

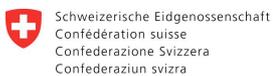
DEMOCRACY
REPORTING
INTERNATIONAL

RAPPORT

**LE NOUVEAU
CONSTITUTIONNALISME :
UNE NOUVELLE FORME
DE PROCESSUS CONSTITUANT**

© Democracy Reporting International (DRI), Novembre 2012. Tous droits réservés. La diffusion du présent document sur une base non commerciale est encouragée, sous réserve que DRI soit cité comme source, et qu'une copie des traductions en d'autres langues lui soit fournie. DRI produira une version en langues arabe et anglaise.

La présente publication a été élaborée avec le soutien du Ministère des Affaires étrangères de la République fédérale d'Allemagne et du Département fédéral suisse des Affaires étrangères. Le contenu de la publication relève de la seule responsabilité de Democracy Reporting International et ne peut aucunement être considéré comme reflétant le point de vue du Ministère des Affaires étrangères de la République fédérale d'Allemagne et du Département fédéral suisse des Affaires étrangères.



Federal Department of Foreign Affairs FDFA
Directorate of Political Affairs DP
Political Affairs Division IV, Human Security

**LE NOUVEAU
CONSTITUTIONNALISME :
UNE NOUVELLE FORME
DE PROCESSUS CONSTITUANT**

INTRODUCTION	5
DOMAINES D'INTERVENTION DU NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME	6
Les institutions.....	6
1. La forme de l'État	6
2. La forme du gouvernement	7
3. Les autorités administratives indépendantes	7
4. Le statut des partis politiques et de l'opposition	8
5. La justice constitutionnelle	9
Les règles de droit	11
1. Définir les règles de droit et leur domaine.....	11
2. La place du droit international	11
3. Les dispositions sur la révision constitutionnelle	12
Les droits et libertés fondamentaux	12
1. Protection constitutionnelle	12
2. Protection conventionnelle	12
3. Complémentarité	13
4. Les limitations apportées aux droits fondamentaux	13
CONCLUSION	16

LE NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME : UNE NOUVELLE FORME DE PROCESSUS CONSTITUANT

SUITE AUX RECENTS BOULEVERSEMENTS POLITIQUES DANS LE MONDE ARABE, LA QUESTION DE L'IMPORTANCE D'UNE CONSTITUTION POUR GARANTIR L'ETAT DE DROIT ET LE RESPECT DES DROITS DE L'HOMME SE POSE DANS LA RÉGION, ALORS QUE PLUSIEURS PAYS ARABES SONT EN TRAIN D'ELABORER DE NOUVELLES CONSTITUTIONS OU DE MODIFIER LES CONSTITUTIONS EN VIGUEUR. DANS CE CONTEXTE, ET AFIN DE CONTRIBUER AUX DEBATS RELATIFS AUX PROCESSUS CONSTITUTIONNELS ACTUELS EN TUNISIE, LIBYE, EGYPTE ET DANS D'AUTRES PAYS ARABES, IL APPARAÎT IMPORTANT D'ETUDIER LES CARACTERISTIQUES DES PROCESSUS CONSTITUTIONNELS RECENTS QUI SE SONT DEROULES DANS LE CADRE DE TRANSITIONS DEMOCRATIQUES DURANT LES DERNIERES DECENNIES.

INTRODUCTION

Cette note d'information a pour objectif de discuter des principales caractéristiques d'une nouvelle forme d'élaboration de constitutions qui s'est développée dans des processus constitutionnels à partir des années 1990, appelé nouveau constitutionnalisme ou néo-constitutionnalisme. Ce nouveau constitutionnalisme propose une approche spécifique à deux niveaux :

Le **processus constituant** doit répondre à des conditions et à des mécanismes les plus démocratiques possibles. Ceci permet de renforcer la légitimité de la constitution et des pouvoirs publics tout en suscitant l'adhésion et la participation la plus large possible des citoyens aux nouvelles institutions¹.

Le **contenu de la constitution** doit refléter et garantir toutes les exigences inhérentes à un État de droit. Ce contenu est le principal objet de cette note d'information.

Le contenu de la constitution inclut en particulier:

- l'équilibre des pouvoirs qui implique une collaboration entre les différents organes du pouvoir étatique ainsi que des mécanismes de contrôles réciproques, et la création de contre-pouvoirs ;

¹ Les mécanismes de mise en œuvre d'un tel processus avec une large participation du public sont traités plus en détail dans la note d'information n°20 de Democracy Reporting International, *Leçons apprises des processus constitutionnels : les processus avec une large participation du public*, disponible à http://www.democracy-reporting.org/files/ni_20_lecons_apprises_des_processus_constitutionnels.pdf

- un système assurant la cohérence et le bon agencement des différentes règles de droit en vigueur (constitution, traités internationaux, lois, décrets...);
- l'existence d'un contrôle de tous les pouvoirs, en particulier les pouvoirs législatif et exécutif, à travers une justice indépendante et efficace ;
- la mise en place de la garantie juridictionnelle de la constitution qui s'incarne aujourd'hui dans la justice constitutionnelle et dont la mission première est l'exercice du contrôle de constitutionnalité. Celui-ci permet en particulier de protéger les droits et libertés fondamentaux du citoyen ;
- La proclamation, dans la constitution, des droits et libertés fondamentaux des personnes et le développement de garanties juridictionnelles pour assurer leur protection en cas de violation.

Le nouveau constitutionnalisme confirme l'idée selon laquelle le respect de la règle de droit est le meilleur rempart contre l'exercice abusif du pouvoir. Il poursuit en outre un autre objectif : le perfectionnement et le renforcement de l'État de droit. Ceci se traduit pour l'essentiel de deux manières :

- Le « domaine constitutionnel² » est plus diversifié que par le passé. Les constitutions récentes comportent un nombre plus important de prescriptions qu'auparavant et, surtout, des dispositions plus détaillées de manière à mieux encadrer l'exercice du pouvoir et à offrir des réponses immédiates et fiables aux questions que soulève la gestion d'un État moderne. C'est le cas au Portugal, au Brésil, ou encore en Afrique du Sud où les textes constitutionnels comportent près de deux cents articles voire davantage.

De manière générale, les pays qui sortent de régimes dictatoriaux ou autoritaires adoptent ensuite des constitutions le plus souvent très détaillées afin de se prémunir contre tout risque de retour en arrière.

- La rupture avec les conceptions du passé est ici également radicale notamment avec les constitutions « courtes et obscures³ », longtemps présentées comme offrant une certaine souplesse permettant l'évolution des institutions. Ce système présentait toutefois de nombreux inconvénients, notamment du fait de l'absence d'un juge chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et capable de faire respecter « l'équilibre des institutions » en sanctionnant les interprétations arbitraires de la constitution par le pouvoir en place.

Les constitutions récentes confèrent une place centrale aux droits et libertés fondamentaux de l'être humain ; en

proclamant ces droits dans un « catalogue » symboliquement placé en tête de la constitution, de manière à offrir à chaque citoyen un accès immédiat et une « lisibilité » renforcée de ses droits et libertés. En outre, la création d'une juridiction constitutionnelle doit conduire à l'institution d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité qui doit être accessible aux citoyens – ce qui était peu répandu dans le cadre du constitutionnalisme classique – en leur offrant en particulier la possibilité de demander l'annulation des lois qui portent atteinte à leurs droits et libertés.

