

**La notion de déférence des juridictions constitutionnelles envers les branches politiques
du pouvoir : approche comparée**

Léa BOINNARD, doctorante en droit public à l'Université Picardie Jules Verne
Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique, épistémologie et
sciences sociales (CURAPP-ESS)

À la suite de manifestations importantes en 2019, une assemblée constituante s'est réunie au Chili en 2021 afin d'élaborer une nouvelle Constitution. Le texte proposé, finalement rejeté par référendum le 4 septembre 2022, prévoyait une obligation de déférence de la Cour constitutionnelle envers le législateur, matérialisée par une présomption de constitutionnalité des lois¹. Si le projet constitutionnel chilien et son rejet ne sont pas l'objet de cette présentation, l'inscription de la notion de déférence dans un texte à vocation constitutionnelle, dans un pays où la juridiction constitutionnelle est souvent jugée trop politique², révèle la persistance de l'intérêt pour cette technique d'interprétation constitutionnelle.

La notion de « déférence », peu présente dans la doctrine constitutionnaliste française, s'inscrit dans les nombreux débats entourant le rôle de la justice constitutionnelle dans une démocratie. Ce terme, largement utilisé en droit anglo-saxon³, renvoie au « choix d'un acteur juridique de donner une forme de considération ou d'importance à la décision d'un autre acteur dans l'exercice de ses propres fonctions⁴ ». Il ne s'agit pas de déléguer entièrement la prise de décision, mais d'accorder plus de poids au jugement de l'autre acteur qu'on ne le ferait habituellement, en considérant qu'il dispose d'une légitimité ou d'une compétence supérieure en la matière. La notion de déférence est particulièrement étudiée dans son versant juridictionnel, c'est-à-dire lorsque le juge défère à l'interprétation d'un autre acteur (le législateur, l'administration, des scientifiques...). Aux États-Unis, la déférence due aux agences dans l'interprétation des dispositions législatives constitue par exemple une technique de contrôle centrale de l'action administrative⁵. Il en va de même, au Canada, pour la plupart des

¹ *Proyecto de Constitución Política de la República de Chile*, Article 377.

² Voir par exemple certaines critiques du Tribunal constitutionnel chilien : R. Saldivia, « El Tribunal Constitucional y su tensión con la Democracia chilena: algunas propuestas de superación », *Diario Constitucional* [en ligne], 28 mai 2018. URL : <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-tribunal-constitucional-y-su-tension-con-la-democracia-chilena-algunas-propuestas-de-superacion/>, consulté le 26 mai 2023 ; C. S. Fuentes, « Un pequeño monstruo llamado Tribunal Constitucional », *Ciper* [en ligne], 4 avril 2018. URL : <https://www.ciperchile.cl/2018/04/04/un-pequeno-monstruo-llamado-tribunal-constitucional/>, consulté le 26 mai 2023.

³ G. Lawson et G. Seidman, *Deference. The Legal Concept and the Legal Practice*, New York, Oxford University Press, 2020, p. 1.

⁴ *Ibid*, p. 81. Sauf indication contraire, les traductions sont celles de l'autrice.

⁵ Cour suprême des États-Unis, *Chevron v. National Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

actions de l'administration, à moins que le législateur n'ait explicitement prévu un degré de contrôle différent ou qu'une question juridique majeure ne soit en jeu⁶. La restriction du contrôle du juge administratif français sur la qualification juridique des faits à l'erreur manifeste d'appréciation peut également être perçue comme une forme de déférence. S'agissant de l'exercice du contrôle de constitutionnalité, la déférence se manifeste par la considération particulière que le juge apporte aux choix opérés par les organes concevant ou exécutant les décisions politiques dans son examen, à savoir les pouvoirs exécutifs et législatifs. C'est ce type de déférence qui retiendra ici notre attention.

L'approche de droit comparé apparaît particulièrement propice à l'étude de la notion de déférence. D'une part, car le cadre théorique provient essentiellement de la doctrine anglo-saxonne, où ce phénomène a eu une importance particulière. D'autre part, car l'étude de la jurisprudence de différentes cours permet de comparer les choix opérés concernant le degré de contrôle juridictionnel, leur évolution selon les domaines ou les contextes, ainsi que les contraintes textuelles qui peuvent éventuellement peser sur ces choix. Néanmoins, en raison de l'importance des questions que soulèvent ce phénomène, l'étude mentionnera essentiellement des exemples issus des États-Unis, du Canada et de la France. Le choix des deux pays nord-américains se justifie par l'importance des développements concernant la notion de déférence dans la jurisprudence et dans la doctrine, ainsi que par les approches différentes adoptées par leurs juridictions. Par ailleurs, le cadre théorique de la déférence, bien que moins développé en France, apporte toutefois un éclairage intéressant sur le rôle du Conseil constitutionnel.

L'approche comparée justifie plusieurs choix sémantiques. La notion de branches politiques, largement utilisée par la doctrine et les juridictions américaines, permet de distinguer le pouvoir judiciaire des pouvoirs exécutif et législatif⁷. Par ailleurs, le juge constitutionnel est défini ici largement, pour désigner les juridictions amenées à contrôler la conformité de normes à la Constitution. Dans les pays où le contrôle de constitutionnalité est diffus, bien qu'il puisse s'agir de tout juge, une attention particulière est portée aux juridictions suprêmes car leur jurisprudence est révélatrice des évolutions du droit. En France, il s'agit essentiellement du Conseil constitutionnel, bien que la jurisprudence du Conseil d'État, qui interprète également la Constitution, présente un intérêt certain pour l'étude de cette notion. Enfin, la répartition entre les pouvoirs exécutif et législatif variant selon les États, la notion de « législateur » peut renvoyer dans la jurisprudence à diverses entités. En France, l'exécutif prend par exemple une part importante à l'élaboration de la loi. Dans les États fédéraux comme les États-Unis et le Canada, les cours peuvent renvoyer au législateur aussi bien fédéral qu'étatique.

Étudier la déférence accordée par le juge constitutionnel aux branches politiques du pouvoir revient à questionner l'intensité du contrôle de constitutionnalité opéré. Le degré de contrôle, ainsi que ses variations, semblent intrinsèquement liés à la manière dont les juridictions constitutionnelles perçoivent leur place parmi les institutions démocratiques, ou dont elles appréhendent leur légitimité⁸. Évaluer la déférence présente néanmoins certaines

⁶ Cour suprême du Canada, *Ministre de la citoyenneté et de l'immigration c. Vavilov*, [2019] 4 RCS 653.

⁷ Pour une explication critique de cette notion, voir : I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, p. 18, note 85.

⁸ *Ibid.*, 767 p.

difficultés, dès lors que les juridictions ne mentionnent pas toujours explicitement cette expression dans leur jugement – bien qu’elles le fassent régulièrement. S’en tenir à une définition restrictive de la notion se limitant à son emploi formel par les juridictions mènerait à occulter d’autres formes de considérations pour les branches politiques du pouvoir⁹ et de variations consécutives du degré de contrôle perceptibles dans les décisions juridictionnelles. Ainsi, en retenant une définition large, la déférence peut se constater par une absence de contrôle juridictionnel¹⁰, mais également par un contrôle plus restreint ou superficiel, ou encore un examen limité des faits ayant mené à la décision¹¹.

On peut alors s’interroger sur le fonctionnement et les effets de ce mécanisme de décision juridictionnelle. Sa mobilisation semble a priori permettre l’exercice d’un contrôle de constitutionnalité respectueux des choix politiques de la majorité et dès lors contribuer à renforcer la légitimité même du juge constitutionnel. Néanmoins, les tendances récentes invitent à modérer ce constat. La notion de déférence apparaît parfois instrumentalisée par les juridictions ou par les juges dans leurs opinions dissidentes. La variation du contrôle selon les domaines pose également question quant aux risques de restrictions dans la garantie des droits fondamentaux. L’étude de différents pays permet ainsi de mettre en lumière les différents visages de ce phénomène, ainsi que ses limites.

Ainsi, alors même que le contrôle de constitutionnalité a eu tendance à se renforcer dans la plupart des États, au nom notamment de la garantie de l’État de droit et de la protection des droits fondamentaux¹², la pratique juridictionnelle de la déférence est préservée, voire accentuée dans certains domaines¹³. Si le phénomène en lui-même n’entraîne pas nécessairement de menaces pour la garantie des droits, l’absence de cadre précis entourant cette technique de contrôle de constitutionnalité présente certains dangers. La différence dans sa mobilisation par les juridictions selon les pays et les périodes présente ainsi un risque d’instrumentalisation portant atteinte à la garantie de l’État de droit.

La notion de déférence et sa mobilisation juridictionnelle, qui sont ancrées dans la pratique du contrôle de constitutionnalité, présentent en théorie certaines vertus démocratiques (I). Néanmoins, l’instrumentalisation de cette notion dans certains contextes pourrait porter atteinte à la garantie des droits constitutionnels (II).

⁹ A. Shelton et A. Sanders, « A Story of Judicial Deference to the Will of the People », *New York University Journal of Law and Liberty*, vol. 15, n°1, 2021, p. 56.

¹⁰ Cet aspect n’est pas inclus dans toutes les définitions (voir par exemple son exclusion par D. J. Solove, « The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights », *Iowa Law Review*, vol. 84, 1999, p. 941-1023), mais nous l’intégrerons, à l’instar de G. Lawson et G. I. Seidman, *op. cit.*

¹¹ Voir D. J. Solove, *op. cit.*, p. 941-1023.

¹² Voir J. Chevallier, *L’État de droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 6^e éd., 2017, 160 p.

¹³ A. Shelton et A. Sanders, *op. cit.*, p. 55-105.

I. LES VERTUS DÉMOCRATIQUES D'UN PHÉNOMÈNE ANCRÉ DANS LA PRATIQUE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

La déférence est un phénomène ancré dans la pratique de certains juges et souhaité par une partie de la doctrine. Deux séries de motifs sont généralement avancés pour la justifier¹⁴. Les premiers sont d'ordre épistémique, c'est-à-dire qu'ils renvoient à la compétence technique, scientifique supérieure de l'autorité à laquelle la déférence est accordée. Cette justification, moins souvent mobilisée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, ne sera pas détaillée ici. La justification principale concernant le contrôle de constitutionnalité renvoie ainsi à des considérations démocratiques, à savoir la nécessité pour le juge constitutionnel de respecter la séparation des pouvoirs (A), ainsi que la préoccupation du juge pour sa propre légitimité (B).

