

Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle ?

Francis Delpérée

Volume 26, Number 1, 1985

La réforme des institutions fédérales canadiennes

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042659ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042659ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Delpérée, F. (1985). Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle ?
Les Cahiers de droit, 26(1), 205–216. <https://doi.org/10.7202/042659ar>

Article abstract

The comparative analysis of political societies can provide some models for those who are concerned with the reform of an institution. Three comparative models are presented here in the context of the discussion about the role and organization of the Supreme Court of Canada : the American model of a Supreme Court, the Belgian model of an Arbitration Court, and the German model of a Federal Constitutional Court. The different types of jurisdiction of these Courts as well as the different modes of designation of their members are discussed.

Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle ?

Francis DELPÉRÉE *

The comparative analysis of political societies can provide some models for those who are concerned with the reform of an institution. Three comparative models are presented here in the context of the discussion about the role and organization of the Supreme Court of Canada: the American model of a Supreme Court, the Belgian model of an Arbitration Court, and the German model of a Federal Constitutional Court. The different types of jurisdiction of these Courts as well as the different modes of designation of their members are discussed.

	Pages
1. Les missions du juge constitutionnel	207
2. Le statut du juge constitutionnel	210
3. Les attributions du juge constitutionnel	214

Comment ne pas intervenir, dans un débat constitutionnel canadien, sans évoquer d'emblée un souvenir personnel ? C'était, il y a treize ans, à l'Université catholique de Louvain. Une pléiade de constitutionnalistes belges réfléchissait, sous la houlette du Doyen Paul De Visscher, à la réforme du système juridictionnel de la Belgique et aux possibilités, selon certains,

* Professeur à l'Université catholique de Louvain et aux Facultés universitaires Saint-Louis, Directeur du Centre d'études constitutionnelles canadiennes.

aux dangers, selon d'autres, d'y organiser le contrôle de constitutionnalité des lois.

Un expert canadien, le professeur Gérard A. Beaudoin, est venu nous dire, à cette occasion, comment s'organisait et comment fonctionnait la Cour suprême du Canada¹. Je suis convaincu que sa leçon a été éclairante et que ce regard neuf et venu de l'extérieur nous a peut-être permis de mieux préciser nos attentes et de mieux circonscrire les écueils.

Je n'ai pas la prétention de vouloir rendre aujourd'hui aux meilleurs experts du droit public canadien la monnaie de leur pièce. Mais peut-être me permettront-ils d'évoquer ici — avec un peu de naïveté, et sans doute beaucoup d'imprudence — quelques questions que suscite dans tout État, la mise en œuvre des contrôles de constitutionnalité. Ceux qui, au Canada, se préoccupent de réfléchir à l'organisation et au fonctionnement de la Cour suprême ne manqueront vraisemblablement pas de se les poser.

Oserai-je ajouter que ces préoccupations sont particulièrement présentes à l'esprit des constitutionnalistes belges : depuis peu, soit depuis le 28 juin 1983, une Cour d'arbitrage, sorte de juridiction constitutionnelle spécialisée, fait partie du domaine de leurs institutions publiques ; ses membres seront nommés à l'automne 1984 et entreranno en fonction au 1^{er} janvier 1985². Comment, dans ce contexte, le problème d'organisation de la Cour ne retiendrait-il pas leur attention prioritaire³ !

Trois thèmes méritent, semble-t-il, d'être distingués. Il y a celui des *missions* — quelles sont les fonctions que le juge constitutionnel peut remplir dans l'État ? —, celui du *statut* — quelle est la place qu'il convient d'assigner à l'institution parmi les autorités publiques et comment peut-elle être constituée ? —, celui encore des *attributions* — comment le juge constitutionnel peut-il remplir la fonction qui lui est assignée ? —.

Sur chacun de ces thèmes, il ne m'appartient d'émettre ni des préférences, encore moins des suggestions. Mais, dans une perspective comparative, et avec le souci de nous éclairer mutuellement sur les convergences et les divergences de nos systèmes institutionnels, peut-être sera-t-il possible de

1. G.-A. BEAUDOIN, « La Cour suprême du Canada et la constitutionnalité des lois », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 187 et 211.

2. Voir à ce sujet F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « En route pour la Cour d'arbitrage », *Administration publique*, 1983, p. 226. Adde : S. MOUREAUX et J.P. LAGASSE, *La Cour d'arbitrage, juridiction constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 1984.

