

## EXERCICES DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ 2019

### ▪ Séance 2

**Commentez le texte suivant :**

(...) Le sens commun voit juste quand il dit que la Cour suprême est puissante. Elle l'est, cela est incontestable, mais pas pour les causes qu'il imagine. La Cour n'est pas puissante parce qu'elle gouverne ; elle ne gouverne plus depuis trois quarts de siècle. Elle n'est pas puissante parce qu'elle coiffe toutes juridictions ; elle ne les coiffe que pour autant qu'une question de droit fédéral est en jeu et celui-ci s'est largement retiré de toutes les questions de droit privé. La Cour suprême est puissante parce qu'elle pourrait faire toutes ces choses ; elle en a effectivement les moyens. Mais elle ne les fait pas, elle s'en empêche, elle se retient. Comment expliquer cela ?

La cause tient à un seul fait. La Cour suprême évolue dans un système constitutionnel fondé sur la séparation des pouvoirs dans lequel, comme l'avait recommandé Montesquieu, « le pouvoir arrête le pouvoir » ou encore, comme Madison l'a développé après le Baron de la Brède, « l'ambition est un frein à l'ambition ». Bref, la Cour sait qu'il y a des limites à son immense pouvoir.

Ces limites sont d'abord celles de la Constitution. Elles proviennent soit du Congrès soit de l'Exécutif. Si elles ne sont pas d'un exercice quotidien, elles existent. Par exemple, le Congrès qui est maître de sa compétence d'appel peut lui retirer la connaissance de certaines affaires. Il est vrai que l'histoire a prouvé qu'il n'en faisait qu'un usage limité, dans des circonstances exceptionnelles qui ont joué un rôle déterminant dans l'acceptation résignée par la Cour de la mémorable occasion dans laquelle le Congrès n'hésita pas à exercer cette compétence radicale. Le Congrès peut aussi engager une procédure d'impeachment contre les membres de la Cour comme contre tous les juges fédéraux. Certes, les cas sont rares, mais moins parce que le Congrès se plie de bonne grâce à tout ce que dit la Cour (ses prises de position par voie de résolution contre certains de ses jugements en portent témoignage) que parce que, si l'impeachment permet de censurer des crimes et des délits, il ne permet pas de sanctionner le juge qui manque de sagesse.

De son côté, le Président est lui aussi une limite à la puissance de la Cour. Comme Franklin Roosevelt l'a démontré au moment du New Deal, il peut exercer sur elle le pouvoir de leadership qui trouve ses fondements dans l'indépendance absolue dont il jouit et qui lui a permis en la circonstance d'engager la Cour sur la voie d'une interprétation plus démocratique

de la Constitution que celle qu'elle suivait alors. Que la jurisprudence de la Cour vienne à s'écarter des principes qui l'ont porté au pouvoir et le Président fera entendre sa voix parce qu'il est, lui aussi, un interprète autorisé de la Constitution. Récemment, le Président Obama a critiqué devant le Congrès l'arrêt *Citizens United v. FEC* (2009) pour avoir levé les interdictions qui pesaient sur les contributions financières des personnes morales aux campagnes électorales et il a demandé une proposition de loi bipartisane pour neutraliser ses effets négatifs. Une proposition a été introduite à la Chambre et adoptée ; une autre a été déposée au Sénat, mais elle n'a pas abouti ; un projet de décret (executive order) est d'ores et déjà en route pour mettre en oeuvre par voie de décret les dispositions de la loi qui peuvent l'être.

Il y a enfin les limites que la Cour suprême s'impose à elle-même. Comme tous les autres organes de la Constitution, la Cour ne peut pas faire autrement que de régler son comportement et sa politique jurisprudentielle à l'aune d'un principe de déférence. Selon les cas, elle en défère au Président, elle en défère au Congrès, elle en défère aux États ; une chose est sûre, elle ne va jamais jusqu'au bout de ses pouvoirs, sauf, on l'a vu, dans quelques domaines soigneusement circonscrits. La puissance de la Cour est dans les grandes espérances que son immense pouvoir fait naître et dans les avancées à pas mesurés que son immense sagesse lui commande d'effectuer.