A. Une position justifiée par la séparation des pouvoirs

La déférence juridictionnelle envers les pouvoirs législatif et exécutif renvoie à la conception même de la séparation des pouvoirs. Cette justification trouve sa source dans les questionnements classiques entourant le risque d'empiètement du juge constitutionnel sur les fonctions des branches politiques (1), et est régulièrement mobilisée par les juridictions elles-mêmes (2).

1. *Éviter l'empiètement du juge sur les pouvoirs législatif et exécutif*

La possibilité d'une censure constitutionnelle d'une loi ou d'un acte émanant du pouvoir exécutif et les risques qu'elle présente pour la démocratie ont été largement questionnés et débattus¹⁵. La déférence constitue l'une des réponses apportées à ces problématiques. En exerçant un contrôle limité et en tenant compte de l'expression de volonté émise par les branches politiques, le juge constitutionnel ne substituerait ainsi pas sa propre appréciation à celle des représentants élus. La déférence permettrait donc de limiter le risque de « gouvernement des juges¹⁶ », accentué par le caractère final et difficilement renversable des décisions du juge constitutionnel. Et ce d'autant plus que son pouvoir d'interprétation est large car les textes constitutionnels sont généralement formulés en des termes relativement généraux ou vagues.

James Bradley Thayer, l'un des premiers auteurs américains à avoir théorisé la déférence du juge constitutionnel, considérait ainsi que dès lors que la Constitution peut généralement être interprétée de différentes manières, il ne revient pas au juge mais au législateur de

¹⁴ P. Horwitz, « Three Faces of Deference », *Notre Dame Law Review*, vol. 83, n°3, 2008, p. 1072. V. également G. Lawson et C. D. Moore, « The Executive Power of Constitutional Interpretation », *Iowa Law Review*, vol. 81, n°7, 1996, p. 1278-79 où les auteurs utilisent cette distinction.

¹⁵ Cette question a fait l'objet de nombreux travaux dont il est impossible de synthétiser ici la richesse. Voir par exemple : L. Favoreu, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, vol. 2, n°64, 1991, p. 154-158. Pour une position critique du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis : M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, 242 p.

¹⁶ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard & Cie, 1921, 276 p.

trancher¹⁷. C'est pourquoi le juge constitutionnel ne devrait pouvoir écarter une disposition inconstitutionnelle qu'à condition que la violation de la Constitution « ne laisse place à aucun doute raisonnable¹⁸ », formule empruntée au juge Tilghman¹⁹. Les juges ne sauraient ainsi tenir compte de leur propre opinion sur la constitutionnalité de l'acte, car cela dépasserait le rôle qui leur est octroyé par l'ordonnement des pouvoirs constitutionnels. La censure d'une loi est ainsi limitée aux cas d'abus manifestes de la part du législateur.

Cette vision de la séparation des pouvoirs a fondé l'opinion dissidente du juge Holmes à la célèbre décision *Lochner* de la Cour suprême américaine²⁰, qui est restée une référence dans la conception du rôle du juge aux États-Unis²¹. Dans cette affaire, la Cour avait censuré, sur le fondement de la liberté contractuelle, des dispositions d'une loi étatique imposant une limite au temps de travail dans les boulangeries. Dans son opinion, le juge Holmes avait estimé que la Cour empiétait sur la compétence des branches politiques du pouvoir, en substituant la préférence politique de ses membres concernant les choix économiques à celle des représentants élus²². Cette idée a ensuite été reprise par les nombreux juges et auteurs prônant la déférence juridictionnelle²³.

La préoccupation pour le respect par le juge constitutionnel de la séparation des pouvoirs a également été centrale dans la construction du contrôle de constitutionnalité au Canada, notamment à partir du rapatriement de la Constitution en 1982²⁴. L'adoption subséquente de la Charte des droits et libertés a modifié la place de la Cour suprême dans les institutions, le pouvoir judiciaire étant désormais amené à trancher des « questions sociales et politiques qui découlent de la mise en œuvre des libertés fondamentales garanties par ce texte constitutionnel²⁵ ». Les États-Unis représentant un contre-modèle en la matière²⁶, la Charte intègre explicitement des dispositions qui permettent au législateur d'avoir un poids particulier dans l'interprétation des droits et libertés fondamentaux. D'une part, son article premier prévoit que des restrictions peuvent être apportées aux droits garantis à condition que celles-ci émanent « d'une règle de droit, dans des limites qui y sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». D'autre part, l'article 33 crée un mécanisme original permettant de déroger provisoirement à certaines dispositions de la Charte (à l'exception de droits considérés comme indérogeables). Cette « clause dérogatoire », qui représente en elle-même un moyen pour les branches politiques de contrebalancer le pouvoir des cours, n'est toutefois que très rarement utilisée. L'usage et la défense de la déférence au

¹⁷ J. B. Thayer, « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, vol. 7, n°3, 1893, p. 129-156.

¹⁸ *Ibid.*, p. 144.

¹⁹ Cour suprême de Pennsylvanie, *Commonwealth ex re. O'Hara v. Smith*, 4 Binn. 117, 123 (1811).

²⁰ Cour suprême des États-Unis, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

²¹ D. J. Solove, *op. cit.*, p. 949.

²² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905), *op. cit.*

²³ V. par exemple P. Horwitz, *op. cit.* pour une approche doctrinale, ou l'opinion dissidente du juge Antonin Scalia dans la décision de la Cour suprême des États-Unis, *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

²⁴ Le rapatriement de la Constitution marque la possibilité pour le Canada de modifier sa Constitution sans l'accord du Royaume-Uni.

²⁵ D. Jutras, « Le rôle constitutionnel de la Cour suprême du Canada : autoportrait », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°24 (Dossier : Canada), 2008, p. 67.

²⁶ *Ibid.*

Canada se sont ainsi inscrits dans un cadre plus encadré par la Constitution, fondant la jurisprudence des cours en la matière²⁷.

La préoccupation pour la séparation des pouvoirs est également centrale dans l'histoire du contrôle de constitutionnalité français, en raison du légicentrisme qui irriguait la conception française de la démocratie. Elle a ainsi justifié l'instauration tardive d'un contrôle de constitutionnalité des lois, ainsi que les moyens initialement limités conférés au Conseil constitutionnel lors de sa création.

La séparation des pouvoirs est ainsi au cœur de la défense de la déférence, qu'elle soit théorique ou présente dans les normes constitutionnelles elles-mêmes. Les juridictions se sont par ailleurs saisies de cette considération, comme le démontrent certains exemples dans la jurisprudence.

2. *Des manifestations jurisprudentielles de cette préoccupation*

Le respect du pouvoir du Parlement et du Gouvernement se constate dans plusieurs exemples de manifestation de déférence par les juridictions, qu'il s'agisse du refus de contrôler certaines dispositions ou de la pratique d'un contrôle restreint.

Concernant le refus du contrôle tout d'abord, l'exemple le plus classique est celui de la doctrine des questions politiques aux États-Unis (*political questions doctrine*)²⁸. En effet, la Cour suprême des États-Unis a exclu certains domaines du contrôle de constitutionnalité au motif qu'il revenait au seul pouvoir politique de trancher ces questions²⁹. Dans la décision *Baker v. Carr*, qui a apporté des précisions sur ses critères d'application, la Cour mentionne explicitement la séparation des pouvoirs comme justification à l'exemption de contrôle juridictionnel³⁰. Ainsi, ce motif est régulièrement cité dans les arrêts, la Cour considérant par exemple que les décisions de la Garde nationale relèvent d'un domaine que la Constitution a entendu confier uniquement aux branches politiques³¹, estimant même que « le pouvoir de surveillance et de contrôle de la force militaire par les représentants élus et les fonctionnaires sous-tend l'ensemble du système constitutionnel³² ». La séparation des pouvoirs fonde également le refus d'examen de la constitutionnalité d'une procédure d'*impeachment*, la Cour jugeant que la Constitution confère ce pouvoir au seul Sénat, sans recours juridictionnel possible³³. Enfin, dans la récente affaire *Rucho*³⁴, la Cour a refusé de contrôler les pratiques de « *gerrymandering* », découpages électoraux partisans, au motif le découpage électoral relève de la compétence du Congrès et que le pouvoir judiciaire ne peut interférer dans ce domaine.

²⁷ G. Davidov, « The Paradox of Judicial Deference », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n°2, 2001, p. 133.

²⁸ Voir : C. Saunier, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, États-Unis, France*, Paris, LGDJ, 2023, 552 p.

²⁹ E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, Wolters Kluwer, 6^e éd., 2019, p. 140.

³⁰ Cour suprême des États-Unis, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 210 (1961).

³¹ Cour suprême des États-Unis, *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973).

³² *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 11 (1973), *op. cit.*

³³ Cour suprême des États-Unis, *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224, 229-236 (1993), *op. cit.*

³⁴ Cour suprême des États-Unis, *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ___ (2019).

La doctrine des questions politiques est souvent mise en parallèle avec celle des « actes de gouvernement » mobilisée par le juge administratif français pour refuser de contrôler certains actes qu'il estime de la compétence exclusive du gouvernement³⁵. Malgré la limitation de son usage, le Conseil d'État refuse encore de contrôler la validité de certains actes liés à la conduite des relations internationales ou qui concernent les rapports de l'exécutif avec les autres pouvoirs publics constitués. Il a par exemple jugé que le choix des juges à la Cour pénale internationale était un acte de gouvernement³⁶, tout comme l'exercice de certains pouvoirs constitutionnels par le Gouvernement comme la dissolution de l'Assemblée nationale³⁷ ou l'usage de l'article 16 de la Constitution³⁸.

Par ailleurs, les juridictions constitutionnelles choisissent parfois d'exercer un contrôle particulièrement limité afin de ne pas empiéter sur les compétences des autres branches du pouvoir. C'est le cas notamment dans le domaine militaire et dans celui des affaires étrangères en général³⁹. Dans sa décision *Rostker*, qui portait sur la constitutionnalité du refus d'engager des femmes dans l'armée, la Cour suprême américaine considère ainsi que « l'autorité du Congrès sur la défense nationale et les affaires militaires (...) est probablement le domaine dans lequel (elle) accorde la plus grande déférence à l'égard du Congrès⁴⁰ ». Elle estime que la compétence du Congrès découle « explicitement » de son pouvoir de gestion de l'armée conféré par l'article I^{er}, section 8, clause 12-14 de la Constitution⁴¹. Ce degré de déférence est repris dans la décision *Rumsfeld* dans laquelle la Cour valide une disposition législative qui pénalisait l'obstruction de recrutement militaire par certaines écoles de droit pour dénoncer les discriminations opérées envers les femmes⁴². C'est enfin au nom de la déférence accordée aux branches politiques en matière d'affaires étrangères que la Cour a longtemps fait preuve d'une déférence poussée sur les questions migratoires, considérant que le Congrès, puis l'exécutif, bénéficiaient de « pouvoirs pléniers » en la matière⁴³. Un contrôle particulièrement restreint a ainsi mené la Cour à valider l'internement par le gouvernement de personnes d'origine japonaise pendant la seconde guerre mondiale⁴⁴.