3. Parmi les travaux fondamentaux consacrés au sujet du présent rapport, il y a lieu de relever l'étude de P. BELLET, A. TUNC et A. TOUFFAIT, « La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative », *Revue internationale de droit comparé*, 1978, et celle de M. CAPPELLETTI, *Judicial review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971.

mettre en évidence quelques-unes des branches de diverses alternatives. Ceux qui, dans l'État, ont la responsabilité de concevoir l'avenir institutionnel de la société politique, exerceront alors leur mission spécifique. Gouverner, c'est choisir.

1. Les missions du juge constitutionnel

Parmi les thèmes qui méritent d'être abordés, celui des missions assignées au juge constitutionnel, est sans conteste le thème le plus important puisque tout le reste en découle. C'est peut-être aussi le plus méconnu, tant nous sommes habitués à croire que le juge constitutionnel n'a qu'une mission, fort simple à définir au demeurant : faire respecter la Constitution et censurer les comportements qui s'inscriraient en violation de celle-ci. Mais, derrière cette affirmation qui est aussi une tautologie, il y a peut-être des missions diversifiées qui peuvent apparaître. Il ne paraît pas inutile de les rappeler brièvement pour mesurer l'enjeu exact du débat.

Le juge constitutionnel peut se voir assigner une première mission. Il lui revient de jouer un rôle pacificateur dans la vie politique de l'État. Il lui appartient de trancher par droit et sentence, dans des termes juridiques et selon des procédures juridictionnelles, des conflits qui sont, pour une bonne part, d'ordre politique et qui opposent, à ce titre, différents acteurs du jeu politique. Le professeur Louis Favoreu relève à ce sujet que le contrôle juridictionnel des lois peut « contribuer à mieux faire fonctionner des régimes démocratiques » ; « lorsque majorité et opposition s'affrontent sur des questions importantes sans que les électeurs soient appelés à trancher, il est évident que le recours au juge constitutionnel pour le faire statuer sur la loi adoptée par la majorité a la vertu d'apaiser le débat et de le rendre plus serein »⁴. Le juge constitutionnel joue alors le rôle d'un arbitre, et j'ajoute : un arbitre impartial, si possible.

Cette fonction peut être exercée dans des sociétés à structures unitaires — je pense au rôle du Conseil constitutionnel français dans le débat sur l'interruption volontaire de grossesse —. Cette fonction est surtout assumée dans les États à structures plus complexes où le juge constitutionnel se doit de départager différentes autorités publiques qui se disputent sur les limites exactes de leurs pouvoirs et de leurs moyens.

L'exemple d'une Belgique en voie de fédéralisation me paraît éclairant à cet égard : au moment où s'opère un véritable partage des pouvoirs entre

4. L. FAVOREU, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, Association internationale des sciences juridiques, 1984, p. 36.

l'État et ses composantes, il a paru indispensable de créer une nouvelle juridiction, au nom évocateur : la Cour d'arbitrage, pour trancher les conflits constitutionnels de compétence entre l'État, ses communautés et ses régions. Le rôle des Cours constitutionnelles en Allemagne fédérale, en Autriche, en Italie, en Espagne — des États fédéraux ou des États régionaux — s'inscrit évidemment dans la même perspective. L'on sait, par exemple, comment la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne a contribué à donner une interprétation restrictive des attributions reconnues aux régions dans le cadre de l'État italien.

Le juge constitutionnel peut aussi être investi d'une autre mission, soit à titre principal, soit à titre complémentaire. Il lui appartient de procurer une interprétation et, en même temps, d'assurer une adaptation de la Constitution. Il lui revient d'actualiser les prescriptions de la Constitution dont il va donner une interprétation autorisée. Le juge prolonge ainsi l'opération constitutionnelle proprement dite. Les avantages du système sont bien connus ; plutôt que de procéder à des changements brutaux ou à des révisions laborieuses de la Constitution, le juge va se livrer, de manière nuancée, de manière progressive, de manière très concrète aussi, à un travail de mise au point, et si besoin en est de mise à jour, des principes de la Constitution⁵. Les dangers du système sont également bien connus. Le juge est-il trop prudent ? Les progrès du droit constitutionnel s'en trouvent entravés. Le juge est-il trop audacieux ? Le voici accusé de vouloir supplanter les autorités nationales et locales, le Parlement et le Gouvernement.