DOMAINES D'INTERVENTION DU NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME

LES INSTITUTIONS

C'est l'aspect le plus « classique » des constitutions. Le nouveau constitutionnalisme lui imprime également sa marque en abordant la question des institutions sous un angle différent et en donnant en particulier au juge constitutionnel une place centrale dans l'architecture des institutions.

La vision classique du principe de séparation des pouvoirs, que toutes les constitutions démocratiques ont adopté, consiste à « diviser » le pouvoir, c'est-à-dire à répartir les compétences entre différents organes ou institutions. Mais, dans sa version contemporaine, ce principe ne comporte plus un, mais deux aspects : le premier, classique, consiste à distribuer ou répartir les compétences au niveau central de l'État en organisant notamment les rapports entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire (on évoque à ce propos « la division horizontale du pouvoir ») ; et le second consiste à répartir les compétences entre le niveau central et les collectivités territoriales.

1. LA FORME DE L'ÉTAT

C'est la constitution qui définit la forme de l'État. Ce choix n'est plus exclusivement binaire, opposant l'État unitaire à l'État fédéral. Entre ces deux formes d'État, toute une panoplie de formules peuvent être expérimentées qui vont de l'État unitaire décentralisé au régionalisme fédératif (de type sud africain) en passant par l'État régional (de type italien) ou « l'État des autonomies » (selon le modèle espagnol). On observe néanmoins une désaffection de plus en plus marquée pour la formule de l'État unitaire centralisé qui est synonyme de trop forte concentration des pouvoirs. Au contraire, le nouveau constitutionnalisme recommande l'équilibre des pouvoirs à tous les niveaux, y compris dans les structures mêmes de l'État.

Ceci débouche sur ce que l'on qualifie de « division verticale du pouvoir », c'est-à-dire l'existence au sein de l'État de collectivités locales plus ou moins décentralisées dont la constitution détermine les niveaux, ainsi que le statut, et dont elle garantit à la fois l'existence et le droit de gérer de manière

² Ou matières constitutionnelles, soit les questions dont doit s'occuper la constitution.

³ « Il faut qu'une constitution soit courte et obscure. Elle doit être faite de manière à ne pas gêner l'action du gouvernement ». Déclaration de Napoléon 1er.

autonome leurs propres affaires en étant pour cela dotées de moyens financiers adaptés.

Cette manière de procéder n'est plus seulement l'apanage des constitutions dites « fédérales » ; on la rencontre aussi de plus en plus dans les États dits « unitaires » où il n'y a en principe qu'un seul centre d'impulsion politique et juridique. Même dans ce type d'État, certaines décisions qui concernent la vie quotidienne des citoyens sont prises par des autorités agissant au plus près de ces derniers, au niveau local.

Dans cette perspective également, le rôle de la juridiction constitutionnelle apparaît déterminant : il lui reviendra, en vertu d'une attribution expresse conférée par la constitution, de trancher les conflits de compétence entre l'État et les différentes collectivités territoriales qui le composent.

2. LA FORME DU GOUVERNEMENT

Traditionnellement, le constitutionnalisme classique oppose, pour l'essentiel, régime parlementaire et régime présidentiel. Le premier est censé incarner une forme de « séparation souple des pouvoirs » impliquant une collaboration entre eux et des mécanismes de contrôle réciproque ; tandis que le second représenterait une forme de séparation stricte des pouvoirs impliquant l'impossibilité pour le pouvoir exécutif de disposer de moyens de contrainte sur le pouvoir législatif et vice versa.

La figure emblématique du premier serait le régime parlementaire britannique alors que l'exemple classique de régime présidentiel serait celui des États-Unis d'Amérique. Au 20^{ème} siècle, d'autres pays ont vu l'émergence d'un troisième système de gouvernement, le régime appelé semi-présidentiel⁴.

Sans renier ces schémas, le nouveau constitutionnalisme s'efforce de les adapter au contexte politique contemporain et privilégie une conception renouvelée du principe de séparation des pouvoirs qui met non seulement l'accent sur la distinction entre les fonctions attribuées par la constitution aux différents organes du pouvoir mais aussi insiste sur la présence d'institutions de contrôle capables de dénoncer et de corriger toutes les formes d'exercice abusif de pouvoir. Dans cette perspective, la constitution peut agir dans plusieurs directions :

- Le choix en faveur de la collaboration entre les pouvoirs demeure un point de référence privilégié en raison de la souplesse qui le caractérise ; en y ajoutant, en cas de conflits entre les institutions, soit l'arbitrage des

électeurs (référendum, élections générales), soit l'arbitrage de la Cour constitutionnelle.

- La constitution doit organiser et garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire en spécifiant notamment quels sont les organes qui participent de l'exercice de ce pouvoir et les domaines de compétence qui sont éventuellement attribués à chacun des organes qui le composent. Il importe d'inscrire dans la constitution les garanties essentielles attachées à l'existence et l'indépendance de la magistrature, notamment, par l'institution d'un organe spécialisé et indépendant compétent en matière de nomination et de gestion de la carrière des magistrats, y compris pour ce qui touche aux aspects disciplinaires liés à l'exercice de leurs fonctions.
- La plupart des constitutions modernes ont prévu l'institution d'organes indépendants spécialisés qui interviennent dans un secteur ou domaine particulier de l'action de l'État ; les autorités administratives indépendantes.

3. LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

Ces institutions qui répondent généralement au qualificatif d'autorités administratives indépendantes (et qui peuvent même se voir conférer de véritables pouvoirs juridictionnels ou quasi-juridictionnels) constituent aujourd'hui un puissant facteur d'équilibre dans une démocratie en raison des missions de contrôle qu'elles sont appelées à exercer et, surtout, des compétences qui peuvent leur être reconnues en matière de protection et de garantie des droits et libertés des citoyens. De manière très significative, la Constitution de la République d'Afrique du Sud les regroupe sous une même rubrique au nom évocateur : « Les institutions d'État soutenant la démocratie constitutionnelle »⁵ (Chapitre 9).

Elles jouent également un rôle essentiel d'information en direction de l'opinion publique et ont une fonction « d'alerte » en pointant les dysfonctionnements de toute nature qui entachent l'exercice des missions confiées aux administrations publiques et même, plus largement, en dénonçant les cas de mauvaise gestion des entreprises placées sous le contrôle de la puissance publique. En droit comparé, elles prennent des dénominations diverses : Haute autorité, Conseil, Instance, Ombudsman, Médiateur, Défenseur des droits, etc.

Les secteurs privilégiés d'intervention de ces autorités sont les suivants (liste non exhaustive) :

- Économie : régulation de la concurrence, des marchés financiers, etc. ;

⁴ Pour plus d'informations, veuillez consulter la note d'information de DRI sur ce sujet: *Les systèmes de gouvernement: les modèles semi-présidentiels*. Voir http://www.democracy-reporting.org/files/dri_bp_27_semi-presidential_system_fr.pdf

⁵ Traduction non officielle proposée par DRI.

