constitution puisse être contraignante, il convient de prévoir des mécanismes visant à garantir son application. Ces mécanismes doivent permettre de déterminer si un acte ou une décision est contraire à la constitution, et définir la procédure à suivre et les conséquences le cas échéant. Il s'agit du « contrôle de constitutionnalité ». Il existe deux grandes catégories de contrôle de constitutionnalité : le contrôle par une cour constitutionnelle spécialisée et le contrôle par des tribunaux de droit commun jouissant d'une compétence juridique générale. Cependant, chacun de ces deux modèles se décline de nombreuses façons, et certaines constitutions ont même instauré des systèmes « hybrides ».

Une cour constitutionnelle (parfois appelée « conseil constitutionnel » ou « tribunal constitutionnel ») est une juridiction spécialisée, dont le seul pouvoir est le contrôle de constitutionnalité. Alec Stone Sweet la définit comme « une institution étatique indépendante, établie par la constitution, dont l'objectif principal consiste à défendre la supériorité normative du droit constitutionnel au sein de l'ordre juridique ». En d'autres termes, une cour constitutionnelle se prononce sur la conformité des lois, mais aussi, en règle générale, des actes et décisions du pouvoir exécutif. Dans l'éventualité où une loi, une décision ou un acte réglementaire ne serait pas constitutionnel, la cour rend une décision déclarant l'inconstitutionnalité de la norme soumise à son contrôle. La cour constitutionnelle exerce ce pouvoir de manière exclusive : aucun autre tribunal ou institution n'est habilité à assurer le contrôle de constitutionnalité. À l'échelle mondiale, environ 85 pays disposent d'une institution de ce type, ce qui représente la majorité des pays dotés d'un système de contrôle de la constitutionnalité.

Les questions de constitutionnalité relevant de la compétence exclusive de la cour constitutionnelle, ce système est souvent décrit comme un système de contrôle de constitutionnalité « concentré ». Il est également appelé « système européen », car il a été mis au point par le juriste autrichien Hans Kelsen et a été adopté dans de nombreux États du continent, notamment par l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, la France ou encore l'Italie, ainsi que dans les États que ces derniers ont influencés, à l'instar du Bénin, de la Colombie, de la Côte d'Ivoire, de la République de Corée, de la Russie, du Sénégal, de Taiwan ou encore de la Turquie.

Encadré 1. Cours constitutionnelles et le contrôle abstrait de constitutionnalité

Les cours constitutionnelles ont souvent le pouvoir de trancher des questions abstraites. Elles peuvent ainsi, par exemple, contrôler la constitutionnalité d'une loi avant même que celle-ci ne soit adoptée. Ainsi, des membres du parlement pourraient saisir la cour constitutionnelle en alléguant qu'un projet ou une proposition de loi risque de contrevenir aux droits de la personne ou au processus démocratique, même s'il n'y a aucun cas concret d'application de la loi que la cour puisse étudier. Ce pouvoir n'existe pas dans les systèmes diffus, qui autorisent le contrôle concret de constitutionnalité, mais pas de contrôle abstrait.

Ce système concentré se distingue des systèmes dans lesquels le contrôle de constitutionnalité est assuré par un tribunal disposant d'une compétence générale sur l'ensemble des aspects des droits civil, pénal et public, et non sur les seules questions de constitutionnalité. Dans de tels systèmes, le contrôle de constitutionnalité relève de la compétence de tous les tribunaux, bien que ce soit, en règle générale, le plus haut tribunal du système juridique, souvent appelé « cour suprême », qui détienne le pouvoir de trancher les questions de constitutionnalité de manière définitive ; cela souligne sa suprématie sur les autres tribunaux. Ce système, non concentré, a été développé aux États-Unis principalement. Il est donc parfois nommé « système diffus » ou « système américain ». Il est également en vigueur en Argentine, en Australie, au Canada, en Finlande, en Inde, au Japon, en Norvège et aux Philippines.

La plupart des pays qui disposent d'une cour constitutionnelle ont également une cour suprême, mais cette dernière n'est pas compétente en matière de contentieux constitutionnel. À l'inverse des tribunaux dotés d'une compétence générale, les cours constitutionnelles n'arbitrent pas les litiges civils ou pénaux. De plus, contrairement aux tribunaux de compétence générale, les cours constitutionnelles ont souvent le pouvoir de trancher des questions abstraites, non liées à des faits entraînant un litige juridique spécifique, concret, entre deux parties (voir l'encadré 1).

La plupart des États pourvus d'une cour constitutionnelle l'ont créée (ou ont réformé en profondeur une institution existante, comme dans le cas de Taiwan) dans le cadre de l'élaboration ou de la révision de leur constitution au cours des trente dernières années. La cour constitutionnelle est généralement considérée comme un mécanisme essentiel pour réussir et consolider les réformes démocratiques, par exemple l'instauration d'une démocratie multipartite. Les États qui se sont dotés d'une cour constitutionnelle l'ont décidé en grande partie parce qu'ils la percevaient comme la gardienne nécessaire des institutions démocratiques, du constitutionnalisme et des droits fondamentaux après une période de dictature militaire ou de régime totalitaire.