Dans certains États, une question spécifique ne peut d'ailleurs manquer d'être posée.

La justice et l'interprétation constitutionnelles ne se conçoivent pas sans Constitution. En clair : s'il ne veut pas être accusé de faire preuve de trop de hardiesse, de trop d'indépendance, de trop d'esprit volontariste, le juge constitutionnel doit pouvoir s'appuyer sur un ensemble de textes qui assurent, dans le détail, les règles de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics. Le Canada a assuré le rapatriement de sa Constitution. Il a, par la même occasion, réalisé l'enchâssement d'un certain nombre de droits et de libertés. Il n'appartient pas à un hôte du Canada de se demander si pareille Constitution peut servir de fondement et de guide à l'action de sa Cour suprême. Mais, telle est, en tout cas, la question que d'aucuns se posent dans les États de la vieille Europe. Les constitutions du XIX^e siècle sont-elles

5. Sur ce thème : voir F. DELPÉRÉE, « La vie de la Constitution », in 150 ans d'interprétation constitutionnelle, *Annales de droit de Louvain*, 1980 ; aussi : Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'interprétation par le juge des règles écrites*, avec des contributions de G. RÉMIL-LARD pour le Canada (p. 170) et de F. DELPÉRÉE pour la Belgique (p. 151).

des bases suffisamment sûres et précises pour l'action des cours constitutionnelles? Lorsqu'une Constitution s'exprime en termes très généraux, lorsqu'elle laisse planer des incertitudes sur certains points et lorsqu'elle est silencieuse sur quelques points essentiels, n'offre-t-elle pas trop de latitude à l'interprète? C'est aussi le laconisme de la Constitution américaine qui a fait la fortune de la Cour suprême...

Le juge constitutionnel peut encore être porteur d'une troisième mission. Il se veut essentiellement le défenseur des droits des plus faibles ou des plus démunis dans l'État⁶. Protégeant, selon la formule consacrée, les droits de l'homme et les droits de tous les hommes, il va offrir un ultime recours à des individus, à des minorités, voire même à des marginaux, leur prouvant par là même que la société politique est capable, par l'intermédiaire de ses juges, de comprendre leurs prétentions ou leurs aspirations, pour autant qu'elles soient légitimes. Peu écouté dans le débat proprement politique, le citoyen doit au moins être assuré qu'il sera entendu dans un débat proprement juridictionnel, et ce débat — même s'il ne concerne que quelques-uns — prendra, même à cet égard, valeur symbolique. Jean Rivero le soulignait naguère: « Le mythe post-rousseauiste (rendons justice à Rousseau) pour qui la volonté du citoyen par l'élu tend progressivement à s'effacer devant la réalité, la prise de conscience par l'électeur qu'en définitive, ces hommes qu'il a choisis — et l'analyse de Rousseau ici reprend tout son prix — veulent eux-mêmes et ne veulent pas pour lui. Le citoyen, dans cette multiplication de lois de plus en plus complexes, de plus en plus techniques, de plus en plus orientées par la volonté gouvernementale, ne reconnaît pas sa propre volonté... Cette transformation de la loi aboutit à la prise de conscience de la nécessité de protéger les droits fondamentaux, dont on a pris également conscience, contre la loi elle-même »⁷.

Comment ne pas rappeler l'action de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'est préoccupée, par exemple, de protéger les droits des vagabonds pour les mettre à l'abri d'emprisonnements arbitraires?

Voilà trois objectifs bien différents: un juge-arbitre, un juge-interprète, un juge-défenseur des libertés et des minorités. Ces objectifs ne sont pas inconciliables, loin de là. Dans des systèmes forts complets de justice constitutionnelle, comme celui du tribunal de Karlsruhe, par exemple, ces diverses préoccupations peuvent affleurer: il s'agira tout à la fois de protéger les droits fondamentaux des citoyens, de préserver l'équilibre des pouvoirs

6. Voir spécialement sur cette question, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, sous la direction de L. FAVOREU, préface d'A. TUNC, Paris, Economica, 1982.

7. J. RIVERO, « Synthèse » in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, note précédente, p. 519.

entre la Fédération et les Lander et de favoriser des évolutions sans à coups de la loi fondamentale.