- Communication et médias : autorité chargée de veiller au respect du pluralisme de la presse ainsi qu'à l'accès aux médias audiovisuels ;
- Protection des droits et libertés : commission nationale des droits de l'homme, médiateur de la République, défenseur des droits (Ombudsman), défenseur des droits des enfants, contrôleur des lieux de privation de liberté, autorité chargée de la lutte contre les discriminations et les inégalités, commission de déontologie de la fonction publique (lutte contre la corruption et la prise illégale d'intérêt), autorité chargée de la régulation dans l'utilisation des moyens informatiques (protection de la vie privée), accès aux documents administratifs;
- Élections : commission électorale indépendante, chargée des opérations entourant l'organisation des différents scrutins électoraux et de veiller au bon déroulement des consultations électorales, commission de contrôle des comptes de campagne, du financement public des partis politiques, commission chargée du découpage des circonscriptions;
- Justice « ordinaire » : une place à part est parfois réservée à l'institution, garantie par la constitution, d'un Conseil supérieur de la magistrature;
- Comptes publics : dans le domaine financier, budgétaire et comptable, des autorités spécifiques peuvent être instituées.

4. LE STATUT DES PARTIS POLITIQUES ET DE L'OPPOSITION

Il est envisageable d'instaurer des règles garantissant à l'opposition un véritable « statut constitutionnel ». Ceci passe d'abord par la reconnaissance officielle du rôle des partis politiques.

RECONNAISSANCE OFFICIELLE DES PARTIS POLITIQUES

C'est la règle dans un très grand nombre de constitutions. La démocratie s'appuyant elle-même sur le pluralisme des courants de pensées et d'opinion, elle ne saurait de plus se concevoir sans garantie du pluralisme partisan (ou système multipartisan).

Ainsi, la Constitution de la République d'Argentine énonce que les partis politiques sont des institutions fondamentales du système démocratique. Elle ajoute que leur création et l'exercice de leurs activités sont libres dans le respect de la présente Constitution et que celle-ci garantit leur organisation et leur fonctionnement démocratiques ainsi que la représentation des minorités. Elle reconnaît également leur compétence en vue de la présentation des candidats aux charges publiques électives ainsi que leur droit d'accès à l'information publique et à la diffusion de leurs idées. A cette fin, l'État doit contribuer au soutien économique de leurs activités et à la formation de leurs dirigeants (article 38).

Dans un sens proche de ce dernier exemple on peut encore citer la Constitution de la République démocratique d'Arménie :

Les partis politiques se constituent librement et contribuent à la formation et à l'expression de la volonté politique du peuple. Leur activité ne peut contredire la Constitution et les lois et leurs modes d'action ne peuvent être contraires aux principes démocratiques. » (article 7); son article 28 ajoute : « Tout citoyen a le droit de fonder des partis politiques avec d'autres citoyens et de s'y affilier⁶.

UN STATUT SPECIFIQUE CONFERE A L'OPPOSITION

Peu de constitutions y consacrent des dispositions spécifiques. On peut néanmoins citer la Constitution du Sénégal, article 58 :

La Constitution garantit aux partis politiques qui s'opposent à la politique du Gouvernement le droit de s'opposer. La loi définit leur statut et fixe leurs droits et devoirs. L'opposition parlementaire est celle qui est représentée à l'Assemblée nationale par ses députés.

La Constitution marocaine, suite aux amendements constitutionnels de 2011, comprend des dispositions qui garantissent certains droits spécifiques à l'opposition au sein du parlement⁷.

⁶ Autres exemples: Constitution de la République du Bénin, article 5: « Les partis politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent librement leurs activités dans les conditions déterminées par la Charte des Partis politiques. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale, de la démocratie, de l'intégrité territoriale et la laïcité de l'État ». Constitution du Brésil, article 17: « La création, la fusion, l'incorporation et la dissolution des partis politiques est libre, sous réserve du respect de la souveraineté nationale, du régime démocratique, du pluripartisme, des droits fondamentaux de la personne humaine et de l'observation des principes suivants: I - le caractère national; II - l'interdiction de recevoir des ressources financières d'entités ou de gouvernements étrangers ou de leur être subordonnés; III - la reddition de comptes à la justice électorale; IV - un fonctionnement parlementaire conforme à la loi. Paragraphe premier. L'autonomie est garantie aux partis politiques dans la définition de leur structure interne, de leur organisation et de leur fonctionnement; leurs statuts doivent établir des normes de fidélité et de discipline interne ».

⁷ L'article 10 de la Constitution marocaine stipule que:

« La Constitution garantit à l'opposition parlementaire un statut lui conférant des droits à même de lui permettre de s'acquitter convenablement de ses missions afférentes au travail parlementaire et à la vie politique. Elle garantit, notamment, à l'opposition les droits suivants:

- la liberté d'opinion, d'expression et de réunion,
- un temps d'antenne au niveau des médias officiels, proportionnel à leur représentativité,
- le bénéfice du financement public, conformément aux dispositions de la loi,
- la participation effective à la procédure législative, notamment par l'inscription de propositions de lois à l'ordre du jour des deux Chambres du Parlement,
- la participation effective au contrôle du travail gouvernemental, à travers notamment les motions de censure et l'interpellation du Gouvernement, ainsi que des questions orales adressées au Gouvernement et dans le cadre des commissions d'enquête parlementaires,
- la contribution à la proposition et à l'élection des membres à élire à la Cour constitutionnelle,
- une représentation appropriée aux activités internes des deux Chambres du Parlement,
- la présidence de la commission en charge de la législation à la Chambre des Représentants,
- disposer de moyens appropriés pour assurer ses fonctions institutionnelles,

Dans la majorité des constitutions, les droits et prérogatives reconnus constitutionnellement à l'opposition apparaissent généralement en filigrane, de manière implicite, ici et là dans le texte de la constitution ; mais il est aussi possible qu'une constitution prévoit des dispositions expresses en ce sens, ce qui garantirait davantage les droits de l'opposition. On peut envisager diverses possibilités :

Participation aux organes parlementaires (commissions parlementaires permanentes ou commissions d'enquête parlementaires ad hoc, comités parlementaires provisoires ou permanents, délégations parlementaires compétentes dans des secteurs particuliers, agences parlementaires, etc.). L'un des moyens les plus fréquemment utilisés pour parvenir à ce résultat est de prévoir que la composition des dites commissions ou comités soit proportionnelle afin de garantir une représentation des partis politiques d'opposition ; ex. Constitution du Brésil, article 58 :

Le Congrès national et ses Chambres ont des commissions permanentes et temporaires constituées dans la forme et avec les attributions prévues par leurs règlements respectifs ou dans l'acte qui les institue.

Paragraphe premier. La représentation proportionnelle des partis ou des blocs parlementaires présents dans la Chambre respective est assurée, autant que possible, dans la constitution de son Bureau et dans celle de chacune de ses commissions.

Réserver la présidence de commissions parlementaires, y compris permanentes, à un membre de l'opposition, est envisageable. En France, par exemple, la présidence de la Commission des finances de l'Assemblée nationale revient à un député de l'opposition ; a fortiori il peut être prévu de confier la présidence d'une commission d'enquête parlementaire à un membre de l'opposition ; de même et en allant plus loin, il n'est pas rare que les vice-présidences de l'une ou l'autre assemblée échoient à un membre de l'opposition.