Par conséquent, à l'inverse des tribunaux des systèmes diffus, qui disposent d'une compétence générale, les cours constitutionnelles ont pour mission spécifique de trancher des questions politiques, même si elles doivent exercer leur fonction très prudemment. En général, les cours constitutionnelles prennent des décisions qui encouragent la politique démocratique et le dialogue entre les différentes institutions étatiques. De nombreux pays ont adopté le système de démocratie multipartite et le régime constitutionnel, et la majorité d'entre eux ont préféré le système concentré de contrôle de constitutionnalité au système diffus. Au cours des années 1990, le modèle concentré, déjà bien établi en Europe de l'Ouest, s'est donc rapidement propagé en Europe centrale, en Europe de l'Est, en Afrique de l'Ouest, en Amérique du Sud ou encore en Asie de l'Est.

Les cours constitutionnelles sont plus caractéristiques des pays de droit civil que des pays de Common law. La plupart des pays d'Europe et d'Asie ont un système de droit civil (aussi appelé droit romano-civiliste). Dans le Commonwealth britannique, constitué presque exclusivement de pays de Common law, presque tous les États ont adopté le modèle diffus (à l'exception notable de l'Afrique du Sud). Les pays francophones d'Afrique de l'Ouest et du Moyen-Orient ont tous opté pour le modèle concentré. Cependant, certains pays de droit civil, à l'instar du Japon, emploient le système diffus, alors que certains États de Common law, notamment le Myanmar, ont recours au système concentré.

Voici quelques exemples de pays dotés de systèmes concentrés : l'Allemagne, la Colombie, l'Espagne, la France, l'Indonésie, la République de Corée et Taiwan (qui sont tous des pays de tradition de droit civil), ainsi que l'Afrique du Sud (qui mêle droit civil et Common law). Le système concentré n'a cependant pas été adopté par tous les États de droit civil, à l'instar de l'Argentine, du Japon et de la Suède. Parmi les exemples notables de systèmes diffus figurent l'Australie, le

Canada, les États-Unis, l'Inde, la Malaisie, le Nigéria et le Royaume-Uni, qui sont tous des pays de Common law. Le Royaume-Uni ne dispose pas d'une constitution écrite unifiée, mais ses hautes cours et sa cour suprême, qui a récemment été réformée, sont compétentes en matière de contentieux constitutionnel.

La création d'une cour constitutionnelle est principalement motivée par la volonté de créer une institution judiciaire puissante et spécialisée, capable de garantir le respect d'une nouvelle constitution ou d'un nouvel accord constitutionnel. Réformer une juridiction suprême existante ou lui accorder une compétence en matière de contrôle de constitutionnalité, comme le système diffus le prévoit, est souvent considéré comme étant insuffisant pour garantir le respect d'une nouvelle constitution. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, créée en 1949 par la Loi fondamentale adoptée après la guerre, en est un exemple majeur et influent. Néanmoins, plusieurs cours constitutionnelles ont également joué un rôle de premier plan en faveur du processus de démocratisation, y compris sous des régimes autoritaires (par exemple en Égypte, avant et après les soulèvements arabes).

2. Quels sont les pouvoirs d'une cour constitutionnelle ?

À l'exception de leur compétence exclusive en matière de contrôle de constitutionnalité, les cours constitutionnelles n'ont, en pratique, aucun pouvoir qui leur soit commun (même leur pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois a une portée et des effets variables selon les pays). Les cours constitutionnelles contemporaines disposent toutefois de quatre grands types de pouvoirs :

1. Une compétence relative à l'élaboration de la constitution (contrôle de la constitution elle-même) :

- arbitrage des contentieux relatifs au processus d'élaboration de la constitution
- contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels (par exemple en Afrique du Sud, au Niger et au Sénégal)

2. Un pouvoir de contrôle juridictionnel des lois (contrôle de l'assemblée législative):

- contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation (*a priori* ou *ante factum*) :
- contrôle de constitutionnalité des lois après leur promulgation (*a posteriori* ou *ex post facto*)
- contrôle de constitutionnalité des décisions prises par l'assemblée législative
- initiative législative ou pouvoir de demander des lois

3. Une compétence relative aux fonctionnaires et aux organismes officiels (contrôle du pouvoir exécutif) :

- contrôle de constitutionnalité des actes et décisions du pouvoir exécutif
- instruction des procédures de destitution menées à l'encontre des détenteurs de mandats publics
- instruction des procès civils et pénaux relatifs à la corruption des représentants officiels de l'État
- examen des qualifications des personnes pour exercer ou continuer à exercer un mandat public
- contrôle de la nomination de certains fonctionnaires conformément à la constitution
- arbitrage des contentieux relatifs à la compétence des organes de l'État
- arbitrage des litiges entre organes de l'État

4. Une compétence relative aux partis politiques et aux élections (contrôle des élections) :

- arbitrage de la dissolution ou de la fusion de partis politiques et contrôle de la constitutionnalité de leurs actes
- examen de la légalité des élections et des résultats électoraux à tous les niveaux de gouvernement
- audition des requêtes électorales