Mais dans des systèmes rudimentaires, une seule préoccupation peut s'imposer. Ainsi, la Cour d'arbitrage qui a été organisée, en Belgique, se présente sans aucun doute comme une Cour constitutionnelle mais ne reçoit pas pour autant mission de se prononcer dans les conflits qui mettent en cause des droits constitutionnellement reconnus. Elle est un juge spécialisé de constitutionnalité. Il lui revient seulement d'examiner si une règle juridique n'a pas enfreint les dispositions qui fixent le partage des pouvoirs et le partage des moyens. La Cour suprême du Canada a, à cet égard, un champ d'investigations beaucoup plus étendu.

Le débat sur les missions du juge constitutionnel peut d'autant moins être escamoté qu'à travers les réponses qui se dessinent, c'est une conception de l'État, du droit, de la fonction de juger qui transparait. Les problèmes techniques ne peuvent masquer ce choix essentiel qui relève de la philosophie politique.

2. Le statut du juge constitutionnel

La deuxième question qui mérite d'être posée est celle du statut qui peut être assigné au juge constitutionnel. Sur le terrain des principes, l'unanimité se fera très vite et les expériences constitutionnelles étrangères témoignent très souvent d'une communauté de préoccupations sur ce point : c'est une autorité juridictionnelle, plutôt qu'une autorité politique, que l'on se préoccupe de mettre en place ; ce sont des juges indépendants et impartiaux que l'on cherche à désigner ; ce sont les garanties de la procédure juridictionnelle — et donc de la procédure contradictoire — que l'on s'efforce, dans la mesure du possible, de respecter. Mais, au delà de ces principes fort généraux, il faut bien reconnaître que diverses solutions sont concevables et que des régimes très différents peuvent être mis en place.

Trois problèmes, en particulier, méritent, à mon sens, l'attention. Le premier intéresse les conditions de recrutement imposées aux membres de l'institution qui va rendre la justice constitutionnelle. Ces juges doivent-ils provenir uniquement des milieux de justice ? Peuvent-ils éventuellement, comme au sein du Conseil constitutionnel français, venir d'autres milieux, au besoin même des milieux parlementaires ? Des solutions de compromis peuvent aussi être imaginées et de savants équilibres peuvent être instaurés entre les milieux juridiques ou les milieux politiques et parlementaires. Cette question importante ne mérite peut-être pas qu'on s'y attarde outre mesure. Tant la tradition judiciaire du Canada semble bien établie et semble faire obstacle à ce type de solutions.

Évidemment, derrière la question des statuts, se profile une question plus générale qui prend au Canada une résonance particulière. Le juge constitutionnel doit-il inscrire son action dans le sillage du juge suprême ? Mieux, le juge suprême doit-il, en même temps, être juge constitutionnel ? Comme l'a bien relevé M. Cappelletti, le modèle européen de justice constitutionnelle — en Autriche, en République fédérale d'Allemagne, en France, en Italie, en Espagne, en Belgique... — repose sur la notion d'une cour *ad hoc* ; seule la Grèce fait exception à ce régime. Le modèle américain, lui, entend confier la justice constitutionnelle à l'ordre juridictionnel ordinaire qu'il coiffe, cependant, d'une Cour suprême jusqu'où remontent les litiges constitutionnels. Il va de soi que le choix de la seconde formule tend à privilégier un mode de nomination où les préoccupations juridictionnelles l'emportent largement sur d'autres considérations.

La seconde question a trait à l'organisation même de l'institution de justice constitutionnelle. L'exemple de la Belgique me paraît, à cet égard, particulièrement intéressant parmi les États à structures complexes.

La Cour d'arbitrage présente une particularité. Elle est composée de douze membres : six juristes et six anciens parlementaires. Mais aussi six membres d'expression française et six membres d'expression néerlandaise. L'organisation de la Cour répond ainsi aux données constitutionnelles les plus nouvelles et aux transformations de structures les plus récentes que l'État belge a connues. La composition paritaire de la Cour est une donnée fondamentale de son organisation. Dans la mesure où la Cour d'arbitrage est appelée à procéder à l'examen des litiges qui peuvent opposer deux communautés, la française et la flamande, elle ne doit pas prêter le flanc à la critique de partialité que pourrait lui valoir une composition déséquilibrée.