S'agissant des pouvoirs d'enquête du parlement, ceux-ci peuvent d'ailleurs être reconnus de droit à des commissions parlementaires permanentes comme en Allemagne.

Le rôle de l'opposition y est implicitement reconnu par la Loi fondamentale et ce, dans certains domaines. Par exemple, l'article 45 a GG dispose que :

[Commissions des affaires étrangères et de la défense]

• la participation active à la diplomatie parlementaire en vue de la défense des justes causes de la Nation et de ses intérêts vitaux,
• la contribution à l'encadrement et à la représentation des citoyennes et des citoyens à travers les partis politiques qui la forment et ce, conformément aux dispositions de l'article 7 de la présente Constitution,
• l'exercice du pouvoir aux plans local, régional et national, à travers l'alternance démocratique, et dans le cadre des dispositions de la présente Constitution. Les groupes de l'opposition sont tenus d'apporter une contribution active et constructive au travail parlementaire. Les modalités d'exercice par les groupes de l'opposition des droits susvisés sont fixées, selon le cas, par des lois organiques ou des lois ou encore, par le règlement intérieur de chaque Chambre du parlement ».

(1) Le Bundestag nomme une Commission des Affaires étrangères et une Commission de la Défense.

(2) La Commission de la Défense a également les droits d'une commission d'enquête. Elle est tenue d'enquêter sur une affaire si un quart de ses membres le demande.

De manière plus générale encore, l'article 44 GG prévoit que :

(1) Le Bundestag a le droit et, à la demande d'un quart de ses membres, l'obligation de constituer une commission d'enquête chargée de recueillir les preuves nécessaires en audience publique [...].

Droit à l'information. Le rôle et les fonctions qui sont ceux de l'opposition dans un régime démocratique ne sauraient par ailleurs être pleinement préservés si celle-ci ne dispose pas, au travers notamment des partis politiques qui la représentent ou par l'intermédiaire des groupes politiques siégeant au parlement, d'un droit à l'information et, le cas échéant, à la consultation. La mise en œuvre et le respect de ce droit peut être imposé au gouvernement, notamment par des mécanismes de consultation officielle ou la tenue régulière (généralement une fois par semaine au moins) de séances parlementaires réservées aux questions posées au gouvernement par les députés.

Droit de saisine constitutionnelle. Un dernier point contribue de manière essentielle aujourd'hui à l'équilibre des pouvoirs ; c'est le droit constitutionnellement reconnu à une minorité de parlementaires de saisir la juridiction constitutionnelle. Par ce biais, la minorité politique, en clair l'opposition, peut ainsi faire contrôler la constitutionnalité des lois initiées par le gouvernement et adoptées avec le soutien de sa majorité.

5. LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

L'institution d'une justice constitutionnelle est devenue un élément consubstantiel à l'État de droit et un puissant facteur d'équilibre de la démocratie. En ce sens, la justice constitutionnelle constitue un point de référence incontournable du nouveau constitutionnalisme qui y voit un pilier central de l'architecture institutionnelle des constitutions modernes.

La justice constitutionnelle, à travers notamment le contrôle de constitutionnalité, répond à une triple exigence :

- assurer la suprématie de la Constitution qui est la règle de droit la plus importante de l'ordre juridique étatique ;
- garantir et protéger les droits et libertés des individus contre les excès de pouvoir, notamment ceux du législateur grâce au contrôle de constitutionnalité des lois ;
- réguler et pacifier le jeu politique en démocratie en offrant une solution juridique aux conflits qui opposent les différents acteurs et organes du pouvoir.

Le choix du modèle de justice constitutionnelle doit être décidé dans la constitution. Soit le contrôle de

constitutionnalité est confié à l'ensemble des tribunaux avec, au sommet de l'organisation judiciaire, une Cour suprême; soit l'exercice de la justice constitutionnelle est attribué à une juridiction unique qui peut prendre le nom de Cour constitutionnelle et à laquelle toutes les questions de constitutionnalité seront transmises.

Les questions fréquemment rencontrées et les plus délicates concernent celle de la composition de ces juridictions constitutionnelles et celle de l'accès au juge constitutionnel, notamment par les individus.

LA COMPOSITION DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

Il n'y a pas de modèle unique et encore moins parfait. L'étude des exemples de droit comparé, quels que soient le continent concerné et le modèle de justice constitutionnelle adopté (selon que l'on en confie l'exercice à tous les juges placés sous le contrôle d'une Cour suprême ou seulement à une Cour constitutionnelle) font apparaître un certain nombre de points communs :

Le nombre des juges composant la juridiction constitutionnelle : la moyenne observée dans les différents systèmes est de 12 juges. Il peut atteindre 15 (Italie, Pologne par ex.) ou 16 (en Allemagne par ex.). Ce chiffre permet un bon écoulement du flux des affaires de manière à éviter un encombrement de la juridiction.

Le mandat des juges constitutionnels : le principe est que la durée du mandat doit permettre d'aller au-delà de la durée des mandats électifs politiques (notamment celui du président de la République et celui des parlementaires). Cela permet d'assurer l'indépendance des juges notamment par rapport aux autorités de nomination et aussi par rapport aux organes contrôlés (parlement notamment). Cela permet aussi de maintenir en place des juges durant les périodes d'alternance politique, et d'éviter que l'alternance ne soit trop brutale car les réformes voulues par la nouvelle majorité devront aussi respecter la constitution. Généralement, les juges constitutionnels sont nommés pour des mandats qui vont de 6 à 12 ans voire davantage (comme pour la Cour suprême des États-Unis). C'est ainsi 12 ans en Allemagne, 9 ans en France, en Espagne, en Italie, en Pologne, au Burkina Faso, 5 ans au Bénin, 7 ans au Mali et au Togo.

Les autorités de nomination : on observe que la plupart des juges constitutionnels sont désignés par des autorités ou des instances politiques. Ceci peut a priori apparaître surprenant car contraire aux exigences d'indépendance et d'impartialité qui doivent caractériser l'exercice de toute fonction juridictionnelle. En réalité, ceci est un élément (parmi d'autres) qui contribue tout au contraire à asseoir la légitimité de la justice constitutionnelle car, en participant à la nomination des juges constitutionnels, les « contrôlés » sont davantage enclins à accepter l'action des « contrôleurs ». Selon les pays concernés, les instances politiques de nomination sont soit des autorités exécutives (président de la République, gouvernement), soit des autorités parlementaires (présidents d'assemblées, députés, sénateurs), soit les deux

en même temps et ces autorités se partagent alors le pouvoir de nomination. On rencontre même des exemples dans lesquels les juges constitutionnels sont élus par les assemblées parlementaires (c'est le cas en Allemagne).

Eviter la politisation des nominations : en premier lieu, on peut prévoir que les autorités de nomination soient saisies de « propositions » de nomination émanant d'un autre organe, par exemple d'organes judiciaires, ou qu'une liste de plusieurs noms soit proposée à l'autorité de nomination parmi lesquels celle-ci est obligée de choisir. Pratiquement, cela revient à un partage du pouvoir de nomination entre « l'autorité de nomination » et « l'autorité de proposition » (avec toujours l'idée de « diviser » le pouvoir afin de pallier au risque d'arbitraire).