Aucune cour constitutionnelle ne dispose de l'ensemble de ces pouvoirs. Cette liste a pour seul but d'illustrer la diversité des possibilités qui s'offrent aux personnes responsables de l'élaboration d'une nouvelle constitution ou de l'amendement d'une constitution existante. Par ailleurs, il convient de souligner qu'il existe, dans certains systèmes (par exemple en Allemagne, en France et en Indonésie), des juridictions administratives distinctes et spécialisées, qui exercent une compétence exclusive sur la légalité des décisions et actes administratifs (du pouvoir exécutif), y compris sur les mesures législatives subordonnées ou auxiliaires (c'est-à-dire les règlements et les ordonnances). Dans ces systèmes, ce sont les tribunaux administratifs, plutôt que la cour constitutionnelle, qui déterminent la constitutionnalité des actes réglementaires et des ordonnances du pouvoir exécutif. Cela peut s'avérer problématique, car l'interprétation de la constitution donnée par la cour constitutionnelle risque de ne pas être appliquée : en effet, le juge administratif peut ne pas être d'accord avec cette interprétation.

Dans l'exercice de ses compétences, en particulier du contrôle de constitutionnalité des lois et des actes réglementaires, une cour constitutionnelle doit notamment veiller à contrôler le respect des droits humains constitutionnels par ces normes. Dans les cas où la cour constitutionnelle juge qu'une loi ou un acte réglementaire contrevient aux droits et libertés garanties par la constitution, la cour rend une décision déclarant l'inconstitutionnalité de la norme soumise à son contrôle et peut également, dans certains cas, prononcer des injonctions ou des mesures spécifiques afin de remédier à la situation inconstitutionnelle.

3. Comment choisit-on les juges d'une cour constitutionnelle ?

La composition de la cour constitutionnelle est une question particulièrement sensible, susceptible de provoquer de nombreuses controverses. Étant donné l'importance politique de la cour constitutionnelle, l'identité des personnes choisies, les qualifications requises pour être choisis et l'identité des personnes habilitées à effectuer ce choix suscitent beaucoup d'intérêt. Comme l'illustrent les débats entourant le choix des juges de la Cour suprême aux États-Unis, les systèmes diffus peuvent également être concernés par de tels questionnements. La difficulté consiste ici à trouver un moyen de garantir qu'aucune personne ni aucun groupe ne puisse dominer le processus de sélection ou le manipuler à son profit en vue de contrôler l'interprétation des passages ambigus de la constitution. Là encore, les procédures de sélection varient entre les cours constitutionnelles contemporaines. Une caractéristique évidente, mais unique, des juges constitutionnels est leur mode de sélection, qui diffère de celui des juges ordinaires. Ces derniers sont des magistrats de carrière, normalement en exercice jusqu'à leur retraite, dont l'indépendance est assurée par des mesures de protection de leur mandat, de leur salaire et de leur pension de retraite. Les juges constitutionnels sont, quant à eux, choisis pour leur capacité à accomplir la mission assignée à cette cour spécialisée, et accomplissent normalement un mandat d'une durée limitée (de trois, six, neuf, ou parfois douze ans), les mandats les plus courts étant renouvelables une seule fois. Les procédures de sélection des juges constitutionnels peuvent être classés en quatre grandes catégories (dont l'encadré 2 cite des exemples) et une cinquième catégorie plus rare.

1. *Choix par le pouvoir exécutif et approbation par le pouvoir législatif.* Cette approche, qui est l'une des plus fréquemment adoptées, répartit les différentes étapes de la procédure de sélection entre les organes exécutif et législatif de l'État. En règle générale, la présidente ou le président est responsable de proposer des candidats au poste de juge, tandis que l'assemblée législative a le pouvoir d'approuver ou de rejeter son choix. Les audiences de confirmation, qui ont lieu avant le scrutin d'approbation, constituent souvent une forme de contrôle démocratique, car elles permettent d'évaluer les aptitudes personnelles et les positions idéologiques des candidats. Comme on peut le constater aux États-Unis, ces audiences tendent largement à se politiser, en particulier si le

Encadré 2. Exemples de processus de sélection des membres d'une cour constitutionnelle

Choix par le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif

En République tchèque, la cour constitutionnelle est composée de 15 juges nommés pour un mandat renouvelable de 10 ans. Ils sont nommés par le Président, avec l'approbation du Sénat.

Choix par le pouvoir législatif

La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne est composée de deux « sénats », constitués chacun de huit juges exerçant un mandat de 12 ans. Le Bundestag (chambre basse) et le Bundesrat (chambre haute) élisent chacun quatre des huit juges des deux sénats. Chaque nomination doit recevoir l'approbation des deux tiers des membres de la chambre concernée.

Choix par le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire

En France, le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres qui exercent chacun un mandat de neuf ans. Trois sont nommés par le président, trois par le président de l'Assemblée nationale (chambre basse) et trois par le président du Sénat (chambre haute). En outre, les anciens présidents de la République sont membres de droit à vie du Conseil constitutionnel.