E. Zoller, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°33, pp.231-251 (extrait)

- **Séance 3**

**Dissertation :**

L'effet structurant de la discrimination positive en Inde

- **Séance 4**

**Commentez le texte suivant :**

*Sur le principe de présomption de constitutionnalité.*

Nous maintenons notre objection quant au fait que ce principe n'est pas constitutionnel mais prudentiel, c'est-à-dire qu'il résulte d'une politique de self-restraint construite par le juge et qu'elle n'a que le fondement constitutionnel que l'on souhaitera lui donner. Rappelons que l'article 81 de la Constitution japonaise prévoit que « la Cour suprême

est le tribunal de dernier ressort ; elle a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tout autres actes officiels quels qu'ils soient. », que l'article 98 prévoit que « la présente Constitution est la loi suprême du pays ; aucune loi, ordonnance, aucun édit impérial ou autre acte de gouvernement, en tout ou partie, contraire aux dispositions y afférentes, n'aura force de loi ou validité » et que, pour nous restreindre à la simple idée de présomption de constitutionnalité, elle n'est mentionnée ni dans ces articles, ni dans la Constitution américaine.

(...)

C'est parce que la Cour est une institution non-démocratique, qu'elle doit respecter au maximum l'intention des représentants de la majorité et non la "sagesse ou son cœur" de la loi, mais ses raisons théoriques, l'existence de la possibilité raisonnable de légiférer. Cet argument du manque de légitimité démocratique de la Cour est le raisonnement central du passivisme juridique japonais qui vient englober toutes les doctrines subséquentes : il n'est pas autorisé qu'une poignée de juges en position d'infériorité démocratique défasse une loi que des centaines de parlementaires élus directement ont conçue, délibérée et formée. Le contrôle de constitutionnalité n'est pas dans cette théorie, relatif au jugement de la loi mais au jugement de la raisonnable capacité à légiférer.

Gaëlle Besson, « La prudence du juge. L'exemple japonais », Thèse de doctorat de l'Université d'Aix Marseille, 23 mars 2018 (extrait)

#### ▪ **Séance 5**

##### **Dissertation :**

Le caractère démocratique des clauses de limitation des mandats présidentiels

#### ▪ **Séance 6**

##### **Dissertation**

Le présidentielisme : une altération de la séparation des pouvoirs ?

▪ **Séance 7**

**Commentez la décision de la Cour constitutionnelle sud-africaine, CTC 10/99, du 2 décembre 1999 (extraits) :**

(...) L'autre considération qu'une Cour doit garder à l'esprit, est le principe de la séparation des pouvoirs et, partant, le respect qu'elle doit au corps législatif lorsqu'elle élabore un remède à une violation de la Constitution dans une affaire particulière. Il n'est pas possible de formuler d'une façon générale ce qu'un tel respect doit comporter, car ceci dépend des faits et des circonstances de chaque affaire. Toutefois, il implique pour l'essentiel une réserve des Cours en évitant de s'avancer sur la partie du domaine législatif que la Constitution a réservée, et pour une bonne raison, au législateur. La question de savoir si et dans quelle mesure, une Cour peut intervenir au niveau du langage employé dans une loi dépendra en fin de compte de l'interprétation correcte de la Constitution au vu de la législation et des faits pertinents à chaque affaire.

Je suis convaincu par l'argument présenté par M. Trengove selon lequel, en ce qui concerne le respect dû au législateur, il n'existe en principe aucune différence entre une Cour qui déclare qu'une disposition législative est conforme à la Constitution moyennant suppression de la partie incriminée par annulation totale ou partielle, et une Cour qui ajoute des termes manquants. Dans les deux cas, l'acte du Parlement, tel qu'il s'exprime dans une disposition législative, est modifié par la décision d'une Cour. Dans le premier cas par suppression, et dans l'autre par ajout.