La Cour suprême canadienne a, pendant longtemps, également manifesté une déférence importante sur ce fondement envers les branches politiques du pouvoir, bien que celle-ci se soit ensuite amoindrie⁴⁵. La préoccupation pour la séparation des pouvoirs persiste néanmoins dans les décisions du juge constitutionnel, et apparaît particulièrement dans certaines opinions séparées. Elle concerne notamment l'interprétation qui est faite de l'atteinte raisonnable aux droits permise par l'article 1^{er} de la Charte⁴⁶. C'est sur ce fondement que la Cour a jugé

³⁵ Voir notamment : E. Carpentier, « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA*, n°14, 2015, p. 799-805.

³⁶ CE, sect., 28 mars 2014, *M. de Baynast*, n° 373064.

³⁷ CE, 20 févr. 1989, *Allain*, n°98538.

³⁸ CE, ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, n°55049.

³⁹ P. Horwitz, *op. cit.*, p. 1081.

⁴⁰ Cour suprême des États-Unis, *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57, 64-65 (1981).

⁴¹ *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57, 65 (1981), *op. cit.*

⁴² Cour suprême des États-Unis, *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights*, 547 U.S. 47 (2006).

⁴³ S.H. Legomsky, « Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power », *The Supreme Court Review*, vol. 1984, 1984, p. 255-307.

⁴⁴ Cour suprême des États-Unis, *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944).

⁴⁵ D. Jutras, *op. cit.*

⁴⁶ G. Davidov, *op. cit.*, p. 133.

raisonnable l'atteinte portée aux droits fondamentaux par une loi réglementant l'ouverture des commerces le dimanche⁴⁷. Elle avait en effet estimé que « les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation⁴⁸ ». La Cour suprême a néanmoins progressivement nuancé sa jurisprudence. Dans la décision *RJR – Macdonald Inc. c. Canada*⁴⁹, elle estime que la déférence ne doit pas aller trop loin, et que si « le respect accordé au Parlement peut varier en fonction du contexte social, (...) il ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la Charte lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables⁵⁰ ». Le juge La Forest, dans son opinion concurrente, regrettait néanmoins que l'opinion majoritaire n'ait pas accordé plus de poids au jugement du législateur et à la nécessité de ne pas empiéter sur son pouvoir⁵¹.

En France, il est moins aisé de constater les marques de déférence ou les débats que suscite le degré de contrôle dans les décisions du Conseil constitutionnel. En effet, le Conseil est une juridiction plus récente, dont le pouvoir est moins étendu que celui des cours suprêmes nord-américaines. De plus, ses décisions sont peu motivées et ne comportent pas d'opinions séparées. Cependant, il est tout de même possible de constater que la question de la séparation des pouvoirs a été centrale dans la jurisprudence constitutionnelle. La célèbre formule de la décision *IVG*, selon laquelle le Conseil ne dispose pas « d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement⁵² », témoigne du respect envers le pouvoir législatif. Les propos du rapporteur François Goguel, cités dans le compte-rendu des délibérations, témoignent d'ailleurs de la considération accordée à l'action du Parlement dans l'examen de la loi⁵³. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'autres expressions, telles que « il est loisible au législateur⁵⁴ » ou « il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies⁵⁵ », témoignent de l'intérêt porté au respect de la séparation des pouvoirs.

Ainsi, les juges constitutionnels ont tous tenu compte d'une certaine idée de la séparation des pouvoirs et accordé aux branches politiques une marge de manœuvre importante dans certains domaines sur ce fondement. Néanmoins, une autre préoccupation a probablement encore plus marqué le choix de l'intensité du contrôle opéré, celle de la préservation de la légitimité du juge face à la volonté majoritaire.

⁴⁷ Cour suprême du Canada, *R. c. Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 RCS 713.

⁴⁸ *Ibid.*, §147.

⁴⁹ Cour suprême du Canada, *RJR – Macdonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 RCS 199.

⁵⁰ *Ibid.*, §205. La citation est issue de la traduction française officielle, mais la version anglaise mentionne explicitement le terme de déférence.

⁵¹ *Ibid.*, Opinion dissidente La Forest J., §69.

⁵² Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, §1.

⁵³ Cons. const., Compte rendu de la séance du 14 janv. 1975, p. 1 : « il me semble que notre examen de la loi doit tenir compte des conditions satisfaisantes dans lesquelles cette loi a été discutée par ceux qui en avaient la responsabilité et qui ont assumé cette responsabilité dans des conditions fort honorables à la fois pour eux et pour nos institutions ».

⁵⁴ Par exemple : Cons. const., décision n°86-217 DC du 18 sept. 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, §4.

⁵⁵ Cons. const., décision n°2020-811 DC du 21 déc. 2020, *Loi organique relative aux délais d'organisation des élections législatives et sénatoriales partielles*, §4.

B. Un phénomène garant de la légitimité démocratique du juge constitutionnel

La préservation de la légitimité du juge est intrinsèquement liée à la séparation des pouvoirs. Elle peut toutefois être étudiée de manière indépendante car elle entraîne une prise en compte de considérations plus générales sur l'importance pour le juge de préserver son pouvoir face à l'opinion majoritaire. Comme le soulignait le juge Frankfurter dans son opinion dissidente de la décision *Baker*, « l'autorité de la Cour qui ne possède ni la bourse ni l'épée repose en dernier ressort sur la confiance continue du public à travers son approbation morale. De tels sentiments doivent être nourris par le détachement complet de la Cour en apparence et en fait à l'égard de toute compromission politique ainsi que par le renoncement à se projeter dans les conflits politiques⁵⁶ ». La déférence pourrait ainsi constituer un moyen de préserver cette légitimité face à la « difficulté contre-majoritaire », selon laquelle le concept de contrôle de constitutionnalité s'opposerait par nature à la volonté de la majorité en permettant une censure des lois adoptées par ses représentants⁵⁷. Les positions déférentes des juges sont ainsi souvent justifiées par la nécessité de ne pas s'opposer à la « volonté du peuple » (1). C'est pourquoi cette déférence est accentuée dans des domaines considérés comme « sensibles » (2).

1. La nécessité de préserver la légitimité du juge face à la « volonté du peuple »

Les juges constitutionnels manifestent régulièrement leur volonté de ne pas s'opposer démesurément à la volonté du peuple, ou de la majorité, exprimée notamment par ses représentants⁵⁸. Il peut s'agir d'une initiative du juge percevant son rôle comme secondaire face à la volonté du peuple, mais elle constitue également parfois une réponse à des menaces ou pressions exercées sur des juridictions jugées trop activistes⁵⁹.

Cette question s'est avérée centrale dans l'histoire de la Cour suprême aux États-Unis⁶⁰. En témoigne notamment le célèbre revirement de jurisprudence opéré par la Cour à partir des années 1930 mettant fin à « l'ère *Lochner* ». À partir de cette décision⁶¹, la Cour avait invalidé plusieurs législations sociales étatiques, nourrissant d'importantes critiques. À l'arrivée du président Roosevelt au pouvoir, celui-ci entreprit de mener une politique sociale au niveau fédéral dans le cadre du *New Deal*. Eu égard à l'obstacle que constituait alors cette jurisprudence, il envisagea une réforme de la Cour augmentant le nombre de ses membres, ce qui lui aurait permis de renforcer son influence au sein de celle-ci. Quelques temps après, la Cour choisit de revenir sur la jurisprudence *Lochner*, validant une loi de l'État de Washington qui prévoyait un salaire minimum⁶². Cette décision a été analysée comme une réponse de la

⁵⁶ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 267 (1961), *op. cit.*, trad. I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁷ A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, 2^e éd., p. 17.

⁵⁸ P. Horwitz, *op. cit.*, p. 1082.

⁵⁹ M. A. Bailey, *The Constrained Court: Law, Politics, and the Decisions Justices Make*, Princeton : Princeton University Press, 2011, p. 3.

⁶⁰ Voir I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, *op. cit.*, Partie I, Titre I, p. 135-234.

⁶¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), *op. cit.*

⁶² Cour suprême des États-Unis, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

Cour aux menaces pesant sur elle, le projet de réforme jouant alors un rôle de rappel à l'ordre de l'absence de légitimité de la Cour pour faire obstacle à une politique décidée par les représentants du peuple⁶³.

À partir des années 1950 sous la « Cour Warren », cette déférence sur les questions économiques s'est accompagnée d'un contrôle approfondi sur la liberté individuelle⁶⁴. Dans la « note n°4 » de la décision *U.S. v. Carolene Products Co*⁶⁵, la Cour explique que lorsque certains droits fondamentaux sont en cause, elle doit « jouer son rôle de censeur de la majorité⁶⁶ », en exerçant un contrôle renforcé (*strict scrutiny*). Cette évolution a joué un rôle central aux États-Unis, par la remise en cause de la ségrégation raciale⁶⁷ ou la reconnaissance de certains droits fondamentaux comme le droit à l'avortement⁶⁸ et le mariage pour les personnes de même sexe⁶⁹. Néanmoins, le caractère légitime de certaines de ces décisions est resté largement débattu dans la doctrine et dans les opinions séparées. Dans l'affaire *Obergefell*, le juge Roberts estime que « permettre à des juges fédéraux non élus de sélectionner lesquels des droits non énumérés sont considérés comme “fondamentaux” – et d'invalider des lois étatiques sur la base de cette détermination – soulève des inquiétudes évidentes quant au rôle du juge⁷⁰ ». Le juge Scalia, quant à lui, juge que « cette pratique de révision constitutionnelle par un comité de neuf personnes non élues, toujours accompagnée (comme c'est le cas aujourd'hui) par un éloge extravagant à la liberté, vole au peuple la liberté la plus importante qu'il a affirmée dans la Déclaration d'indépendance et gagnée par la Révolution de 1776 : la liberté de se gouverner lui-même⁷¹ ».