La Cour constitutionnelle italienne est composée de 15 juges qui exercent un mandat de neuf ans. Cinq d'entre eux sont nommés par le Président, cinq autres sont élus par le Parlement et les cinq derniers sont élus par les magistrats des tribunaux suprêmes administratifs et ordinaires.

Choix par une commission spéciale

En Afrique du Sud, le président doit collaborer avec la Commission des services judiciaires pour nommer le juge en chef et le juge en chef adjoint; ensuite, la Commission propose également des candidats pour les autres postes de la cour constitutionnelle. Afin de limiter la politisation du processus, le président doit solliciter différents avis, et ne peut rejeter une candidature sans expliquer les motifs de son refus. En cas de rejet, c'est la Commission, et non le président, qui doit proposer une liste complémentaire de candidats.

président n'appartient pas au parti politique qui domine l'assemblée législative.

- 2. Choix par le pouvoir législatif.* L'assemblée législative peut être la seule responsable du choix définitif des juges constitutionnels. Cette approche accorde elle aussi une place centrale au contrôle démocratique; cependant, si le scrutin d'approbation peut être remporté à la majorité simple, seuls les candidats du parti au pouvoir seront nommés. Pour prévenir ce risque, les candidatures doivent souvent être approuvées par une majorité qualifiée des voix, qui peut être par exemple des deux tiers (comme en Allemagne) ou des trois cinquièmes (comme en Espagne). Cette mesure garantit aux partis d'opposition une certaine influence sur le choix des juges.
- 3. Choix par le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.* Il est également possible de donner à différentes branches de pouvoir (par exemple au président, aux deux chambres de l'assemblée législative et aux juges de rang le plus élevé) le pouvoir de nommer un quota prédéterminé de membres de la cour constitutionnelle. Au Bénin, par exemple, la cour constitutionnelle est composée de sept juges. Quatre sont élus par le Parlement et trois sont nommés par le président. En Indonésie, en Italie et en République de Corée, chacune des trois branches de pouvoir de l'État (le président, le Parlement et les juges de rang le plus élevés) sélectionne un nombre spécifique de juges de la cour constitutionnelle. Ce modèle risque néanmoins d'aboutir à une cour constitutionnelle divisée, dont les juges favorisent les intérêts de l'institution qui les a choisis. Au Myanmar, les juges sont même obligés de rendre des comptes à l'institution qui les a nommés. Malgré les risques, ce modèle a le mérite de prévenir les controverses liées au choix du processus de sélection et au choix des candidats eux-mêmes. En outre, il empêche qu'une des branches de pouvoir de l'État ne domine le processus de sélection.
- 4. Choix par une commission spéciale.* Dans de nombreux systèmes, une commission (par exemple en Afrique du Sud) ou un comité de sélection dédié (notamment en Thaïlande) joue un rôle important dans le processus de sélection des candidats, avant l'approbation définitive de leur nomination. Ce mode de sélection pose un problème évident, à savoir le choix des membres du comité ou de la commission. Il convient de définir qui est qualifié pour y participer et d'élaborer une méthode de sélection qui permette d'éviter que cette institution ne devienne une tribune pour les politiciens élus. L'une des solutions possibles consiste à professionnaliser le comité ou la commission, en réservant la majorité des sièges à des juges et juristes en exercice. Il peut être obligatoire d'inclure le chef de file de l'opposition parmi les membres de ce comité ou de cette commission.
- 5. Nomination par le pouvoir exécutif.* Dans certains cas, le pouvoir exécutif est le seul responsable de la nomination des juges de la cour constitutionnelle. Cette solution est toutefois déconseillée, car elle permet au pouvoir exécutif de contrôler la cour constitutionnelle par le biais de la procédure de nomination.

Les règles relatives aux qualifications sont elles aussi variables; le processus de sélection aboutit généralement à une cour constitutionnelle composée de juristes hautement qualifiés, d'anciens responsables publics, de personnalités politiques et de spécialistes du droit, qui ne sont pas des magistrats de carrière, mais dont les qualifications et la crédibilité justifient leur place à ce poste. À l'inverse, les juges ordinaires sont normalement choisis parmi les membres des professions juridiques (dans les systèmes de Common law) ou sont des juges de carrière (dans les systèmes de droit civil). En Thaïlande, la nomination de quelques chercheurs universitaires en sciences sociales ou en sciences politiques est acceptée, mais

Encadré 3. Interprétation de la constitution

Une personne accusée peut affirmer que la loi qui justifie l'accusation portée à son encontre est invalide, car inconstitutionnelle. C'est par exemple le cas lorsqu'une personne est mise en cause en raison d'une loi adoptée après qu'elle a effectué les actes qui lui sont reprochés.

elle est contrebalancée par la nomination de juges directement issus du système judiciaire ordinaire ou des tribunaux administratifs.

En règle générale, les juges des cours constitutionnelles exercent un mandat d'une durée limitée, qui n'est renouvelable qu'une fois, le cas échéant. Cela garantit que l'exercice de leur mandat ne dépend pas de l'approbation de leurs actes par le pouvoir exécutif. Ils sont donc protégés des pressions extérieures, afin de préserver leur indépendance.