En second lieu, on peut prévoir que le pouvoir judiciaire participe directement ou indirectement à la désignation des juges constitutionnels (c'est le cas en Espagne et en Italie par exemple). Dans d'autres systèmes encore, par exemple au Luxembourg, un certain nombre de hauts magistrats font partie de droit de la Cour constitutionnelle. Enfin, dans les systèmes où les juges constitutionnels sont élus par le parlement (Allemagne, Italie, Pologne, Portugal, etc.), on exige en règle générale une majorité qualifiée pour rendre l'élection valable.

Les qualifications requises : dans la grande majorité des systèmes, il est exigé que les futurs juges constitutionnels possèdent une certaine qualification, notamment dans le domaine juridique. Mais, il n'est pas exclu que fassent aussi partie de la juridiction constitutionnelle des personnalités ayant occupé dans le passé des postes de responsabilité politique ou ayant eu une expérience dans le domaine social ou économique. Ceci permet de diversifier la composition de la juridiction et de pondérer quelque peu les qualifications purement techniques. Il reste que la nature et l'objet des missions de la juridiction constitutionnelle appellent une présence au moins majoritaire de juristes qualifiés. Ainsi, en Allemagne, les membres de la Cour constitutionnelle doivent avoir suivi la formation commune à tous les membres des professions juridiques ; en Espagne et en Italie, les juges constitutionnels sont des juristes expérimentés et en Pologne, ils doivent posséder la qualification requise des magistrats des juridictions suprêmes.

Incompatibilités et inamovibilité : par incompatibilité, on entend l'impossibilité pour les juges constitutionnels de cumuler leurs fonctions de juge avec d'autres fonctions publiques ou mandats électifs. Par inamovibilité, on entend l'impossibilité de mettre fin au mandat des juges constitutionnels, de les révoquer, de les suspendre de leurs fonctions ou encore de les déplacer avant le terme normal de leur mandat, sauf circonstances exceptionnelles tenant à l'impossibilité dans laquelle se trouverait l'intéressé de pouvoir exercer ses fonctions normalement ou manquement graves liés à sa charge. Dans tous les systèmes de justice constitutionnels dignes de ce nom, on trouve grosso modo le même régime juridique applicable aux incompatibilités et inéligibilités. Ce régime est caractérisé par des règles rigoureuses destinées à préserver l'indépendance des juges

constitutionnels par rapport aux autres pouvoirs ainsi que leur impartialité dans l'exercice de leurs fonctions.

L'ACCES DES INDIVIDUS A LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

Il s'agit d'un problème épineux car il importe à la fois de permettre au plus grand nombre d'individus possible de saisir la juridiction constitutionnelle, tout en évitant de tomber dans le travers du recours ouvert à tous et sans un minimum de conditions de recevabilité, qui conduirait à un encombrement excessif. La justice constitutionnelle n'est pas différente de ce point de vue des autres formes de justice : le respect d'un « délai raisonnable » pour rendre les décisions apparaît comme un élément essentiel de ce qu'on a coutume d'appeler une « bonne justice ». Il faut donc trouver un compromis entre la nécessité de permettre aux individus de défendre leurs droits fondamentaux devant le juge constitutionnel et celle d'écarter les recours fantaisistes et dilatoires.

Recours individuel direct. Le système apparemment le plus démocratique consiste à prévoir un recours direct devant le juge constitutionnel : un individu victime d'une violation de ses droits fondamentaux peut s'adresser directement au juge constitutionnel en déposant un recours destiné à faire annuler la décision qui y porte atteinte (cela existe en Allemagne, en Espagne, au Brésil ou encore en Bolivie). Ce recours individuel direct peut être à son tour entendu largement et viser des lois, des actes administratifs, des décisions de justice même (on peut aussi limiter les possibilités de recours à l'une ou l'autre de ces catégories) ; il peut parfois concerner toutes les dispositions de la constitution et pas seulement la protection des droits fondamentaux.

Accès indirect à la juridiction constitutionnelle. La procédure est simple dans son principe et elle s'organise en deux temps :

Premier temps - Au cours d'un procès devant un tribunal quelconque (civil, pénal ou administratif par exemple), une des parties prétend que la loi qui doit être appliquée pour trancher le litige est contraire à la constitution, par exemple aux droits et libertés que celle-ci garantit. La partie intéressée va soulever « une exception d'inconstitutionnalité » par laquelle elle entend faire décider que la loi normalement applicable doit être écartée parce qu'elle est contraire à la constitution. Cette question est accessoire par rapport au litige principal, mais elle doit néanmoins être résolue préalablement car si la loi est inconstitutionnelle, elle ne peut pas être utilisée par le juge pour rendre son jugement ;

Second temps - Dans le modèle concentré de contrôle de constitutionnalité que l'on prend ici en exemple, le juge saisi du litige principal ne peut pas lui-même résoudre la question de constitutionnalité de la loi. Il doit pour cela, après avoir suspendu le cours du procès principal, renvoyer cette question à la Cour constitutionnelle qui décidera si la loi est constitutionnelle ou non. Ce mécanisme est décrit comme « un renvoi préjudiciel » ; et comme la question soulevée

porte sur l'interprétation et l'application de la Constitution on la qualifie de « question préjudicielle de constitutionnalité ».

Si la Cour constitutionnelle décide que la loi est inconstitutionnelle, elle en prononcera l'annulation ; le procès peut alors reprendre son cours normal devant le juge ordinaire et celui-ci devra tenir compte de la décision de la Cour constitutionnelle en écartant la loi ; si au contraire la loi est déclarée conforme à la constitution, le juge ordinaire pourra l'appliquer et trancher définitivement le litige au fond.

L'avantage de ce système dit « de contrôle incident de constitutionnalité » est double : il permet un accès individuel au juge constitutionnel tout en évitant, grâce à une procédure de filtrage mise en place dès le départ au niveau du juge du fond, d'encombrer inutilement la juridiction constitutionnelle.

LES RÈGLES DE DROIT

Les règles de droit doivent être organisées de manière à garantir la cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble. Cette cohérence détermine à son tour la sécurité juridique et la confiance que les citoyens accordent à la règle de droit. La sécurité juridique est pour cette raison un élément essentiel de l'État de droit. Suivant la tendance de l'élaboration des constitutions des 30 dernières années, la constitution doit permettre d'atteindre cet objectif de trois manières :

1. DÉFINIR LES RÈGLES DE DROIT ET LEUR DOMAINE

Il est nécessaire tout d'abord de déterminer quelles sont les règles de droit essentielles qui s'appliquent dans l'ordre juridique interne, comment ces règles sont créées et comment elles s'articulent entre elles. Par exemple, la constitution va définir une répartition des compétences entre la loi et le décret en précisant quelles sont les questions qui exigent l'adoption d'une loi ou celles qui, au contraire, peuvent être réglées simplement par décret ; ou encore, dans quels cas et à quelles conditions il est possible d'organiser un référendum. Encore, la constitution va définir, par exemple, les différentes catégories de lois (loi ordinaire, loi organique, loi référendaire, etc.) et préciser leur domaine d'intervention respectif ainsi que leurs rapports ; par exemple, une loi ordinaire ne doit pas être contraire à une loi organique et, si c'est le cas, le juge constitutionnel pourra être saisi de son examen, la déclarer contraire à la constitution et l'annuler.