Cette forme d'organisation paritaire ne présente pas que des avantages. Sur un plan juridique notamment, elle peut compliquer le fonctionnement de l'institution, en suscitant des blocages qui peuvent, à la limite, conduire à la paralysie de la Cour. La loi s'attache à lever ces obstacles. Elle précise que, pour l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, la Cour sera appelée à siéger en formation restreinte de sept membres, trois d'expression française et trois d'expression néerlandaise ; le septième membre est l'un des deux présidents de la Cour d'arbitrage, étant entendu que la présidence est exercée à tour de rôle par chaque président pour une durée d'un an. Puisque la formation est composée d'un nombre impair de membres, il n'y a pas d'obstacle technique à préciser que toute décision est rendue à la majorité des voix des membres de la Cour d'arbitrage.

La structure paritaire de la Cour est évidemment révélatrice de la structure dualiste de l'État. Sans vouloir entrer dans le débat proprement canadien, me sera-t-il permis de relever que quelques-uns de mes collègues

des universités canadiennes paraissent avoir exprimé le souhait de voir la Cour suprême de leur pays adopter une structure et une composition qui fassent peut-être mieux droit aux particularités du droit provincial?

L'exemple de la Belgique me donne à penser qu'en jouant à la fois sur le nombre global des membres et sur la composition de formations plus restreintes, il n'est pas toujours impossible de concilier le point de vue de l'unité et celui de la diversité. L'exemple de la Belgique donne aussi à préciser que le régime d'alternance dans les présidences peut être interprété comme une technique d'apaisement pour l'une et pour l'autre communauté.

Troisième question : le statut. La justice constitutionnelle est le plus souvent l'œuvre des magistrats indépendants et impartiaux. Une question ne peut, cependant, passer inaperçue : celle des modes de désignation de ces juges. Faut-il dire que ceux-ci varient selon les États que l'on envisage?

Un recensement a été opéré récemment⁸. En Autriche, des membres de la Haute Cour constitutionnelle sont désignés par le président de la fédération, mais sur présentations distinctes du gouvernement, du Conseil national et du Conseil fédéral. En Belgique, les membres de la Cour d'arbitrage sont nommés par le Roi, avec l'assentiment du gouvernement : ils doivent être choisis sur une liste double présentée par le Sénat, étant entendu que cette liste est adoptée à la majorité des deux tiers des suffrages des membres présents⁹. En République fédérale d'Allemagne¹⁰, les juges sont élus pour moitié par le *Bundestag*, pour moitié par le *Bundesrat* ; dans chaque assemblée, une majorité des deux tiers est requise mais il convient de

8. Mauro CAPPELLETTI, *supra*, note 3, p. 31.

9. Dans le système belge, il n'y a pas lieu de s'étonner du choix de pareille procédure de nomination. Elle répond aux traditions constitutionnelles qui veulent que le Roi nomme les magistrats des Hautes Juridictions importantes et qu'il le fasse sur présentation de listes émanant d'assemblées politiques, en particulier du Sénat. Une particularité doit évidemment être soulignée. Le Sénat présente des candidats. Mais ceux-ci doivent être proposés à une très large majorité des sénateurs, puisque deux tiers d'entre eux doivent apporter aux candidats leurs suffrages. C'est une manière de s'assurer une adhésion démocratique suffisante. C'est surtout une manière d'obliger le gouvernement à présenter des candidats qui n'aient pas seulement la confiance de la majorité, mais aussi celle de l'opposition. C'est encore une manière d'obliger la présentation de candidats qui ont l'appui d'une communauté linguistique mais qui sont aussi acceptés par l'autre. Pour ce qui concerne la Belgique, les présidents de la Cour d'arbitrage ne sont pas nommés par le Roi. Mais ils sont choisis par leurs collègues, parmi les membres de la Cour.

10. K. SCHLAICH, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in *Cours constitutionnelles*, *supra*, note 6, p. 112.

relever que si le *Bundesrat* vote en assemblée plénière, le *Bundestag* vote par l'intermédiaire d'une commission électorale¹¹.

En France, les membres du Conseil constitutionnel sont désignés soit par le Président de la République, soit par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ; des membres de droit complètent la formation.

En Italie, cinq membres de la Cour constitutionnelle sont désignés par les deux chambres du Parlement siégeant en séance commune, cinq par le Président de la République, cinq par les juridictions supérieures. En Espagne, les membres du Tribunal constitutionnel sont nommés par le Roi ; ils le sont sur présentation du Congrès, du Sénat, du Gouvernement et du Conseil général du pouvoir judiciaire.