4. Qui peut saisir une cour constitutionnelle ?

Il existe différentes procédures de saisine d'une cour constitutionnelle, dont les modalités varient en fonction du modèle. On distingue généralement quatre grandes catégories de saisine.

1. *La saisine officielle.* La cour constitutionnelle est directement saisie par un responsable ou une autorité publique, par exemple le président, le président du Parlement, le médiateur de la République, la commission de lutte contre la corruption, la commission des droits humains, la commission électorale ou tout autre organisme indépendant. Dans certains cas, ces autorités peuvent saisir la cour constitutionnelle pour le compte d'un individu ou d'un groupe de personnes.
2. *La saisine parlementaire.* La cour constitutionnelle est saisie par un membre du Parlement, ou par un nombre ou une proportion prédéterminés de membres du Parlement ou de l'une de ses chambres.
3. *La saisine judiciaire.* Un tribunal instruisant un procès civil ou pénal renvoie une question d'interprétation de la constitution à la cour constitutionnelle ; la décision que celle-ci lui renvoie est généralement juridiquement contraignante (voir la partie 5).
4. *La requête individuelle directe.* Dans ce cas, tout citoyen (voire toute personne juridique, y compris les étrangers, les organisations non gouvernementales et les entreprises) est habilité à saisir la cour constitutionnelle pour des questions de constitutionnalité (par exemple concernant une violation potentielle ou avérée de ses droits constitutionnels ou de ceux d'une tierce personne). Ce système peut permettre aux organisations de la société civile de saisir la cour au sujet d'un litige d'intérêt public. La possibilité de saisir la cour constitutionnelle pour s'opposer à une loi dépend de la possibilité de saisine par requête individuelle et, parfois, du sujet sur lequel porte la saisine.

Les modes de saisine 1, 2 et 4 peuvent être liés à des questions purement abstraites (voir la partie 1) ; en revanche, la saisine judiciaire (catégorie 3) est liée à un litige concret et actuel entre deux parties, arbitré par un tribunal. Dans cette dernière situation, une question d'interprétation de la constitution survient au cours du procès pénal ou civil et est renvoyée à la cour constitutionnelle (voir l'encadré 3).

5. Quels sont les relations entre la cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires ?

La saisine judiciaire interroge sur les liens entre la cour constitutionnelle et les tribunaux ordinaires. La cour constitutionnelle n'arbitre pas les litiges civils et pénaux ordinaires. D'une manière générale, le juge du tribunal civil ou pénal ordinaire formule la question et la soumet à la cour constitutionnelle ; pour ce faire, il doit être convaincu que la question de constitutionnalité présente un caractère sérieux (c'est-à-dire qu'elle est susceptible de modifier le résultat du procès) et qu'il existe un doute réel quant à la constitutionnalité de la décision ou de la disposition législative remise en question. Une fois saisie, la cour constitutionnelle se prononce et transmet sa décision au tribunal ordinaire, lequel

Encadré 4. Avantages de l'existence d'une cour constitutionnelle

Une cour constitutionnelle est généralement mise en place afin qu'une institution puissante soit capable de faire respecter une nouvelle constitution (par exemple en Allemagne en 1949, en Italie en 1956 ou en Afrique du Sud en 1996) ou une révision constitutionnelle de grande ampleur (à l'instar de l'Indonésie en 2003). Cette tâche peut être confiée aux tribunaux de rang supérieur dans le cadre d'un système diffus (comme au Japon en 1946 et aux Philippines en 1987). Néanmoins, cela peut être inenvisageable si le système judiciaire existant a fait preuve, par le passé, de difficultés à interpréter ou à faire respecter la constitution. En Afrique du Sud, la Cour constitutionnelle a joué un rôle important dans la transition de la Constitution intérimaire (de 1993) à la Constitution définitive (de 1996).

est tenu de reprendre le procès civil ou pénal et d'appliquer la décision de la cour constitutionnelle. La procédure et les pouvoirs des différents acteurs de ce système sont décrits dans la constitution ou la loi qui institue la cour constitutionnelle.

Ce système risque cependant d'entraîner des complications. En effet, que se passe-t-il si le juge ordinaire décide, à tort, que la cour constitutionnelle n'a pas besoin d'être saisie? S'il formule la question de constitutionnalité de manière trompeuse? Ou s'il décide indûment que l'argument d'inconstitutionnalité a peu de chances de succès et refuse par conséquent de saisir la cour constitutionnelle? Les tribunaux ordinaires se prononcent-ils alors, en pratique, sur les questions de constitutionnalité? Que se passe-t-il si la cour constitutionnelle n'est pas d'accord avec eux? Les décisions de la cour constitutionnelle sont censées être définitives, et donc contraignantes pour tous les autres organes de l'État, y compris les tribunaux ordinaires. Cependant, que se passe-t-il si la cour constitutionnelle n'a pas la possibilité de se prononcer, parce que les tribunaux ordinaires font de l'obstruction?