Cette différence fortuite ne peut pas par elle-même fonder une différence de principe. La seule question qu'il convient vraiment de poser est celle de savoir quelles sont les conséquences d'une telle décision et si elles constituent un empiétement, contraire à la Constitution, sur le domaine réservé au législateur. Toute autre question conduirait à la conclusion absurde selon laquelle l'octroi d'une mesure dépendrait de la circonstance fortuite de la forme choisie par le législateur pour la disposition en question. Un législateur pourrait, par exemple, accorder certains avantages aux couples en général et en exclure les couples homosexuels par voie d'exception expresse. Dans ce cas il n'y aurait aucune objection à déclarer l'exception invalide, pour autant que la Cour soit persuadée qu'une telle suppression était, quel que soit le critère retenu constitutionnellement légitime par rapport au législateur. Il serait absurde d'exclure la solution qui consiste à ajouter les termes manquants là où elle est tout aussi

justifiée constitutionnellement par rapport au législateur, simplement en raison de sa forme.  
(...)

La véritable question est celle de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, l'ajout de termes serait juste et équitable et constituerait une rectification appropriée. Je suis conforté dans cette conclusion par le fait que dans plusieurs systèmes juridiques, les juridictions ont déclaré qu'elles ont la compétence pour ajouter des termes à la loi lorsque cela est justifié. Dans l'affaire Schachter, l'arrêt de principe canadien, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'une Cour peut ajouter des termes dans une loi dans des circonstances appropriées ; elle a présenté quelques principes pour orienter de telles décisions. Depuis lors, les Cours canadiennes ont ajouté des termes dans les lois à plusieurs reprises. Les Cours américaines se déclarent également compétentes pour ajouter des termes dans une loi afin de remédier à un défaut de compatibilité avec la Constitution. La Cour suprême d'Israël et la Cour constitutionnelle allemande ont également rendu des décisions semblables. (...)

Il convient également de garder à l'esprit que lorsque la solution de la Cour est de censurer tout ou partie du texte ou d'y ajouter des termes, son choix n'est jamais irréversible. Le législateur peut, dans les limites posées par la Constitution, modifier la mesure, en reformulant l'égalité des avantages, en en redéfinissant de nouveaux, en les réduisant, en les modifiant, en les "peaufinant" ("fine-tuning") ou en les supprimant. Ainsi, il aura le dernier mot en ce qui concerne la nature et l'ampleur des avantages. (...)

En tout état de cause, les avantages conférés aux conjoints expriment la politique claire du gouvernement qui consiste à protéger et à améliorer la vie familiale des conjoints. Cette politique a au moins 69 ans d'existence, car l'article 3 (1) (b) (v) de la loi n° 8 de 1930 relative aux quotas d'immigration conférait un avantage comparable, même s'il était moins complet et qu'il s'appliquait de façon plus discriminatoire. Il y a donc fort à parier que, si le Parlement avait réfléchi à la manière la plus appropriée de remédier à l'incompatibilité avec la Constitution de l'article 25 (5), il aurait opté pour une mesure qui n'aurait pas privé les conjoints des avantages actuellement conférés par l'article. Ceci d'autant plus que le gouvernement, dans d'autres secteurs, tient compte des obligations législatives qui lui incombent en vertu de la clause d'égalité en ce qui concerne les partenaires de même sexe. Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que, dans la mesure où cela est raisonnablement possible, une décision d'annulation n'est pas la solution préférable. (...)

Décision :

L'article 25 (5) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, en omettant de conférer aux personnes vivant une relation homosexuelle stable, les avantages qu'il confère aux

conjoints, porte une discrimination injuste, sur le fondement de leur orientation sexuelle et de leur état civil, à l'encontre des personnes vivant ces relations homosexuelles stables et résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République. Une discrimination aussi injuste limite les droits d'égalité que l'article 9 de la Constitution garantit à de tels partenaires ainsi que le droit à la dignité garanti par l'article 10. Cette limitation n'est ni raisonnable ni justifiable dans une société ouverte et démocratique basée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté ; par conséquent, elle ne satisfait pas aux exigences de l'article 36 (1) de la Constitution. Cette omission dans l'article 25 (5) de la loi est donc contraire à la Constitution. Il ne convient pas de déclarer que l'article 25 (5) est invalide en totalité. Il convient plutôt d'ajouter, après le mot "conjoint" dans cet article, les mots "ou le partenaire du même sexe dans une relation permanente". L'ajout de ces mots entrera en vigueur dès que la décision sera rendue.