L'approche canadienne apporte une perspective différente de celle des États-Unis. En effet, le contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour suprême a été analysé notamment sous le prisme des « théories du dialogue ». Selon Peter W. Hogg et Allison A. Bushell⁷², la légitimité démocratique de la Cour suprême canadienne découle notamment du fait que la Charte des droits fondamentaux permette de l'envisager comme un partenaire du législateur plutôt qu'un contre-pouvoir. En effet, les articles 1^{er} et 33 de la Charte et leur interprétation par la Cour permettent en général au législateur de surpasser une éventuelle censure en modifiant la loi de manière à poursuivre les mêmes objectifs sans contrevenir à la Charte⁷³. Une censure juridictionnelle viserait ainsi plus à ouvrir un dialogue qu'à contester l'opinion majoritaire. Néanmoins, cette théorie n'est pas exempte de critiques⁷⁴ et pourrait même amener à

⁶³ I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 182.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 190.

⁶⁵ Cour suprême des États-Unis, *Carolene Products Co. v. U.S.*, 323 U.S. 18 (1944), note de bas de page n°4.

⁶⁶ I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 191.

⁶⁷ Cour suprême des États-Unis, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁸ Cour suprême des États-Unis, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁶⁹ Cour suprême des États-Unis, *Obergefell v. Holmes*, 576 U.S. 644 (2015).

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² P.W. Hogg et A.A. Bushell, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n°1, 1997, p. 75-124.

⁷³ *Ibid.*, p. 79-80.

⁷⁴ R. Dixon, « The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 47, n°2, 2005, p. 235-286.

questionner l'indépendance de la Cour vis-à-vis du pouvoir politique⁷⁵. C'est pourquoi Rosalind Dixon, propose une analyse alternative, en considérant que c'est la déférence de la Cour à l'égard de l'interprétation de la Charte opérée par le législateur dans les affaires qu'elle qualifie de « *second-look cases* » qui renforce la légitimité de celle-ci⁷⁶. Ces affaires, à l'inverse des « *first-look cases* » pour lesquelles le contrôle est plus approfondi, constituent selon l'autrice des cas où des questions juridiques nouvelles se posent, dont la réponse ne se trouve pas dans des précédents⁷⁷.

En France enfin, la question du respect de la volonté du peuple a été particulièrement visible dans les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel a limité sa compétence à ce qui était explicitement prévu par la Constitution. Si le refus de contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire se fonde sur une interprétation restrictive de l'article 61 de la Constitution⁷⁸, le Conseil mentionne tout de même dans sa décision que ces lois représentent « l'expression directe de la souveraineté nationale⁷⁹ ». La distinction faite entre le Parlement et l'expression de la souveraineté nationale est par ailleurs intéressante, car elle ne ressort pas des décisions des cours canadienne et américaine. Cette préoccupation apparaît également dans la décision rejetant le contrôle des lois constitutionnelles⁸⁰. Le commentaire officiel mentionne d'ailleurs explicitement l'argument de la légitimité du Conseil constitutionnel et du risque de « gouvernement de juge »⁸¹. L'idée de déférence, non pas seulement envers les autres pouvoirs constitués mais également envers la Nation elle-même, est ainsi au cœur de cette jurisprudence.

Dans un autre registre, le Conseil constitutionnel aurait également, selon Olivier Dord, fait preuve de « bienveillance » envers le Parlement dans l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité⁸². L'une des manifestations de ce phénomène provient de la possibilité de différer dans le temps les effets d'une décision d'inconstitutionnalité, dont le Conseil constitutionnel a fait usage à de multiples reprises⁸³. Cette méthode témoigne de la considération du juge constitutionnel pour le temps nécessaire au travail parlementaire et à l'adaptation de la loi aux censures constitutionnelles.

⁷⁵ D. Jutras, *op. cit.*

⁷⁶ R. Dixon, *op. cit.*, p. 240-241.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 241, note 19.

⁷⁸ Cons. const., décision n°62-20 DC du 6 nov. 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, §1.

⁷⁹ *Ibid.*, §3.

⁸⁰ Cons. const., décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*.

⁸¹ Cons. const., Commentaire de la décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15.

⁸² O. Dord, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°38, (Dossier : Le Conseil constitutionnel et le Parlement), 2013.

⁸³ Cons. const., décision n°97-395 DC du 30 déc. 1997, *Loi de finance pour 1998* ; Cons. const., décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* ; B. Genevois, « L'enrichissement des techniques de contrôle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série 2009, Colloque du Cinquantenaire, 3 novembre 2009.

2. Une manifestation accrue dans des domaines « sensibles »

De manière peu surprenante, la déférence du juge visant à protéger sa légitimité se manifeste particulièrement dans des domaines jugés « sensibles ». Bien que la « sensibilité » d'une question soit subjective et variable, la perception particulière de certains sujets par l'opinion publique semble avoir influencé le degré de contrôle juridictionnel. On peut l'observer notamment concernant les « questions de société », mais également de manière croissante dans le domaine de la sécurité et en particulier du terrorisme.

Le commentaire officiel de la décision n°2010-39 QPC du Conseil constitutionnel qualifie « l'homoparentalité », tout comme l'interruption volontaire de grossesse ou la sélection d'embryons de « question[s] de société dont la réponse, en France, appartient au législateur⁸⁴ ». Cette qualification, bien connue de la doctrine française, renvoie à certaines questions jugées plus « politiques » que d'autres, sur lesquelles seuls les représentants du peuple seraient compétents pour trancher⁸⁵. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel valide successivement une loi réservant le mariage aux couples composés d'un homme et d'une femme⁸⁶ puis la loi autorisant le mariage aux personnes de même sexe⁸⁷. Il adopte en cela une position fondamentalement différente de celle qu'adoptait la Cour suprême des États-Unis jusqu'à une période récente. Si la sensibilité de ces questions ou le manque de légitimité du juge n'apparaît pas explicitement dans les décisions, les « questions de société » sont généralement des sujets sur lesquels il existe une opposition partisane importante et des débats politiques majeurs. La déférence du Conseil n'est ainsi pas sans lien avec les risques que représenterait une position tranchée quant à sa légitimité, laquelle repose notamment sur le supposé formalisme juridique de ses décisions. Malgré un juge plus activiste sur les questions sociétales, cette préoccupation a également nourri la jurisprudence de la Cour suprême américaine. Elle a par exemple, selon Idris Fassassi, influencé le choix de qualifier le découpage électoral partisan, question politiquement sensible, de « question politique » dans la décision *Rucho*⁸⁸.

Au Canada, le juge constitutionnel a également renvoyé au pouvoir législatif l'évaluation de la légalité du mariage entre les personnes de même sexe⁸⁹. Cependant, la théorie de la Constitution comme un « arbre vivant » a tout de même amené à la Cour à adopter des interprétations de la Constitution relativement progressistes sur les questions de société⁹⁰. Selon cette idée, la Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne⁹¹. Le niveau de déférence accordée aux branches politiques demeure néanmoins l'objet de débats. Dans la décision *Chaoulli* portant sur

⁸⁴ Cons. const., Commentaire de la décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°30, p. 10.

⁸⁵ M. Altwegg-Boussac, « La “nature” de l’“appréciation du Parlement” selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, et cetera », *Revue des droits de l'homme*, [en ligne], n°20, 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/12773>, consulté le 18 mai 2023, §6.

⁸⁶ Décision n° 2010-92 QPC du 28 janv. 2011, *Mme Corinne C. et autre*.

⁸⁷ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

⁸⁸ *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ___ (2019), *op. cit.* ; I. Fassassi, « États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 2019, n°35, 2020, p. 834.

⁸⁹ Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, [2004] 3 RCS 698.

⁹⁰ W. J. Waluchow, « Chapter 42. The Living Tree », in P. Oliver et a. (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 891-910.

⁹¹ *Ibid.*, p. 891.

la constitutionnalité du système de sécurité sociale québécois par exemple, l'opinion dissidente estimait que « pour ce qui est des questions de politique socioéconomique, le critère de l'atteinte minimale laisse une marge de manœuvre importante au législateur québécois. La conception, le financement et l'exploitation d'un système de santé public dans une société démocratique moderne représentent un défi de taille qui oblige à faire des choix difficiles. Confier la conception du système de santé aux tribunaux ne représente pas un choix judicieux⁹² ».

Cette préoccupation pour la sensibilité politique de certaines questions transparaît également dans la jurisprudence concernant la sécurité intérieure, en particulier le terrorisme. Elle peut s'expliquer, selon David Cole, par quatre séries de justifications⁹³. Premièrement, il est fort probable que les juges eux-mêmes s'identifient à l'intérêt de la société pour la sécurité, dès lors qu'ils ne sont pas extérieurs à celle-ci. Deuxièmement, ces questions appellent régulièrement la prise en compte de considérations techniques complexes. Troisièmement, il s'agit de choix politiques sensibles, dont la censure juridictionnelle pourrait altérer la légitimité du juge. Enfin, les juridictions ne souhaitent pas être jugées responsables d'une éventuelle attaque car elles auraient limité les garanties sécuritaires. En effet, dans ces domaines jugés sensibles, une erreur dans l'interprétation par les juges, par ailleurs moins informés sur ces questions, pourrait avoir des effets majeurs sur la société. De plus, à l'inverse des branches politiques du pouvoir, le pouvoir judiciaire est irresponsable politiquement.

Dans des contextes appelant des choix difficiles, il reviendrait ainsi au peuple de trancher, à travers ses représentants, sur les choix à adopter, et non au juge. Néanmoins, si les différentes justifications présentées sont centrales à la conception du contrôle de constitutionnalité, la déférence n'en présente pas moins des limites. La variabilité du contrôle selon la sensibilité d'une question entraîne notamment des risques d'instrumentalisation de ce contrôle, comme l'illustrent des manifestations récentes du phénomène.

II. LES RISQUES D'UNE INSTRUMENTALISATION DE LA DÉFÉRENCE

Comme le note Daniel J. Solove, « comme tous les principes généraux, le principe de déférence n'a pas eu de signification statique au cours de l'histoire ; la signification d'un principe change souvent au fil du temps, parfois même en dérivant vers un sens radicalement opposé au précédent⁹⁴ ». Si les variations dans l'usage de la déférence ne constituent pas en elles-mêmes un problème, elles peuvent parfois être révélatrices d'une instrumentalisation de la notion. Le manque de stabilité et de cohérence de la jurisprudence tend en effet à accentuer ce risque (A). Plus encore, les développements récents peuvent faire craindre des atteintes dans la garantie des droits constitutionnels, notamment lorsque la déférence se transforme en « abdication⁹⁵ » du juge (B).

⁹² Cour suprême du Canada, *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 RCS 791, opinion dissidente des juges Binnie et LeBel.

⁹³ D. Cole., « Judging the Next Emergency: Judicial Review and Individual Rights in Times of Crisis », *Michigan Law review*, vol. 101, n°8, 2003, p. 2570-71.