Ces considérations aboutissent à une grande diversité de principes et de pratiques. Certains systèmes laissent à la discrétion des juges ordinaires la décision de saisir la cour constitutionnelle d'une question constitutionnelle, alors que d'autres rendent la saisine obligatoire. Il arrive que la cour constitutionnelle soit en conflit avec le système judiciaire ordinaire. En effet, ce dernier considère souvent que c'est lui, et non la cour constitutionnelle, qui devrait détenir le pouvoir de contrôle de constitutionnalité; par conséquent, il peut essayer d'affirmer ses pouvoirs d'une manière qui nuit au bon fonctionnement de l'ensemble du système. Dans certains pays, par exemple en Italie, les tribunaux ordinaires peuvent toujours intervenir dans l'interprétation de la constitution, même s'ils doivent pour ce faire agir dans les marges qui séparent la compétence de la cour constitutionnelle de leur propre compétence générale.

6. Quelle procédure s'applique à la cour constitutionnelle? Quels sont les verdicts et les mesures qu'elle peut prononcer?

Pour répondre à cette question, il convient, en premier lieu, de connaître le degré de discrétion que peut exercer la cour constitutionnelle à ce sujet, et de déterminer dans quelle mesure la constitution ou la loi organique établissant la cour constitutionnelle définit la procédure ainsi que les verdicts et les mesures qu'elle peut prononcer.

La procédure des cours constitutionnelles est relativement simple, car il n'y a d'ordinaire ni jugement des faits ni procédure d'appel. La cour constitutionnelle est tenue, avant toute procédure, de déterminer si une requête est correctement formulée ou si son auteur a le droit de la soumettre. Au début de son existence, elle peut être amenée à prendre de nombreuses décisions similaires, jusqu'à ce que ses grands principes de fonctionnement soient clairs et compris par la majorité de la population. Parmi les questions qui peuvent se poser figurent le droit des organisations non gouvernementales à saisir la cour constitutionnelle, le degré d'abstraction ou de réalité exigé pour les questions de constitutionnalité, ou encore les circonstances précises dans lesquelles un juge ordinaire peut ou doit soumettre une question à la cour constitutionnelle.

Par ailleurs, il existe une grande variété de pratiques concernant la formulation des jugements. Dans de nombreux pays de tradition de droit civil, les jugements tendent à être courts et factuels; la décision n'est que brièvement justifiée. Certains systèmes permettent aux juges constitutionnels de rendre des jugements individuels, voire des opinions dissidentes, tandis que d'autres ne permettent qu'à la cour constitutionnelle dans son ensemble de prendre une décision.

La question des mesures que la cour constitutionnelle peut prononcer ne se pose que si la cour conclut que la loi, l'acte ou la décision en question n'est pas conforme à la constitution. Il semblerait évident que cette conclusion se contente d'invalider la loi, l'acte ou la décision; néanmoins, la question des choix qui s'offrent à la cour constitutionnelle dans cette situation est en réalité très technique et liée à la doctrine. Par exemple, dans certains systèmes, la cour constitutionnelle peut décider, à sa discrétion, de suspendre l'application d'un jugement qui abroge une loi jugée inconstitutionnelle pour laisser à l'assemblée législative le temps de remédier au problème. Les cours constitutionnelles qui fonctionnent correctement, notamment celles d'Allemagne et d'Italie, jouissent d'une certaine souplesse quant aux mesures qu'elles peuvent prononcer.

7. Quels sont les avantages et les inconvénients de l'existence d'une cour constitutionnelle ?

Avantages

Une cour constitutionnelle est généralement créée pour veiller au respect d'une nouvelle constitution (voir l'encadré 4). Cette institution puissante constitue en effet la solution la plus simple pour garantir l'irrévocabilité et la cohérence de l'interprétation de la constitution, qui ne sont pas assurées dans un système diffus, où différents tribunaux, du même niveau ou de niveaux différents, peuvent interpréter la constitution de manières divergentes. Dans les systèmes diffus, l'irrévocabilité et l'uniformité ne sont assurées que lorsque le tribunal du rang le plus élevé instruit un procès en appel et prend une décision contraignante pour les tribunaux de rang inférieur en vertu de la doctrine du précédent (à savoir que les tribunaux sont tenus de respecter les décisions des tribunaux de rang supérieur, ainsi que leurs propres décisions passées).

Une cour constitutionnelle peut être composée de juges spécialisés en droit constitutionnel, mais aussi de personnes censées lui apporter une expertise plus générale ou la rendre plus représentative. Ces juges spécialisés sont censés être plus indépendants que les juges ordinaires et faire preuve de davantage de sagesse ou de compétence pour traiter les questions politiques sensibles qui font l'objet d'une interprétation de la constitution. Cela soulève la question des compétences souhaitées chez les juges de la cour constitutionnelle et pousse également à se demander si, dans le cadre de la séparation des pouvoirs, la cour constitutionnelle est par essence une quatrième branche de gouvernement, distincte de l'assemblée législative, du pouvoir exécutif et du système judiciaire ordinaire. La cour constitutionnelle peut grandement faciliter la préservation de la démocratie et du régime constitutionnel, ou la transition vers ceux-ci. Ce modèle préserve la constitution de la volonté d'une majorité parlementaire ou d'un président peu scrupuleux.