## ▪ Séance 8

### **Commentez le texte suivant :**

(...) Il est aisé de comprendre que les nouvelles constitutions sont essentiellement principielles (*principistas*). Les principes, implicites comme explicites, abondent dans ces textes, au détriment des règles qui, bien que présentes, occupent une place limitée aux cas concrets où leur présence est nécessaire afin d'articuler la volonté constituante. L'effet juridique des principes, principalement comme critères d'interprétation, est indubitable et, dans certaines occasions la référence explicite à eux est faite pour déterminer le raisonnement obligatoire (*vinculante*) des cours constitutionnelles sur la base de la teneur littérale du texte ou de la constitution dans son intégralité. Le fait que les constitutions régulent des sociétés plurinationales n'empêche pas les principes classiques de coexister avec de nouvelles formules, symbiotiques, qui doivent être considérées comme de vraies innovations du constitutionnalisme.

Un autre trait facile à souligner est la *longueur* des nouvelles constitutions. Cette caractéristique doit être comprise en liaison avec un autre de ses aspects les plus éminents du nouveau constitutionnalisme : sa *complexité*. L'étendue comme la complexité du texte constitutionnel ont été expressément recherchées par le constituant, conscient que ni l'espace physique ni la recherche à tout prix de la simplicité textuelle ne pouvaient se dresser comme obstacle à la rédaction d'un texte constitutionnel capable de donner des réponses aux demandes que le peuple réclame à travers le changement de sa constitution. Sans parvenir à être des codes, les nouvelles constitutions se rebellent contre la brièveté, si acclamée depuis l'époque

nominaliste et qui, dans une large mesure est une constante dans le constitutionnalisme en général, et chez les Nord-Américains en particulier.

Par leur longueur, ces constitutions pourraient être considérées dans une certaine mesure comme héritières des textes trop dilatés et prolifiques traditionnellement présents dans le constitutionnalisme latino-américain classique. Mais, elles assimilent aujourd'hui la nécessité d'assumer une autre fonction beaucoup plus importante que le maintien de la tradition : la permanence de la volonté du constituant, qui cherche à être protégée dans la mesure du possible pour éviter son oubli ou abandon par les pouvoirs constitués une fois que la constitution rentre dans son étape de *normalité*. Si l'explication politique de ce trait est claire – la nécessité de dépasser l'absence d'un vrai lien entre la volonté constituante et le pouvoir constitué dans le constitutionnalisme latino-américain antérieur –, le raisonnement juridique l'est aussi : étendre le mandat suffisamment pour que, dans l'exercice de leurs fonctions, les pouvoirs constitués respectent les considérations du constituant en détail et avec toutes ses implications. En définitive, la longueur considérable des textes dans le nouveau constitutionnalisme latino-américain est due à la nécessité d'exprimer clairement la volonté du constituant, ce qui peut techniquement déboucher sur une plus grande quantité de dispositions, dont l'existence cherche à limiter ainsi les possibilités des pouvoirs constitués – en particulier, le Parlement, qui exerce la fonction législative, et la cour constitutionnelle, qui pratique la plus haute fonction interprétative – de développer ou d'interpréter (*desentrañar*) le texte constitutionnel dans un sens opposé à ce qu'était la volonté du constituant.

Roberto Viciano Pastor, Rúben Martínez Dalmau, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », in Carlos Miguel Herrera, *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Editions Kimé « Nomos & Normes », 2015 (extrait)

## ▪ **Séance 9**

### **Dissertation :**

Les lois constitutionnelles devant les juges