⁹⁴ D. J. Solove, *op. cit.*, p. 953.

⁹⁵ Cour suprême des États-Unis, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), « *Our deference in matters of policy cannot, however, become abdication in matters of law* ».

A. Un cadre jurisprudentiel manquant de stabilité et de cohérence

L'absence de cadre clair dans l'usage de la déférence par les juridictions constitutionnelles engendre le risque d'une variation du contrôle en fonction de considérations distinctes des justifications démocratiques énoncées précédemment. Deux tendances peuvent être soulignées à cet égard. D'une part, la mobilisation croissante de la notion de « crise » a mené à une forte augmentation de la déférence dans certains domaines, laquelle s'est étendue au-delà de la gestion de l'urgence (1). D'autre part, l'argument de la déférence est parfois mobilisé à des fins idéologiques, rendant peu cohérents ou soutenables certains choix dans le degré de contrôle opéré (2).

1. La mobilisation extensive de l'idée de « crise » dans la justification de la déférence

Le terme de « crise » est régulièrement employé pour évoquer des difficultés spécifiques auxquelles sont confrontés les États et les individus, comme le terrorisme, l'immigration, une pandémie ou encore une catastrophe naturelle. S'il convient de prendre du recul sur cette qualification, on note néanmoins son influence sur l'exercice d'un contrôle juridictionnel plus limité des décisions des branches politiques. Cette déférence est généralement justifiée, dans un premier temps, par l'importance d'une réponse rapide en cas de menaces imminentes, que ne permet pas l'exercice d'un contrôle juridictionnel poussé et contraignant. Cependant, elle s'étend parfois à des situations où l'urgence ne semble plus la justifier. Cela s'est particulièrement manifesté dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, mais également plus récemment face à la pandémie de Covid-19.

En effet, si la déférence a toujours été élevée concernant la sécurité, elle s'est confirmée dans la lutte contre le terrorisme à partir du 11 septembre 2001. Les attentats ont en effet mené à l'adoption de législations spécifiques dans la plupart des pays⁹⁶, dont les effets se sont étendus à de nombreux champs du droit. Dans certains États, comme en France et aux États-Unis – le Canada ayant adopté une approche moins restrictive⁹⁷ – ces lois ont eu une incidence importante sur la garantie des droits, ce qui renforce l'enjeu du contrôle de constitutionnalité à cet égard⁹⁸.

Aux États-Unis, les juridictions fédérales ont dans un premier temps exercé un contrôle plutôt approfondi des mesures liées au terrorisme, tranchant avec la déférence traditionnellement accordée en matière de sécurité intérieure⁹⁹. Dans une série de décisions dont

⁹⁶ S. Cody, « Dark Law: Legalistic Autocrats, Judicial Deference, and the Global Transformation of National Security », *University of Pennsylvania Journal of Law & Public Affairs*, vol. 6, n°4, 2021, p. 655 ; M. Epifanio, « Legislative response to international terrorism », *Journal of Peace Research*, vol. 48, n°3, 2011, p. 399-411.

⁹⁷ M. Epifanio, *op. cit.*, p. 403.

⁹⁸ S. Cody, *op. cit.*, p. 657. Pour les États-Unis, la loi la plus emblématique est le USA PATRIOT Act de 2001, adopté après les attentats. En France, on peut citer la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions et plus récemment la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement. Pour le Canada, voir le projet de loi C-51 qui comprend la loi modifiant le Code criminel et la loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi.

⁹⁹ D. Cole, *op. cit.*, p. 2578.

la plus célèbre est *Boumediene v. Bush*¹⁰⁰, la Cour suprême a par exemple jugé que les détenus de la prison de Guantanamo, qu'ils soient nationaux ou étrangers, bénéficiaient du droit au recours d'*habeas corpus*, rejetant l'interprétation selon laquelle ce territoire sortait de la juridiction de la Cour. Pour autant, de nombreuses mesures justifiées par la lutte contre le terrorisme sont restées à l'écart d'un contrôle juridictionnel poussé. D'une part, comme le démontre Stephen Vladeck, les juridictions ont régulièrement posé des obstacles à la recevabilité des recours contre ces mesures¹⁰¹. D'autre part, Kim Lane Scheppele considère que les cours ont fait preuve d'une nouvelle forme de déférence depuis le 11 septembre¹⁰². Si l'issue des affaires est généralement plus favorable en principe aux droits fondamentaux que lors de la Seconde guerre mondiale ou de la guerre du Vietnam, la situation des personnes visées n'en demeure pas moins gravement affectée par les mesures gouvernementales. En effet, en se concentrant sur des principes et en limitant leur préoccupation pour la garantie de la situation individuelle des requérants, les juridictions auraient finalement peu remis en cause les effets des politiques.

Plus révélateur encore de la variation du contrôle en temps de « crises », la Cour suprême a récemment adopté plusieurs décisions renforçant la déférence en matière de sécurité intérieure. Dans la décision *Trump v. Hawaii*¹⁰³, elle a validé le « *Muslim Ban* » de Donald Trump, qui interdisait l'entrée sur le territoire aux ressortissants de certaines nationalités, essentiellement issus de pays à majorité musulmane. Bien que la décision ne tranche pas avec la jurisprudence passée de la Cour¹⁰⁴, le standard de contrôle adopté est particulièrement bas pour une mesure impliquant une potentielle discrimination religieuse¹⁰⁵. La Cour a par ailleurs confirmé cette tendance dans deux affaires portant sur le privilège du secret de l'État (*secret privilege*)¹⁰⁶. Dans la décision *U.S. v. Zubaydah*¹⁰⁷, elle a validé le refus du gouvernement de communiquer des informations à un prévenu concernant un interrogatoire subi en Pologne par la *Central Intelligence Agency* (CIA). Selon la Cour, les potentielles informations concernant l'existence d'un « *dark site* » (lieu de détention secret de la CIA) qu'aurait révélées la communication constituait un risque pour la sécurité nationale. Dans *FBI v. Fazaga*¹⁰⁸, une disposition du *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) de 1978 a été interprétée comme autorisant un tribunal à contrôler *ex parte* et à huis clos la légalité d'une mesure de surveillance au nom du privilège du secret d'État. Selon Shirin Sinnar, ces deux décisions « fortifient le mur des décisions précédentes de la Cour suprême bloquant le contrôle des activités de sécurité

¹⁰⁰ Cour suprême des États-Unis, *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008) ; voir aussi *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

¹⁰¹ S. I. Vladeck, « The Demise of Merits-Based Adjudication in Post-9/11 National Security Litigation », *Drake Law Review*, vol. 64, 2016, p. 1035.

¹⁰² K. L. Scheppele, « The New Judicial Deference », *Boston University Law Review*, vol. 92, n°1, 2012, p. 89-170.

¹⁰³ Cour suprême des États-Unis, *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ___ (2018).

¹⁰⁴ I. Fassassi, « États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 2018, n°34, 2019, p. 925-26.

¹⁰⁵ Voir notamment l'opinion dissidente de la juge Sotomayor, *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ___ (2018), *op. cit.*

¹⁰⁶ S. Sinnar, « A Label Covering a “Multitude of Sins”: The Harm of National Security Deference », *Harvard Law Review*, vol. 136, n°1, 2022, p. 59-74.

¹⁰⁷ Cour suprême des États-Unis, *U.S. v. Zubaydah*, 595 U.S. ___ (2022).

¹⁰⁸ Cour suprême des États-Unis, *FBI v. Fazaga*, 595 U.S. ___ (2022).

nationale¹⁰⁹ ». On peut donc noter la permanence voire le renforcement de la déférence en matière de sécurité aux États-Unis, alors même que l'urgence ne le justifie plus nécessairement.

En France, malgré de « timides¹¹⁰ » censures, le Conseil constitutionnel s'est montré globalement déférent envers les choix politiques de lutte contre le terrorisme. Une partie du contentieux a porté sur l'état d'urgence déclaré après les attentats de 2015 sur le fondement de la loi du 3 avril 1955¹¹¹. Si le Conseil n'a pas été saisi d'un contrôle a priori à ces occasions, il a été amené à se prononcer sur sa constitutionnalité dans l'examen de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC). Le Conseil a censuré plusieurs mesures, comme les conditions de perquisitions¹¹² ou des aspects du régime d'assignation à résidence¹¹³, mais il a néanmoins jugé le recours à l'état d'urgence en lui-même conforme à la Constitution¹¹⁴. Il s'est notamment abstenu de contrôler si les conditions pour le déclarer étaient effectivement remplies¹¹⁵. Au-delà des réserves dans le contrôle, Véronique Champeil-Desplats note que c'est surtout dans la modulation des effets des décisions, par leur report dans le temps ou des dispositifs visant à limiter leur effet utile, que le Conseil s'est montré déférent envers les branches politiques¹¹⁶. Cet usage pose questions car il fait « perdurer dans l'ordre juridique français des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles¹¹⁷ ».

Le Canada est moins concerné, les lois adoptées en matière de sécurité et pour lutter contre le terrorisme prévoyant moins de restrictions de libertés fondamentales¹¹⁸. Néanmoins, la Cour suprême canadienne a par exemple jugé, dans l'affaire *Suresh c. Canada*, que le contrôle des mesures d'expulsion d'un réfugié devait s'opérer avec « retenue à l'égard de la décision de la ministre sur la question de savoir si la présence du réfugié constitue un danger pour la sécurité du Canada¹¹⁹ ». Bien que la Cour ait censuré l'expulsion en l'espèce en raison des risques de torture dans le pays de renvoi, elle a volontairement laissé ouverte la question de savoir si une « situation exceptionnelle » au sens de la Charte pourrait justifier des exceptions

¹⁰⁹ S. Sinnar, *op. cit.*, p. 69.

¹¹⁰ D. Baranger, « Quel 'État de droit' ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, n°2, 2016, p. 357.

¹¹¹ Loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹¹² Cons. const., décisions n° 2016-536 QPC du 19 fév. 2016, *Ligue des droits de l'homme* ; n° 2016-567/568 QPC du 23 sept. 2016, *M. Georges F. et autre* ; n° 2016-600 QPC du 2 déc. 2016, *M. Raïme A* ; V. Champeil-Desplats, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel, ou quand l'État de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles », Défenseur des droits et CREDOF, *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Rapport, 2018, p. 105.

¹¹³ Cons. const., décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, *M. Sofiyan I.*

¹¹⁴ Par exemple : Cons. const., décision n°2017-684 QPC du 11 janv. 2018, *Association La cabane juridique/ Legal Shelter et autre*, §3.