Inconvénients

Étant donné que la cour constitutionnelle exerce des pouvoirs qui sont souvent essentiels d'un point de vue politique, elle risque des actions en représailles, par exemple la réduction ou l'abolition de ses pouvoirs, voire sa dissolution (comme cela s'est produit au Myanmar, au Niger et en Pologne), ou de voir son indépendance compromise par la procédure de nomination des juges (voir la partie 3). Il arrive également que la cour constitutionnelle semble prendre des décisions partiales (par exemple en Thaïlande). Certains affirment que ces risques sont moins

élevés si l'interprétation de la constitution est assurée par un tribunal doté d'une compétence juridique générale et d'une solide indépendance.

Dans les pays de Common law, les questions de constitutionnalité sont considérées comme des questions juridiques par excellence ; à ce titre, il n'est donc pas nécessaire de disposer d'une cour spécialisée ni d'une forme de système judiciaire spécifique. Dans ces systèmes, l'indépendance du pouvoir judiciaire est soutenue par l'ensemble des membres des professions juridiques, parmi lesquels les juges sont nommés. Cependant, même dans les systèmes diffus, l'indépendance du pouvoir judiciaire pourrait être compromise et les nominations des juges politisées. Dans les systèmes concentrés, il n'existe aucun tribunal de première instance habilité à interpréter la constitution. Par conséquent, la décision ne peut être prise que lorsque la question est examinée par la cour constitutionnelle elle-même. En revanche, dans un système diffus, le tribunal de rang le plus élevé peut s'appuyer sur les décisions prises par les tribunaux de rang inférieur dans la même affaire ou d'autres affaires. Cela invite à se demander s'il est possible, dans les deux types de systèmes, d'outrepasser une décision « définitive » si elle se révèle inadaptée, fondée sur de mauvais principes ou source de répercussions néfastes. Les pratiques dans ce domaine sont très variées, indépendamment du type de système.

8. Quelle est l'expérience internationale en matière de cours constitutionnelles ? Dans quelle mesure une cour constitutionnelle peut-elle contribuer à la démocratisation d'un pays ?

Étant donné la diversité des cours constitutionnelles et les difficultés qu'il y a non seulement à évaluer leur action, mais aussi à décider de la nature des indicateurs de réussite, ces questions font l'objet de débats fréquents. Par exemple, si une cour constitutionnelle parvient à préserver son indépendance, mais prend des décisions problématiques ou incohérentes, cela doit-il être considéré comme une réussite ou un échec ? Et si les décisions de la cour constitutionnelle sont justifiées par un raisonnement tout à fait pertinent et ont des effets bénéfiques, mais que ses pouvoirs sont limités par un président puissant ou un parlement révolté ?

Les trois critères établis par Alec Stone Sweet constituent un bon indicateur général : « le contrôle de constitutionnalité peut être considéré comme efficace dans la mesure où les questions constitutionnelles importantes qui se posent dans une société politique sont régulièrement soumises [à la cour constitutionnelle], où les juges qui tranchent ces questions justifient leurs décisions, et où les autorités et individus gouvernés par la constitution acceptent le caractère de précédent des jugements rendus par cette cour » (Sweet 2012, p. 10). Par ailleurs, la réussite d'une cour constitutionnelle ou l'attribution de cette réussite à un facteur particulier dans un contexte donné ne signifient pas que cette réussite ou ce facteur est reproductible dans un contexte différent. Ainsi, l'instauration de quotas réservés à chacune des trois branches de gouvernement pour proposer des candidats au poste de juge constitutionnel peut contribuer à apaiser les tensions en cas de rivalité intense entre ces trois branches de pouvoir, sans pour autant fonctionner ni même être acceptable dans une situation différente.

Un autre facteur s'oppose à la réalisation d'évaluations adéquates : le fait qu'il est impossible de prévoir la charge de travail d'une cour constitutionnelle. En effet, la quantité et le sujet des questions traitées dépendent des requérants qui saisissent la cour. Dans certains cas, la cour constitutionnelle est surchargée d'affaires électorales (par exemple en Indonésie et au Sénégal) ; ailleurs, elle est principalement saisie au sujet de la dissolution de partis politiques (notamment en Thaïlande et en Turquie) ou de litiges relatifs aux compétences dévolues aux régions (comme en Espagne). Le succès rencontré par une cour constitutionnelle dans ces domaines majeurs dans un pays ne garantit en rien la réussite d'une cour aux attributions similaires dans un autre pays, ni la possibilité que cette concentration d'affaires dans un ou deux domaines principaux se répète. Cela dépend de la structure de la sphère politique nationale, des inclinations des requérants et de la jurisprudence existante.