2. LA PLACE DU DROIT INTERNATIONAL

La constitution doit ensuite définir les rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Ceci va permettre de résoudre trois questions :

- préciser les conditions selon lesquelles l'État peut s'engager au plan international et conclure des traités internationaux. La constitution doit définir en particulier quelles sont les autorités compétentes pour cela et quelles sont les procédures à respecter ;

- définir les conditions de l'application dans l'ordre juridique national des règles de droit international (traités, coutumes, principes généraux du droit) ; ceci va permettre notamment de décider si, et à quelles conditions, les normes internationales peuvent être invoquées par les individus devant les tribunaux (les traités qui protègent les droits de l'homme par exemple) ;
- régler les conflits éventuels entre les règles internes et les règles internationales de manière à assurer la primauté du droit international sur le droit interne, comme l'exigent le droit international et les juridictions internationales.

3. LES DISPOSITIONS SUR LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

Il convient ici de trouver le juste équilibre entre la nécessité de garantir une certaine stabilité à la constitution et la nécessité de la faire évoluer pour l'adapter, si cela s'avère nécessaire, au contexte. En bref, réviser une constitution ne doit être ni trop compliqué, ni trop simple. Quelques directives générales doivent être gardées en mémoire.

D'abord, la procédure de révision de la constitution doit être différente de celle applicable aux autres normes (lois ordinaires, lois organiques, etc.). En clair, les modalités de révision de la constitution doivent être plus strictes afin de bien marquer la différence hiérarchique, c'est-à-dire de valeur juridique, entre la constitution et toutes les autres règles de droit.

Ensuite, la procédure de révision peut être strictement parlementaire ou par référendum. La révision de la constitution uniquement par référendum peut constituer une menace de populisme, qu'il est possible d'éviter en prévoyant par exemple un référendum populaire, suivi de l'approbation par la majorité absolue du parlement.

Enfin, et c'est là un aspect fondamental du nouveau constitutionnalisme, le pouvoir constituant peut prévoir d'introduire au sein même de la constitution une distinction entre différentes procédures de révision ; par exemple, prévoir une procédure de révision simplifiée applicable à certaines clauses ou parties de la constitution seulement et rendre en revanche obligatoire une procédure de révision renforcée destinée à mieux protéger d'autres dispositions jugées plus fondamentales. Il est même possible, comme le montrent des exemples très nombreux des constitutions à travers le monde, d'interdire purement et simplement la révision de certaines dispositions de la constitution jugées essentielles comme, par exemple, le respect de la démocratie ou les dispositions concernant la garantie des droits fondamentaux ou, au moins, certains d'entre eux jugés inaliénables et devant être maintenus à tout prix (le respect de la dignité humaine par exemple). Cette possibilité, une fois admise, ouvre sur une évolution remarquable du contrôle de constitutionnalité selon une tendance de plus en plus observée dans les processus constitutionnels d'aujourd'hui : le contrôle de

constitutionnalité des lois constitutionnelles par le juge constitutionnel⁹.

LES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

La protection et la garantie des droits et libertés sont devenues un aspect central et même une priorité dans les constitutions modernes. Il ne peut y avoir d'État de droit si celui-ci ne proclame pas les droits et libertés et s'il ne prévoit pas des mécanismes et des procédures appropriés pour les faire respecter. La question de la légitimité des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux apparaît également cruciale et sera traitée ci-dessous.

1. PROTECTION CONSTITUTIONNELLE

Pendant longtemps, on s'est contenté de prévoir une protection des droits et des libertés par la loi. L'objectif était d'assurer d'abord cette protection contre les abus du gouvernement et de l'administration. Aujourd'hui, cela ne suffit plus parce que l'expérience montre que la loi peut, à son tour, être tout aussi dangereuse pour les libertés et cela dans le cas où la majorité parlementaire et le gouvernement qu'elle soutient sont homogènes.

- En premier lieu, il convient de placer les droits et libertés sous la protection de la constitution sous la forme d'un catalogue qui sera généralement situé en tête de celle-ci. Ainsi proclamés, les droits et libertés sont qualifiés de « fondamentaux ». Ils ont « valeur constitutionnelle » obligeant ainsi tous les pouvoirs à les respecter (effet vertical des droits fondamentaux) mais aussi tous les individus (effet horizontal des droits fondamentaux).
- En second lieu, il convient de placer les droits et libertés fondamentaux sous la protection du juge. Cette mission de protection des droits et libertés fondamentaux est au cœur des missions confiées à la justice constitutionnelle et aux juges chargés de la mettre en œuvre à travers notamment le contrôle de constitutionnalité des lois.

2. PROTECTION CONVENTIONNELLE

Il convient par ailleurs de souligner que la proclamation et la garantie constitutionnelles des droits et libertés trouvent de plus en plus aujourd'hui un prolongement au niveau international. À côté de la protection constitutionnelle s'est développée une protection conventionnelle (qui s'appuie sur des conventions et traités internationaux de protection des droits de l'homme) ; une protection d'autant plus efficace

⁹ DRI a publié une note d'information à ce sujet : *Prévenir la dictature : Les garanties constitutionnelles contre les renforcements antidémocratiques du pouvoir*. Voir http://www.democracy-reporting.org/files/bp_29_safeguards.pdf

qu'elle fait intervenir aussi des juridictions, compétentes pour recevoir et examiner les recours des individus, le cas échéant portés directement devant elles. Ces mécanismes internationaux se sont multipliés et se sont progressivement perfectionnés offrant aux individus une protection qui vient compléter, sinon concurrencer la protection constitutionnelle.

Dans le cadre universel, on peut ainsi mentionner l'existence des Pactes des Nations Unies du 16 décembre 1966 proclamant pour l'un, les droits civils et politiques et pour l'autre, les droits économiques, sociaux et culturels. Dans le cadre régional cette fois, il y a lieu de faire mention par exemple de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981. Chacun de ces systèmes s'appuie par ailleurs sur un mécanisme juridictionnel ou quasi juridictionnel de protection en permettant aux individus de saisir les instances compétentes pour faire examiner les plaintes dirigées contre les États membres.

3. COMPLÉMENTARITÉ

Les différents systèmes de protection existant à l'échelon constitutionnel et à l'échelon international doivent être complémentaires et ne pas entrer en concurrence car ceci pourrait créer des conflits difficiles à résoudre. Pour y parvenir, plusieurs pistes peuvent être explorées.

Une solution radicale consiste à conférer aux instruments internationaux de protection de droits de l'homme (ou à certains d'entre eux) une valeur constitutionnelle. C'est la solution retenue par exemple au Bénin dans la Constitution du 11 décembre 1990 dont l'article 7 dispose que : « Les droits et les devoirs proclamés et garantis par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981 par l'Organisation de l'Unité Africaine et ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986 font partie intégrante de la présente Constitution et du Droit béninois ». C'est également la solution adoptée par l'Autriche vis à vis de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ces textes étant dotés de valeur constitutionnelle, ils dépendront quant à leur application de la Cour constitutionnelle qui pourra les utiliser pour contrôler notamment la constitutionnalité des lois et, par ailleurs, les interpréter en combinaison avec les droits et libertés fondamentaux proclamés par la constitution.