11. « Le mode de l'élection de la juridiction constitutionnelle, élection par le Bundestag et le Bundesrat, par les organes constitutionnels fédéraux — d'une légitimation soit démocratique, soit fédérative et gouvernementale —, ce mode d'élection contrastant avec le système de tout autre juge fédéral, met en lumière la portée politique de la juridiction constitutionnelle. L'exigence de la majorité des deux tiers est seulement prescrite dans la loi relative au T.C.F. C'est cependant une question d'existence pour un tribunal constitutionnel (W. Geiger) dans une démocratie pluraliste se fondant sur les partis, que sa composition ne soit pas à la discrétion de la majorité gouvernementale actuelle. L'exigence de la majorité des deux tiers oblige (suivant la situation actuelle) l'opposition et la majorité parlementaires à trouver un terrain d'entente. Si une élection ne réunit pas la majorité, le T.C.F. peut alors faire des propositions (consultatives). L'obligation d'un accord conduit cependant aussi à ce que la décision sur le choix des juges ne soit plus prise dans les assemblées électorales officielles. Les places des juges, y compris celles de Président et de Vice-Président sont réparties plus ou moins paritairement entre les deux grandes fractions au Bundestag. Pour chaque juge quittant le Tribunal, on voit clairement quel groupe parlementaire a la prérogative de proposer le nouveau candidat, et les autres groupes parlementaires acquiescent généralement à ces propositions, et elles sont ensuite acceptées à l'unanimité par les organes électoraux qui ont le pouvoir de décision. Le public, officiellement, n'y participe pas, l'obligation de discrétion des membres du collège électoral empêche en grande partie un débat public (§ 6 L.O.). Ainsi le principe de la majorité des deux tiers peut facilement dégénérer en un confortement des deux positions de force politique à Bonn. Inévitablement, ce mode d'élection par des organes politiques a conduit dans des cas particuliers à des décisions regrettables. Même le système électoral comme tel est critiqué de temps en temps — d'un point de vue théorique, tout à fait à raison. Il y a peu d'endroits où un pouvoir est exercé de façon aussi incontrôlée et anonyme comme ici lors des élections des juges au T.C.F. Un choix des contrôleurs par ceux qui sont contrôlés est étonnant. Mais les propositions de réforme sont jusqu'à maintenant si nombreuses et de natures si différentes qu'elles se dévalorisent mutuellement. Par conséquent, il n'y a pas de chance d'un accord possible concernant une alternative. Et il ne faut pas oublier que le grand prestige du T.C.F. a légitimé jusqu'à présent dans la rétrospective les élections précédentes. Les fractions n'ont proposé en aucune façon que des candidats liés à un parti. Les juges se sont révélés fréquemment plus indépendants que ne l'auraient souhaité les organes politiques. Et cependant, la réforme de ces élections des juges doit rester à l'ordre du jour ». (K. SCHLAICH, *idem*).

Comment ne pas relever de cette brève analyse comparative que les systèmes de désignation des juges constitutionnels font le plus souvent une place limitée, mais réelle, au pouvoir politique. L'institution reçoit par là même légitimation démocratique, son œuvre en portera inévitablement la trace.

3. Les attributions du juge constitutionnel

Le regretté Bora Laskin, juge en chef du Canada, définissait naguère comme suit les attributions de la Cour suprême du Canada : « La fonction de la Cour suprême est d'abord d'examiner les arrêts des différentes Cours d'appel. Ce qui ne veut pas dire que la Cour entendra toutes les affaires qui lui sont présentées. Au contraire, sauf dans quelques affaires, surtout pénales, où un appel de plein droit est possible, seules les causes où permission d'appeler a été accordée, sont examinées par la Cour ». Il ajoutait : « Jusqu'en 1975, la proportion des causes de droit privé était plus considérable qu'elle ne l'est maintenant. Il est encore trop tôt pour voir jusqu'où ira cette évolution, mais, chose certaine, le nombre de pourvois soulevant des questions constitutionnelles ou administratives augmente de façon notable »¹².

Trois problèmes importants sont ainsi soulevés.

Le premier est celui de la *spécificité* des attributions du juge constitutionnel. Dans plusieurs États d'Europe occidentale, une conception semble affleurer. Elle revient à donner aux juridictions constitutionnelles une mission spécifique, une mission qui la distingue de celle des cours suprêmes ou des cours de cassation. Il s'agit de mettre en place un juge spécialisé dans le contentieux de la constitutionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel français, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, le Conseil constitutionnel italien, la Cour d'arbitrage en Belgique, le Tribunal constitutionnel espagnol répondent manifestement à ce type de préoccupations.