Ressources en ligne relatives aux cours constitutionnelles

ConstitutionNet, <<http://www.constitutionnet.org>>

Publications de la série « Guides introductifs à l'élaboration d'une constitution » d'IDEA International, disponibles à l'adresse <<http://www.constitutionnet.org/primers>>

Site Internet de la Commission de Venise (qui contient des liens vers les sites Internet de cours constitutionnelles du monde entier), <<https://www.venice.coe.int/webforms/courts/default.aspx?lang=fr>>

Site Internet de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, <<https://www.confconstco.org/fr/common/home.html>>
Site Internet de la Conférence des Juridictions constitutionnelles africaines, <<http://www.cjcaconf.org/fr/>>

Site Internet de l'Association des Cours constitutionnelles francophones, <<https://accfrancophonie.org/>>

Site Internet de l'Association des Cours constitutionnelles et institutions équivalentes asiatiques (en anglais), <<http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/constitutionalcourt/ForeignRelations/>>

Il est généralement admis qu'une cour constitutionnelle doit avant tout préserver son indépendance face aux éventuelles réactions hostiles du pouvoir exécutif, d'autres institutions, des médias, de la société civile ou de groupes d'intérêts particuliers. Certains observateurs soutiennent qu'une cour constitutionnelle nouvellement créée doit expliquer son rôle et ses décisions à la société de manière proactive. D'autres affirment qu'une cour constitutionnelle ne doit pas prendre de décisions défavorables à un dirigeant puissant, par exemple un président élu au suffrage universel direct à la majorité des voix. D'autres encore déclarent que c'est précisément dans de telles situations que l'indépendance et la valeur de la cour constitutionnelle seront reconnues.

L'expérience montre que le danger d'une compromission de l'indépendance n'est jamais écarté, et que les cours constitutionnelles doivent avoir conscience de la manière dont leurs décisions sont perçues par la population. Elle prouve également que, si ces décisions ne sont pas étayées par un raisonnement soigné, elles peuvent sembler arbitraires. La cour constitutionnelle doit avant tout prendre des décisions cohérentes et faire preuve de modération dans l'emploi des mesures à sa disposition.

La diffusion de la démocratie multipartite s'est accompagnée de celle de la cour constitutionnelle en qualité de mécanisme de soutien à la démocratie. Une cour constitutionnelle garantit les droits démocratiques et encourage le dialogue avec et entre les autres institutions de l'État (notamment le président, le Parlement et les collectivités territoriales). Surtout, elle fait respecter le principe des élections libres et équitables et protège les libertés civiles des citoyens ainsi que les droits fondamentaux en général.

IDEA International au Myanmar

IDEA International collabore avec les acteurs démocratiques pour consolider la transition du pays vers la démocratie, et soutient en particulier les processus électoraux, le contrôle démocratique du Parlement et le renforcement de l'expertise constitutionnelle dans le pays. IDEA International est présent au Myanmar depuis 2012, et dispose aujourd'hui de bureaux à Yangon et à Naypyidaw.

Contact

International IDEA Myanmar
Courriel : info-myanmar@idea.int

À propos d'IDEA International

L'Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale (IDEA International) est une organisation intergouvernementale dont la mission est de soutenir la démocratie durable dans le monde entier.

www.idea.int

Références bibliographiques et lectures complémentaires

- Brewer-Carias A., *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Study* [Le rôle de législateur des cours constitutionnelles : étude comparative], Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- Chen A. et Harding A. (éd.), *Constitutional Courts in Asia* [Les cours constitutionnelles en Asie], Cambridge, Cambridge University Press, 2018
- Ferreres Comella, V., *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective* [Cours constitutionnels et valeurs démocratiques : l'approche européenne], New Haven (CT), Yale University Press, 2009
- Ginsburg, T., *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asia* [Contrôle de constitutionnalité dans les nouvelles démocraties : les cours constitutionnelles en Asie] (Cambridge : Cambridge University Press, 2003)
- Harding A. et Leyland P. (éd.), *Constitutional Courts: A Comparative Study* [Cours constitutionnelles : une étude comparative], Londres, Wildy, Simmonds and Hill, 2009
- Horowitz D., « Constitutional courts: a primer for decision makers » [Cours constitutionnelles : une introduction pour les décideurs], *Journal of Democracy*, vol. 17, no 4, 2006, p. 125-137
- Sadurski W., *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* [Les droits face aux tribunaux. Une étude des cours constitutionnelles dans les États post-communistes d'Europe centrale et d'Europe de l'Est], Dordrecht, Kluwer, 2005
- Sweet A. S., « Constitutional Courts » [Cours constitutionnels], in Rosenfeld M. et Sajó A. (éd.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1913658>>

© 2021 IDEA International
© 2017 Édition anglaise

Les publications d'IDEA International sont indépendantes de tout intérêt national ou politique. Les points de vue exprimés dans la présente publication ne reflètent pas nécessairement les opinions d'IDEA International, ni celles des membres de son Conseil ou de son Conseil consultatif.

Les références à des pays et à des régions dans cette note d'information ne représentent en aucun cas la position officielle d'IDEA International vis-à-vis de leurs politiques et de leur statut juridique. Elles résultent de l'harmonisation de listes et de pratiques souvent divergentes.

Ce projet est soutenu par
le ministère norvégien des Affaires étrangères



Norwegian Ministry
of Foreign Affairs