¹¹⁵ J. F. de Montgolfier, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 54 (Dossier : la Constitution et le Temps), 2017. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-urgence-et-le-conseil-constitutionnel>, consulté le 25 mai 2023.

¹¹⁶ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 104-112.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 111.

¹¹⁸ M. Epifanio, *op. cit.*, p. 403.

¹¹⁹ Cour suprême du Canada, *Suresh v. Canada*, [2002] 1 RCS 3.

à ce principe¹²⁰. Dans l'ensemble, les juridictions ont cependant plutôt opéré un contrôle normal sur la lutte contre le terrorisme¹²¹.

Cette déférence des juridictions motivée par les circonstances exceptionnelles s'est à nouveau manifestée dans le contexte de la pandémie de Covid-19. En France, de manière générale, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été marquée par « une relative bienveillance à l'égard des choix opérés par le législateur en matière de restrictions de droits et libertés¹²² ». Dans ses deux décisions sur l'état d'urgence sanitaire, le Conseil constitutionnel valide l'essentiel des dispositions contestées¹²³. Il a même consenti, au nom de l'urgence, à une violation manifeste de la Constitution par le législateur. En effet, il n'a pas censuré, « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce¹²⁴ », l'extension du délai de jugement des QPC prévu par une loi organique dont l'adoption n'avait pas respecté la procédure prévue à l'article 46 de la Constitution. Par ailleurs, en estimant que « la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire¹²⁵ », comme il l'avait fait en matière d'état d'urgence lié au terrorisme¹²⁶, le Conseil constitutionnel exerce un examen très limité de l'état d'urgence. La marge de manœuvre laissée aux branches politiques peut étonner au regard de l'existence dans la Constitution de dispositions prévoyant spécifiquement des régimes d'exception (articles 16 et 36)¹²⁷. Enfin, le Conseil a exercé un contrôle limité des mesures restrictives ou privatives de liberté liées à l'état d'urgence sanitaire, en faisant généralement primer l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique¹²⁸.

Le pouvoir judiciaire canadien a également joué un rôle relativement passif dans le contrôle des mesures d'état d'urgence sanitaire¹²⁹. Dans l'affaire Monsanto par exemple, la Cour fédérale du Canada¹³⁰ estime que les quarantaines imposées au retour de pays étrangers sont justifiées par « la position claire et sans équivoque du gouvernement fédéral¹³¹ ». Dans la décision *Compagnie de la Baie d'Hudson ULC c. Ontario*¹³², une cour de l'Ontario a jugé que

¹²⁰ K. Roach, « Judicial Review of the State's Anti-Terrorism Activities: The Post 9/11 Experience and Normative Justifications for Judicial Review », *Indian Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n°3, p. 146.

¹²¹ Par exemple : Cour suprême du Canada, *Charkaoui c. Canada*, [2007] 1 RCS 350, où la Cour a annulé une disposition qui permettait la détention illimitée d'étrangers avant leur expulsion pour des motifs avancés de sécurité.

¹²² J. Bidoux Pérez, « Esquisse d'un bilan de la jurisprudence constitutionnelle aux temps de la Covid-19 », *JP Blog* [en ligne], 6 oct. 2021. URL : <https://blog.juspoliticum.com/2021/10/06/esquisse-dun-bilan-de-la-jurisprudence-constitutionnelle-aux-temps-de-la-covid-19-par-julien-bidoux-perez/>, consulté le 25 mai 2023.

¹²³ Cons. const., décisions n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique pour faire face à l'état d'urgence et 2020-800 DC du 11 mai 2020, Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

¹²⁴ Décision n°2020-799 DC, *op. cit.*, §3.

¹²⁵ Décision 2020-800 DC, *op. cit.*, §17.

¹²⁶ Cons. const., décision n°2016-536 QPC du 19 fév. 2016, *Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence*.

¹²⁷ X. Magnon, « Les principes d'un droit constitutionnel jurisprudentiel d'exception », *AJDA*, n°23, 2020, p. 1257-1259.

¹²⁸ Décision 2020-800 DC du 11 mai 2020, *op. cit.* ; J. Bidoux Pérez, *op. cit.*

¹²⁹ P. Daly, « Covid-19 in Canada: Variable Forms of Power and Unvarying Judicial Deference », *Verfassungsblog* [en ligne], 8 mars 2021. URL : <https://verfassungsblog.de/covid-19-in-canada-variable-forms-of-power-and-unvarying-judicial-deference/>, consulté le 25 mai 2023.

¹³⁰ Juridiction de première instance compétente sur certaines questions de compétence fédérale, qui a été amenée à se prononcer sur plusieurs mesures sanitaires fédérales.

¹³¹ Cour fédérale du Canada, *Monsanto c. Canada (Santé)*, 2020 FC 1053, §109-110.

¹³² Cour supérieure de justice de l'Ontario, *Compagnie de la Baie d'Hudson ULC c. Ontario (Procureur général)*, 2020 ONSC 8046.

bien qu'une mesure de confinement soit imparfaitement conçue, il ne revenait pas au juge d'examiner sa sagesse ou son efficacité, ces choix politiques difficiles revenant au gouvernement¹³³. La Cour suprême a également rejeté un recours contre le refus par la Cour d'appel du Québec d'invalider le renouvellement de l'état d'urgence sanitaire¹³⁴.

Aux États-Unis, la gestion de la crise sanitaire a été marquée par un changement d'administration fédérale, ainsi que de composition de la Cour suprême. Ces changements ont eu des incidences sur le niveau de déférence accordée par le pouvoir judiciaire aux branches politiques¹³⁵. En effet, le législateur et le gouvernement fédéral sont dans un premier temps peu intervenus dans la lutte contre l'épidémie. Les juridictions ont alors été amenées à se prononcer soit sur des mesures adoptées par les États fédérés, soit sur des politiques mises en place par les agences administratives¹³⁶, se montrant d'abord plutôt déférentes¹³⁷. Dans un second temps cependant, la Cour suprême a exercé un contrôle renforcé sur les mesures gouvernementales, notamment au nom de la liberté religieuse. Elle a par exemple censuré un décret restreignant l'accès à des services religieux en raison de considérations sanitaires, revenant sur un précédent qui accordait une déférence importante aux branches politiques en la matière¹³⁸.

La déférence a donc été accentuée par le recours croissant à des politiques d'exception. Cela a entraîné, comme l'écrit Dominique Rousseau, un changement dans les bases du contrôle : « alors qu'en temps ordinaire elles permettent au juge de sanctionner des atteintes graves à tel ou tel droit fondamental, en temps d'état d'urgence elles lui permettent de les déclarer justifiées par les circonstances exceptionnelles. Maintenu en théorie, le contrôle devient inopérant en pratique¹³⁹ ». Le risque d'instrumentalisation provient du fait que la notion de « crise » peut être étendue à des situations qui ne relèvent plus de l'exception¹⁴⁰. S'il ne s'agit pas nécessairement d'un choix du juge, la déférence permet une forme d'instrumentalisation de l'urgence par les branches politiques elles-mêmes. De plus, la variation du contrôle peut parfois être liée à des considérations idéologiques défendues par les juges eux-mêmes.

2. Des variations idéologiques de la déférence

La variation du degré de contrôle selon les domaines ou les institutions révèle parfois une forme d'instrumentalisation au profit de choix qui apparaissent comme plus idéologiques. Ce phénomène est particulièrement visible aux États-Unis depuis qu'une forte majorité conservatrice domine à la Cour suprême. Depuis quelques années, la Cour suprême a varié le niveau de déférence accordé aux branches politiques, poursuivant ce qui s'apparente à un

¹³³ *Ibid.*, §71.

¹³⁴ Cour suprême du Canada, *Stanislas Bricka c. Procureur général du Québec*, n°40102, 28 juil. 2022.

¹³⁵ W. E. Parmet, « From the Shadows: The Public Health Implications of the Supreme Court's Covid-free Exercise Cases », *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 49, n°4, p. 571.

¹³⁶ N. Ben-Asher, « The Emergency Next Time », *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, vol. 18, n°1, p. 86-92.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 87.

¹³⁸ Cour suprême des États-Unis, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

¹³⁹ D. Rousseau, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Revue Projet*, vol. 2, n°291, 2006, p. 25.

¹⁴⁰ S. Hennette-Vauchez, *op. cit.*, p. 68.

agenda politique conservateur et renforçant finalement son propre pouvoir¹⁴¹. D'un côté, elle a fortement limité la déférence due aux agences administratives¹⁴². Dans la décision *West Virginia v. EPA* du 30 juin 2022, la Cour a restreint les pouvoirs d'action de l'agence de protection de l'environnement au nom de la « doctrine des questions majeures ». Cette théorie, issue de l'arrêt *Food and Drug Administration v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* de 2000¹⁴³ mais très peu mobilisée depuis, implique que lorsque sont en cause des questions économiques et politiques majeures, l'agence ne peut agir que sur le fondement d'une délégation explicite du Congrès. Or, ce choix a des effets pratiques importants au regard des difficultés pour adopter des lois au Congrès sur ces questions, la protection de l'environnement se fondant ainsi essentiellement sur l'action administrative¹⁴⁴.

D'un autre côté, la Cour suprême a justifié son revirement de jurisprudence majeur concernant l'avortement par la liberté du législateur étatique dans ses choix politiques¹⁴⁵. En choisissant de renverser les précédents qui protégeaient constitutionnellement le droit à l'avortement¹⁴⁶, l'opinion majoritaire déclare en effet que « le pouvoir de réguler l'avortement doit être rendu au peuple et à ses représentants élus¹⁴⁷ ». La Cour a également fait preuve de déférence dans des décisions impliquant d'autres sujets centraux pour les conservateurs, l'immigration et le découpage électoral. En matière d'immigration, la Cour suprême a fragilisé les garanties entourant la détention migratoire dans deux décisions adoptant une interprétation très littérale des dispositions législatives en cause et écartant les questions de droits fondamentaux¹⁴⁸. Enfin, concernant le découpage électoral, le refus de contrôler la pratique de *gerrymandering* dans la décision *Rucho* s'est révélé en l'espèce favorable au camp conservateur, car il favorisait le vote républicain¹⁴⁹.

À l'inverse, la Cour a renforcé son contrôle dans d'autres domaines¹⁵⁰, ce qui appuie l'hypothèse d'une instrumentalisation. Elle a notamment accordé une place privilégiée à la liberté religieuse, se montrant cette fois très peu déférente envers les branches politiques du pouvoir¹⁵¹. Elle a par exemple jugé qu'une constitution étatique ne pouvait empêcher le versement de subventions à des écoles confessionnelles dès lors qu'elles pouvaient être versées

¹⁴¹ M. A. Lemley, « The Imperial Supreme Court », *Harvard Law Review*, vol. 136, n°1, 2022, p. 97.