Une autre solution, en vigueur en Espagne et en Bolivie par exemple, consiste à introduire une clause de renvoi ou de « correspondance ». Les droits et libertés fondamentaux de nature constitutionnelle doivent être interprétés en conformité avec les droits et libertés garantis par des textes internationaux⁹.

Une autre solution également envisageable est de prévoir une complémentarité entre la constitution et les traités de garantie des droits de l'homme, comme le fait par exemple la Constitution de la République démocratique d'Arménie.¹⁰

Il s'agit là cependant d'une voie moyenne qui n'indique pas en particulier la méthode à suivre en cas de conflit entre un droit fondamental constitutionnel et un droit fondamental conventionnel. Dans ce cas, le rôle du juge apparaît déterminant : ou bien il parvient à résoudre le conflit en s'efforçant de concilier les droits opposés ; ou bien, si cette conciliation est impossible, il doit normalement faire prévaloir la constitution sur le traité, car dans l'ordre juridique interne, la constitution est la norme suprême.

4. LES LIMITATIONS APPORTÉES AUX DROITS FONDAMENTAUX

PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES EN MATIÈRE DE LIMITATION DES DROITS

En principe, aucun droit, aucune liberté ne revêt une portée absolue. Ceci s'explique par l'idée qu'un droit ne doit pas prévaloir systématiquement sur d'autres droits car si c'était le cas, ces derniers n'auraient aucune effectivité.

Les droits et libertés sont « égaux », c'est à dire non hiérarchisés. Ils doivent être reconnus à tous de manière égale et universelle¹¹.

Chaque droit doit trouver dans l'application des autres droits les limites de sa propre application. Ainsi que le précise la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (France), article IV :

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Les droits subjectifs doivent parfois céder le pas devant l'intérêt collectif, les droits de la personne devant ceux de la communauté des individus vivant en société. C'est ici

« Les traités et conventions internationaux ratifiés par l'Assemblée législative plurinationale, qui reconnaissent les droits de l'homme et interdisent leur limitation en cas d'état d'exception, prévalent dans l'ordre intérieur. Les droits et obligations consacrés dans cette constitution-ci, doivent être interprétés conformément aux traités internationaux des droits de l'homme ratifiés par la Bolivie ». (Traduction non-officielle proposée par DRI.)

¹⁰ Celle-ci dispose, en son article 42 :

« Les droits et libertés fondamentaux de l'homme et du citoyen stipulés par la Constitution n'excluent pas d'autres droits et libertés établis par les lois et les traités internationaux ».

¹¹ Un exemple de cette approche est fourni par la Constitution de la République de Bolivie :

« Article 13.I. Les droits reconnus par cette Constitution-ci sont inviolables, universels, interdépendants, indivisibles et évolutifs. L'État a le devoir de les promouvoir, les protéger et les respecter. II. Les droits que cette Constitution proclame ne seront pas entendus comme entraînant la négation d'autres droits non énoncés. III. La classification des droits établie par cette Constitution n'implique pas de hiérarchie ni de supériorité de certains droits sur d'autres ». (Traduction non-officielle proposée par DRI.)

⁹ L'article 13 IV de la Constitution de la République de Bolivie dispose en ce sens :

qu'intervient la prise en considération du respect de l'ordre public ou encore celui de la moralité publique ou de la santé publique. De manière générale seules des considérations liées à l'intérêt général peuvent rendre légitime une restriction des droits et libertés dans certaines circonstances.

Enfin, il faut réserver le cas où un droit est exercé de manière abusive (théorie de l'abus de droit) en vertu de laquelle il est interdit de se prévaloir des différents droits fondamentaux prévus dans un texte en vue de chercher à les abolir ou abolir l'ordre démocratique existant dans un État.

La seule exception concerne un petit nombre de droits dont on peut dire qu'ils sont dotés de force absolue et qui ne peuvent pour cette raison ni être supprimés, ni restreints dans leur application. Ce sont des droits qualifiés pour cette raison d'indérogeables.

Généralement, le consensus se dégage pour mettre dans cette catégorie : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, la prohibition de l'esclavage et la non rétroactivité des lois pénales. Chacun de ces éléments s'impose de manière absolue parce que ce qui est en cause ici c'est le respect de la dignité humaine qui est un principe intangible et absolu.

Tous les systèmes juridiques ayant opté pour des déclarations de droits admettent cette idée; on la retrouve ainsi dans les constitutions nationales des États démocratiques. Il est par ailleurs remarquable que les mêmes règles se retrouvent dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, et cela au niveau régional comme au niveau universel¹².

EXIGENCES FORMELLES

Par ailleurs, dans la mesure où certains droits fondamentaux peuvent être restreint ou limités, certaines exigences doivent néanmoins être observées (c'est l'idée qu'il existe des "contre limites aux limites") :

- les limitations ne peuvent être imposées que par la loi c'est-à-dire être décidées par les représentants élus par le peuple ;
- toute limitation ou restriction apportées à un droit ou une liberté doit demeurer provisoire ;
- toute limitation ou restriction doit être justifiée par la poursuite d'un but légitime (sécurité publique, ordre public, santé publique, moralité publique, etc.) ;

¹² Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Convention interaméricaine des droits de l'homme, Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques.

- la mesure restrictive doit être proportionnée par rapport au but poursuivi ; elle ne doit pas être excessive ni démesurée mais adaptée aux circonstances qui la justifient.

En toute hypothèse, aucune restriction n'est admise juridiquement si elle a pour effet de porter atteinte à la substance même du droit ou de la liberté concernés. Une restriction porte atteinte à la substance d'un droit lorsqu'elle équivaut à le vider de son contenu essentiel.

CLAUSE DE LIMITATION DES DROITS : ARTICLE SPECIFIQUE OU GENERAL?

Les clauses de limitation des droits sont des dispositions qui figurent dans les constitutions et instruments internationaux et qui déterminent à la fois le principe d'une limitation des droits ou des libertés ainsi que les cas et conditions admissibles pour une telle mesure. En règle générale, deux méthodes sont prévues; mais il n'est pas exclu de voir apparaître une combinaison des deux méthodes.

- Soit on introduit à propos de chaque droit ou liberté une disposition spécifique qui prévoit les cas et conditions de limitation. Cette méthode est souvent utilisée dans les instruments internationaux et l'est moins dans les Constitutions¹³.
- Néanmoins, on observe également que ces clauses de limitation à chaque droit ou liberté n'apparaissent pas toujours de manière systématique. Cela ne signifie pas que le droit ou la liberté en question ne peut pas être restreint. La limitation est alors implicite, ne serait-ce que pour garantir la nécessaire conciliation à opérer entre deux droits ou libertés contradictoires (par exemple, la nécessité de combiner liberté d'expression et droit au respect de la vie privée).
- Soit la clause de limitation est formulée de manière générale et dans une disposition à part du texte. Il

¹³ Par exemple, on la voit figurer dans le Pacte des Nations Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, article 12 §3:

« Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte ».