Le modèle américain est évidemment tout autre. Il a pour objet de déférer au juge suprême un ensemble de contentieux de nature constitutionnelle dont il aura à connaître, au même titre que tous autres litiges qui lui sont soumis. L'avantage de l'une et l'autre formules est clair : d'un côté un juge spécialisé, de l'autre un juge que l'on qualifiera, faute de mieux, de généraliste, pour connaître de ce même type de problèmes.

Une seconde question se greffe sur celle-ci. Parmi les juridictions constitutionnelles, un certain nombre d'entre elles exercent ce que l'on

12. B. LASKIN, « La Cour suprême du Canada », (1978) *Revue internationale de droit comparé*, p. 140.

pourrait appeler le contentieux global de la constitutionnalité. D'autres, telles la Cour d'arbitrage, en Belgique, sont investies d'un contentieux spécialisé de la constitutionnalité des lois et des décrets; en clair, il ne leur appartient pas de vérifier la conformité d'une norme à toute règle constitutionnelle, quelle qu'elle soit, (par exemple, aux dispositions qui consacrent les droits et les libertés des individus ou celles qui définissent les attributions judiciaires), il leur revient seulement d'examiner si une règle juridique n'a pas enfreint les dispositions qui fixent le partage des pouvoirs et le partage des moyens¹³.

La question peut paraître singulière dans la mesure où la Cour suprême du Canada dispose précisément des prérogatives les plus générales à cet égard et que nul ne songe à faire « marche arrière » sur ce point. Elle peut, cependant, être perçue de manière plus concrète : dans l'organisation de la Cour, n'y aurait-il pas lieu de mieux différencier les différents contentieux — droit civil, droit pénal, charte des droits et libertés, rapports entre la Fédération et les provinces... — et des formations spécialisées ne devraient-elles pas être composées en fonction de ces différents domaines ?

Une troisième question retient, un instant, l'attention. Comme le note à bon escient le juge en chef Laskin, la Cour suprême du Canada choisit les litiges qu'elle entend examiner de plus près pour élaborer sa propre jurisprudence. Elle n'est saisie de plein droit ni par un particulier, ni par un juge, ni par une autorité publique. Comme le relève le professeur A. Tunc¹⁴, sa compétence est, à cet égard, arbitraire : elle ne retiendra qu'environ le tiers des requêtes qui lui sont adressées. Il s'agit pour elle de clarifier ou de moderniser le droit, non de réviser l'ensemble des décisions qui pourraient être déferées à sa censure. On reconnaîtra qu'il s'agit là d'une donnée essentielle dans l'appréciation du travail du juge investi du contentieux de constitutionnalité. « À partir, note encore M. Tunc¹⁵, du moment où l'on reconnaît l'existence d'une jurisprudence, guider celle-ci devient nécessairement la fonction principale de la Cour suprême, et une fonction qui doit être remplie dans les meilleures conditions possibles. »

L'affirmation paraîtra cependant singulière à ceux qui considèrent que le pourvoi devant la Cour suprême de l'État est, notamment dans la perspective de défense des libertés fondamentales, l'un des droits qu'il

13. Sur cette question, voir l'étude comparative d'A. VANWELKENHUYZEN, « Arbitrage du conflit entre régions ou entre une région et le pouvoir fédéral ou national », Colloque sur *Le fait régional en Europe*, Bruges, 1984.

14. *Supra*, note 6, p. 18.

15. *Idem*, p. 441.

convient de préserver et dont il faut assurer l'exercice sans contraintes et sans limitations.

*

* *

Je me sens très honoré, comme constitutionnaliste étranger, de pouvoir être associé à ce débat. Mais je suis un peu intimidé d'avoir à prendre position à propos d'institutions que je ne connais que de l'extérieur. Ceci m'autorisera peut-être à formuler une dernière remarque. La valeur d'une Cour suprême, comme celle d'un système constitutionnel tout entier, ne tient pas seulement à la validité des techniques mises en œuvre ; elle tient aussi à la qualité des hommes qui les utilisent ; elle tient à la valeur des autorités publiques à qui s'adressent les décisions de la Cour ; elle tient à l'esprit d'un peuple, comme dirait Montesquieu, qui est capable de les accepter.