¹⁴² *Chevron v. National Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984), *op. cit.*

¹⁴³ Cour suprême des États-Unis, *Food and Drug Administration v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000).

¹⁴⁴ M. Michaut, « Comment la Cour suprême des États-Unis déconstruit l'État administratif américain », *JP Blog* [en ligne], 7 avr. 2022. URL : https://blog.juspoliticum.com/2022/04/07/comment-la-cour-supreme-des-etats-unis-deconstruit-letat-administratif-americain-a-propos-de-lordonnance-federation-of-independent-business-v-department-of-labor-595-u-s-__-202/, consulté le 3 mai 2023.

¹⁴⁵ Cour suprême des États-Unis, *Dobbs v. Jackson*, 597 U.S. __ (2022).

¹⁴⁶ Cour suprême des États-Unis, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) et *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁴⁷ *Dobbs v. Jackson*, 597 U.S. __ (2022), *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁸ Cour suprême des États-Unis, *Johnson v. Arteaga-Martinez*, 569 U.S. __ (2022) et *Garland v. Gonzalez*, 596 U.S. __ (2022).

¹⁴⁹ I. Fassassi, « États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 2019, n°35, 2020, *op. cit.*, p. 834.

¹⁵⁰ M. A. Lemley, *op. cit.*, p. 97-118.

¹⁵¹ A. Deysine, « La Cour Roberts et le retour du gouvernement des juges ? », *Droit et Société*, vol. 3, n°106, 2020, p. 724-725.

à des écoles privées¹⁵², ou écarté l'application des lois anti-discriminations aux personnes chargées des enseignements religieux¹⁵³.

En France, les choix opérés dans la conciliation des droits fondamentaux, et donc de la variation de la marge de manœuvre laissée aux branches politiques selon les domaines, ont également fait l'objet de critiques. Comme le souligne Lauréline Fontaine, « le Conseil use en permanence de concepts généraux qui ne sont pas formulés dans les textes de valeur constitutionnelle, et le plus souvent (...) pour valider une politique législative¹⁵⁴ ». Il en va ainsi de la mobilisation de « l'intérêt général », qui permet de justifier une déférence accrue, par exemple dans la « lutte contre le terrorisme, [la] lutte contre l'immigration clandestine [ou la] lutte contre la délinquance des mineurs¹⁵⁵ ». La déférence dont fait preuve le juge sur certaines questions politiques, par exemple le choix des politiques économiques, ne s'appuie par ailleurs pas nécessairement sur une interprétation formelle de la Constitution, le préambule de la Constitution de 1946 n'allant pas dans le sens d'une politique économique libérale¹⁵⁶. Ainsi que l'indique Thomas Perroud, le choix opéré par le Conseil de faire primer la liberté contractuelle sur la solidarité par exemple, n'est pas justifié par la Constitution elle-même, mais constitue un choix politique¹⁵⁷.

Ces questions ont d'ailleurs refait surface dans le contexte de l'examen de la réforme des retraites. En effet, que ce soit dans la décision portant sur la loi elle-même¹⁵⁸ ou dans les deux décisions de rejet des référendums d'initiative partagée (RIP)¹⁵⁹, le Conseil constitutionnel a selon Eleonora Bottini, Margaux Bouaziz et Stéphanie Hennette-Vauchez, fait preuve d'une déférence importante envers le Gouvernement, et de peu d'égard envers le Parlement¹⁶⁰. L'affirmation selon laquelle « en l'espèce, si l'utilisation combinée des procédures mises en œuvre a revêtu un caractère inhabituel, en réponse aux conditions des débats, elle n'a pas eu pour effet de rendre la procédure législative contraire à la Constitution¹⁶¹ » a notamment révélé une interprétation de la Constitution particulièrement favorable à l'exécutif¹⁶².

Ce manque de cohérence dans l'usage de la déférence par les juges constitutionnels, qui s'apparente parfois plus à une instrumentalisation politique qu'à une technique formaliste de

¹⁵² Cour suprême des États-Unis, *Espinoza v Montana Dpt of Revenue*, 591 U.S. __ (2020).

¹⁵³ Cour suprême des États-Unis, *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, 591 U.S. __ (2020)

¹⁵⁴ L. Fontaine, *La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel*, Paris, Éditions Amsterdam, 2023, p. 120.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 121.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 128-129.

¹⁵⁷ T. Perroud, « Un choix de société du Conseil constitutionnel : la liberté contractuelle contre la solidarité », *JP Blog* [en ligne], 20 fév. 2017. URL : <https://blog.juspoliticum.com/2017/02/20/un-choix-de-societe-du-conseil-constitutionnel-la-liberte-contractuelle-contre-la-solidarite/>, consulté le 23 mai 2023.

¹⁵⁸ Cons. const., décision n° 2023-849 DC du 14 avr. 2023, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*.

¹⁵⁹ Cons. const., décisions n° 2023-4 RIP du 14 avril 2023 et n° 2023-5 RIP du 3 mai 2023.

¹⁶⁰ E. Bottini et a., « Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, 3 mai 2023. URL : <https://journals.openedition.org/revdh/17206#quotation>, consulté le 15 mai 2023.

¹⁶¹ Décision n° 2023-849 DC, *op. cit.*, §70.

¹⁶² E. Bottini et a., *op. cit.*

contrôle juridictionnel, pose question quant à la garantie des droits, en particulier au regard d'une tendance à la remise en cause de l'État de droit dans certains pays.

B. Des risques d'affaiblissement de la garantie des droits constitutionnels

La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux est au cœur de l'État de droit. Comme l'écrit Jacques Chevallier dans son ouvrage dédié à cette notion, « le juge apparaît comme la clé de voûte et la condition de réalisation de l'État de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée ; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection¹⁶³ ». Si la garantie des droits ne saurait reposer uniquement sur le juge, les exemples précédemment cités d'instrumentalisation de la déférence ont entraîné une baisse préoccupante dans la garantie de certains droits (1). Cette tendance est d'autant plus problématique qu'elle s'inscrit dans un contexte de remise en cause des juridictions constitutionnelles dans plusieurs pays, voire dans certains cas de l'État de droit dans son ensemble (2).

1. Des effets visibles sur la garantie des droits

La déférence entraîne parfois « de sérieux problèmes pour le maintien du contrôle juridictionnel comme institution qui promeut les valeurs du libéralisme¹⁶⁴ ». Les atteintes aux droits ont été particulièrement visibles et largement commentées dans le cadre des législations d'exception, mais elles ne se limitent pas à ce contexte.

Les risques d'une abdication du juge en temps de crise ont été largement démontrés. Ce sont d'ailleurs les violations des droits fondamentaux dans ces périodes qui ont contribué à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité et de mécanismes internationaux de garanties des droits. Or, le contrôle restreint des juridictions sur les mesures visant à lutter contre le terrorisme a mené à des restrictions importantes dans l'exercice de certains droits. Aux États-Unis, la « guerre contre la terreur »¹⁶⁵ a notamment justifié des tortures dans la prison de Guantánamo¹⁶⁶, des restrictions dans l'accès aux recours¹⁶⁷ ou encore des détentions illimitées de ressortissants étrangers¹⁶⁸. De même, alors que la décision *Korematsu*¹⁶⁹ sert généralement d'étendard contre l'exercice d'un contrôle juridictionnel déférent en temps de crise¹⁷⁰, la Cour suprême ne semble pas apporter une garantie des droits beaucoup plus poussée aujourd'hui. Le refus de censurer le *Muslim Ban* a par exemple entraîné des effets importants sur les populations

¹⁶³ J. Chevallier, *op. cit.*, p. 133.

¹⁶⁴ D. J. Solove, *op. cit.*, p. 966.

¹⁶⁵ N. Ben-Asher, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶⁶ Amnesty international, *USA: Right the Wrong. Decision Time on Guantánamo*, Rapport, 2021.

¹⁶⁷ S. I. Vladeck, *op. cit.*

¹⁶⁸ USA Patriot Act, Section 412 ; ACLU, *How the Anti-terrorism Bill Permits Indefinite Detention of Immigrants*, 23 oct. 2021. URL : <https://www.aclu.org/other/how-anti-terrorism-bill-permits-indefinite-detention-immigrants>, consulté le 23 mai 2023.

¹⁶⁹ *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944), *op. cit.*

¹⁷⁰ D. J. Solove, *op. cit.*, p. 941.

concernées¹⁷¹, comme le refus de renouvellement de visas étudiants ou la séparation de familles, alors même que le Président avait défendu ce décret dans ses discours par des considérations racistes¹⁷².

Même si les mesures de lutte contre le terrorisme n'ont pas été aussi extrêmes en France, la multiplication des états d'urgence – le pays a vécu plus de quatre années sous ce régime depuis 2015 – et l'absence de contrôle approfondi du juge ont eu des effets certains sur la garantie des droits fondamentaux. Ce d'autant plus que certaines mesures initialement justifiées par l'exception ont ensuite été intégrées au droit commun, par exemple par la loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, sans qu'elles ne soient censurées par les juges¹⁷³. Sans revenir dans le détail sur les restrictions de droit impliquées par les états d'urgence, on peut s'inquiéter de la tendance à généraliser la primauté de l'approche sécuritaire sur l'approche de la liberté, sans que le juge ne s'y oppose¹⁷⁴.

En effet, en période de crise, il est particulièrement important de préserver un équilibre entre ces deux exigences pour garantir l'État de droit. Comme l'a démontré Stephen Cody, les autorités politiques justifient régulièrement l'adoption de dispositions législatives vagues et restrictives des libertés par la protection de la sécurité nationale, lesquelles affectent de nombreux domaines annexes comme les contrôles aux frontières, la surveillance intérieure ou même la régulation des marchés financiers¹⁷⁵. Les restrictions dans le contrôle juridictionnel de ces mesures entraîneraient des risques de déclin dans les démocraties¹⁷⁶.

Même en dehors des périodes de crise, la déférence particulière dans les domaines liés à des considérations sécuritaires peut être problématique dans la garantie des droits. En effet, comme le montre Erwin Chemerinsky, les juridictions ont fait preuve d'une déférence particulière dans l'examen de la constitutionnalité des mesures adoptées par certaines institutions publiques, qu'il qualifie « d'institutions autoritaires », notamment dans le domaine militaire ou pénitentiaire¹⁷⁷. Or, ces domaines sont ceux où les abus d'autorité sont les plus probables, et pour lesquels le contrôle juridictionnel devrait être ainsi plus strict selon l'auteur. D'autant plus que le processus politique et la règle majoritaire ont peu de chance d'aboutir à une protection substantielle dans ces domaines, car ils concernent souvent des « minorités discrètes et isolées » au sens de la décision *Caroleene products*¹⁷⁸. Ainsi, selon l'auteur, « les protections prévues par la Constitution américaine s'appliquent le moins là où elles sont le plus nécessaires¹⁷⁹ ».