Dans la Convention européenne des droits de l'homme, ex. article 9 :

« Liberté de pensée, de conscience et de religion 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

On en trouve trace également dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ex. article 11:

« Toute personne a le droit de se réunir librement avec d'autres. Ce droit s'exerce sous la seule réserve des restrictions nécessaires édictées par les lois et règlements, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté d'autrui, de la santé, de la morale ou des droits et libertés des personnes ».

convient alors d'interpréter chaque droit ou liberté à la lumière de cette disposition générale. C'est la méthode suivie par la plupart des constitutions et parfois par certains instruments internationaux¹⁴.

S'agissant des constitutions, une telle clause de portée générale apparaît dans les exemples suivants :

Afrique du Sud :

Article 36 : Limitation des droits

- 1) Les droits énoncés dans la Déclaration des droits peuvent être limité en termes de loi d'application générale dans la mesure où la restriction est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, en tenant compte de tous les facteurs pertinents, y compris
 - a) la nature du droit;
 - b) l'importance de l'objectif de la limitation;
 - c) la nature et l'étendue de la limitation;
 - d) la relation entre la limitation et son objectif;
 - e) et des moyens moins restrictifs pour atteindre l'objectif visé.
- 2) Sauf dans les cas prévus au paragraphe (1) ou dans toute autre disposition de la Constitution, aucune loi ne peut limiter un droit instauré dans la déclaration des droits¹⁵.

Arménie :

Article 43 : Les droits et libertés fondamentaux de l'homme et du citoyen inscrits aux articles 23 à 25, 27, 28 à 30, 30.1, 32, alinéa 3 ne peuvent être restreints que par la loi, si, dans une société démocratique, cela est nécessaire à la sécurité nationale, au maintien de l'ordre public, à la prévention des crimes, à la protection de la santé et de la moralité publiques, des droits et libertés constitutionnels, ainsi que de l'honneur et de la bonne réputation d'autrui.

Les restrictions aux droits et libertés fondamentaux de l'homme et du citoyen ne peuvent aller au-delà du cadre fixé par les engagements internationaux de la République d'Arménie.

Article 44 : Certains droits et libertés fondamentaux de l'homme et du citoyen, à l'exception de ceux inscrits aux articles 15, 17 à 22 et 42 de la Constitution, peuvent être restreints temporairement, selon les modalités fixées par la loi, en cas de proclamation de la loi martiale ou de l'état d'urgence, dans la mesure des dérogations aux obligations lors des situations d'urgence prévues par les engagements internationaux.

On observera que cette formulation est intéressante dans la mesure où la différence est bien faite dans ces clauses générales entre, d'une part, les droits et libertés qui peuvent faire l'objet de restrictions ou limitations et, d'autre part, ceux qui, même en cas de survenance de circonstances exceptionnelles, ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation (comme le droit à la vie, la présomption d'innocence, le droit au recours, etc.)¹⁶.

- Dans certains exemples, les deux méthodes peuvent être combinées et utilisées alternativement. C'est le cas notamment dans la Constitution sud-africaine de 1996. Aux termes de sa section 7 §3. (Rights) :

« Les droits énoncés dans la Déclaration des droits peuvent faire l'objet des limitations figurant à l'article 36 ou mentionnées ailleurs dans le présent texte ».

On peut, en premier lieu, avancer qu'en prévoyant des dispositions propres à chaque droit, on souhaite mieux encadrer les pouvoirs d'interprétation du juge chargé de mettre en œuvre le droit ou la liberté concernée.

Inversement, c'est dans un souci de simplification et de clarté que sont généralement introduites les clauses générales de limitation des droits. Cet objectif a été mis en avant par les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; ceux-ci ont estimé devoir se départir de la méthode utilisée lors de la rédaction de la Convention européenne des droits de l'homme en 1950 (pour laquelle avait prévalu la méthode de limitation à chaque droit ou liberté), qu'ils jugeaient trop complexe. D'où la clause générale de limitation des droits introduite dans l'article 52 §1^{er} de la Charte. L'avantage que présente aussi la clause générale de limitation des droits est de faire masse de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux en leur appliquant à tous les mêmes principes ou règles de restriction sans distinguer entre les droits civils et politiques (droits de la première génération), les droits économiques, sociaux et culturels (droits de la deuxième génération), et enfin ceux que l'on appelle les droits de la « troisième génération » comme par exemple les droits liés à la protection de l'environnement.

¹⁴ Par exemple la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

« Article 52 - Portée et interprétation des droits et des principes :

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁵ Traduction non officielle proposée par DRI.

¹⁶ Par exemple la charte canadienne des droits et libertés :

« 1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

CONCLUSION

La perception de la constitution en tant que loi fondamentale de l'État a été considérablement bouleversée au cours des dernières décennies sous l'effet de la montée en puissance du nouveau constitutionnalisme.

Émanation du peuple souverain – telle est du moins la conception classique qui s'est imposée à partir du XVIIIe siècle – la constitution s'est « rapprochée » du peuple et des citoyens par l'effet d'un mouvement d'accaparement progressif qui a considérablement changé la donne démocratique. Auparavant, la constitution était davantage donnée au peuple qui ne participait pas ou peu à son processus d'élaboration. Aujourd'hui, au contraire, l'intervention et l'implication des citoyens s'exercent très en amont du processus constituant.

La constitution a aussi d'une certaine manière changé de nature et de portée ; et là encore, cela a grandement contribué à « rapprocher » la constitution des citoyens. Non seulement son contenu s'est étoffé, la constitution s'est « densifiée » devenant une règle de droit précise, complète et directement opératoire, applicable. Mais encore, elle prend en considération, et ce directement, les « intérêts » immédiats des citoyens en leur reconnaissant des droits et libertés fondamentaux et en leur offrant des garanties appropriées pour les faire respecter. Leurs « droits » sont ainsi mieux défendus, en particulier contre la puissance et les pouvoirs publics, contre lesquels les possibilités concrètes d'action en justice ont été renforcées sous l'effet de la montée en puissance de la Justice constitutionnelle.

Il s'agit là, à n'en pas douter, d'un élément majeur qui fait la particularité du constitutionnalisme des temps modernes : la Justice constitutionnelle a fait franchir un saut qualitatif décisif à l'État de droit. Au point qu'il n'est plus concevable à l'heure actuelle que l'État de droit se passe du renfort d'un système de justice constitutionnelle efficace, performant et accessible aux citoyens. En donnant « un bras armé » à la constitution, la Justice constitutionnelle a, de manière décisive, contribué à faire quitter la constitution de la « stratosphère du droit » pour la faire pénétrer dans l'environnement immédiat, voire quotidien des citoyens.

Democracy Reporting International (DRI) est une organisation à but non-lucratif, indépendante et non partisane, ayant son siège à Berlin, en Allemagne. DRI soutient la participation politique des citoyens, ainsi que la redevabilité des organes gouvernementaux et le développement d'institutions démocratiques dans le monde entier. DRI appuie les processus locaux de promotion du droit universel des citoyens à participer à la vie politique de leur pays, conformément à ce qui est stipulé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<http://www.democracy-reporting.org>

contact:

info@democracy-reporting.org

Democracy Reporting International

Schiffbauerdamm 15

10117 Berlin / Germany

T / +49 30 27 87 73 00

F / +49 30 27 87 73 00-10

info@democracy-reporting.org

www.democracy-reporting.org