¹⁷¹ N. Ben-Asher, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷² N. K. Katyal, « *Trump v. Hawaii*: How the Supreme Court Simultaneously Overturned and Revived *Korematsu* », *The Yale Law Journal Forum*, vol. 128, 2019, p. 641.

¹⁷³ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement ; V. Louis, « La loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement : un pas de plus dans la fuite en avant sécuritaire », *Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, 4 oct. 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/12978>, consulté le 30 mai 2023.

¹⁷⁴ S. Hennette-Vauchez, *op. cit.*, p. 64-65

¹⁷⁵ S. Cody, *op. cit.*, p. 656.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 659.

¹⁷⁷ E. Chemerinsky, « The Constitution in Authoritarian Institutions », *Suffolk University Law Review*, vol. 32, 1999, p. 441.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 442 ; *Caroleene Products Co. v. U.S.*, 323 U.S. 18 (1944), *op. cit.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 441.

Enfin, la mobilisation sélective de la déférence par la Cour suprême présentée précédemment a déjà révélé des effets sur la garantie des droits dans le pays, comme pour l'avortement ou les droits des étrangers. La déférence de la Cour ne constitue pas seulement un moyen d'autolimitation, mais elle peut être mobilisée au contraire au profit d'un renforcement du rôle du juge. Il s'agirait même, selon M. A. Lemley, d'une nouvelle forme d'activisme judiciaire : « à l'exception de quelques domaines privilégiés dans lesquels la Cour a créé de nouveaux droits – le droit de porter des armes en public¹⁸⁰ et le droit pour les fonctionnaires de prier dans des événements publics¹⁸¹ – l'histoire récente de la Cour a été celle d'un retrait des droits aux individus¹⁸² ». Comme l'indique Shirin Sinnar, au-delà de la déférence elle-même, « ce qui est problématique, (...) c'est l'expansion et la restriction sélectives par la Cour du pouvoir exécutif, qui permet des actions sévères en matière de sécurité, d'une part, et qui empêche l'autorité administrative de résoudre les problèmes sociaux et économiques, d'autre part¹⁸³ ». En France, la déférence du juge constitutionnel a également pu entraîner un certain déséquilibre dans les pouvoirs constitutionnels, au profit de l'exécutif. Cela est du notamment à son rôle accru en temps de crise¹⁸⁴. Or, la relégation du Parlement est problématique car le débat démocratique permis par le temps parlementaire est essentiel pour garantir l'État de droit.

Ces évolutions dans la mobilisation de la déférence s'inscrivent en outre dans une remise en cause, dans certains États et à divers égards, de la légitimité de la justice constitutionnelle.

2. Une tendance s'inscrivant dans une remise en cause de la légitimité des juges constitutionnels

Alors même que la théorie constitutionnelle et les juges justifiaient le recours à un contrôle constitutionnel déférent pour protéger la légitimité du juge constitutionnel, les évolutions récentes ont plutôt eu l'effet inverse. À cet égard, deux préoccupations distinctes se dégagent. D'une part, certains gouvernements à tendance autoritaire ont usé de réformes constitutionnelles ou de menaces d'en adopter pour limiter l'intensité du contrôle de constitutionnalité. Un contrôle plus déférent des juridictions peut donc en découler, entraînant une baisse dans la garantie des droits. D'autre part, lorsque les juridictions se montrent déférentes envers des choix politiques majoritairement contestés par l'opinion publique, leur légitimité est également questionnée.

Dans les pays où se manifeste une tendance autoritaire remettant en cause l'État de droit libéral, comme en Hongrie, en Pologne ou en Israël, les gouvernements se sont attachés à réduire le rôle des juridictions constitutionnelles, ou menacent de le faire. En Hongrie par exemple, la Cour constitutionnelle a pendant longtemps représenté un contrepouvoir efficace contre le pouvoir exécutif, adoptant une jurisprudence activiste pour construire un cadre

¹⁸⁰ Cour suprême des États-Unis, *Van Buren v. U.S.*, 593 U.S. __ (2021).

¹⁸¹ Cour suprême des États-Unis, *Kennedy v. Bremerton Sch. Dist.*, 597 U.S. __ (2022).

¹⁸² M. A. Lemley, *op. cit.*, p. 110.

¹⁸³ S. Sinnar, *op. cit.*, p. 74.

¹⁸⁴ S. Hennette-Vauchez, *op. cit.*, p. 78-82.

protecteur des libertés fondamentales¹⁸⁵. Néanmoins, dans le contexte de diverses « crises » qualifiées comme telles par le pouvoir (crise économique, crise migratoire), la Constitution a été révisée en 2011, modifiant le rôle de la Cour. Alors même que celle-ci dispose toujours de pouvoirs importants, sa position s'est depuis cette date avérée beaucoup plus déférente envers le pouvoir politique¹⁸⁶. Or, le gouvernement Orbán a multiplié les violations des droits fondamentaux¹⁸⁷. En Pologne, la réforme du système de justice constitutionnelle a découlé sur des décisions contestées du juge polonais concernant l'interprétation de la valeur du principe d'État de droit garanti par le Traité sur l'Union européenne¹⁸⁸. En Israël enfin, le gouvernement a annoncé vouloir modifier les pouvoirs de la Cour suprême, en renforçant notamment le rôle du pouvoir politique dans la nomination des juges ou en permettant à une majorité simple au Parlement de renverser ses décisions¹⁸⁹. Ces récentes remises en cause des juridictions constitutionnelles par des pouvoirs à tendance autoritaire rappellent l'importance du contrôle de constitutionnalité dans la préservation de l'État de droit.

Enfin, un contrôle déférent sur des choix politiques impopulaires se révèle finalement contreproductif dans la défense de la légitimité du juge constitutionnel¹⁹⁰. En effet, aux États-Unis, les choix conservateurs de la Cour suprême ont entraîné une baisse de la confiance accordée par la population à l'institution. En septembre 2022, selon un sondage Gallup, l'approbation de la manière dont la Cour suprême exerce sa fonction était tombée à 40% chez les personnes interrogées, l'un des taux les plus bas observés, à la suite notamment de la décision *Dobbs*. Un sondage sur la confiance des Américains dans les institutions avait aussi révélé la baisse de la confiance accordée en la Cour, qui était d'habitude l'une des institutions récoltant un taux de confiance élevé. Il était tombé à 25%, chutant de 11 points par rapport à l'année précédente¹⁹¹. De même, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français concernant la réforme des retraites a mené à une importante critique de l'institution, laquelle se trouve rarement autant au cœur de l'actualité médiatique. À cet égard, les images des barricades installées devant le Conseil constitutionnel pour le protéger des manifestants pendant l'examen

¹⁸⁵ S. Szente et F. Gárdos-Orosz, « Chapter 7: Judicial deference or political loyalty? The Hungarian Constitutional Court's role in tackling crisis situations », in *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe*, Londres, Routledge, 2019, p. 102.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Voir notamment la surveillance de l'État de droit en Hongrie votée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : Résolution 2460 (2022), *Le respect par la Hongrie des obligations découlant de l'adhésion au Conseil de l'Europe*.

¹⁸⁸ Tribunal constitutionnel polonais, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union, K3/21*, 7 oct. 2021 ; F. Martucci, « La Pologne et le respect de l'État de droit : quelques réflexions suscitées par la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais », *Le Club des Juristes* [en ligne], 15 oct. 2021. URL : <https://blog.leclubdesjuristes.com/la-pologne-et-le-respect-de-letat-de-droit-quelques-reflexions-suscitees-par-la-decision-k-3-21-du-tribunal-constitutionnel-polonais/>, consulté le 30 mai 2023.

¹⁸⁹ A. Cohen et Y. Shany, « The Current State of Play in Israel's Constitutional Showdown », *Lawfare* [en ligne], 23 févr. 2023. URL : <https://www.lawfareblog.com/current-state-play-israels-constitutional-showdown>, consulté le 20 mai 2023.

¹⁹⁰ Comme le démontre Idris Fassassi, les juridictions suprêmes ne sont pas imperméables à l'opinion publique : I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit.

¹⁹¹ J. M. Jones, « Confidence in U.S. Supreme Court Sinks to Historic Low », *Gallup* [en ligne], 23 juin 2022. URL : <https://news.gallup.com/poll/394103/confidence-supreme-court-sinks-historic-low.aspx>, consulté le 29 mai 2023.

des recours ont fait écho aux barrières installées autour de la Cour suprême à Washington D.C. après la fuite du projet de sa décision *Dobbs*. Ainsi, la déférence n'a pas le même effet sur la légitimité du juge selon qu'elle serve à protéger des choix de politiques sociales ou économiques ou qu'elle permette des restrictions dans les libertés individuelles, notamment des plus vulnérables.

* * *

La notion de déférence du juge constitutionnel envers les branches politiques est un phénomène complexe, qui mériterait une analyse plus poussée que ce que ne permet ce format. Les exemples mobilisés ici semblent toutefois appuyer l'idée que cette technique de contrôle n'est pas en elle-même désirable ou indésirable, mais que l'usage qui en est fait peut faire sensiblement varier la garantie des droits offerte par le contrôle de constitutionnalité. Ainsi, si la considération pour les choix du législateur apparaît dans le texte même de la Charte canadienne des droits fondamentaux, la pratique des juges ne semble pas avoir mené à des excès dans l'usage de la notion. Aux États-Unis à l'inverse, l'instrumentalisation de la déférence selon les domaines entraîne des contestations majeures de la Cour suprême. Le Conseil constitutionnel, dont le rôle est différent, n'est pas épargné par les critiques à cet égard. Cependant, la pluralité des juridictions compétentes dans la protection des droits fondamentaux en France, et notamment l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme, permet une protection dans l'ensemble efficace.

Le renouvellement des discussions sur l'intensité du contrôle opéré par les juridictions constitutionnelles présente cependant l'avantage de nourrir les débats démocratiques sur les fonctions des juridictions constitutionnelles. Un encadrement plus clair de cette question dans les textes constitutionnels, à l'instar du cas canadien, pourrait alors constituer un point de départ au renforcement de l'efficacité et de la légitimité de la justice constitutionnelle.