

L'indépendance de la justice au prisme du droit constitutionnel : étude comparée France, Autriche, Allemagne et Pologne

Par Mathilde Chavatte¹

« Un juge partial n'est pas un juge ; un procès non contradictoire n'est pas un procès, etc. Pour rendre juste le droit, il est donc crucial de faire en sorte que ces évidences soient quotidiennement et pleinement effectives, ce qui, bien entendu, est chose fort difficile »².

Les récents épisodes de la saga polonaise ont eu raison du choix de ce sujet. En effet, dernièrement, les juges ont été remis en cause par le Gouvernement polonais conduisant à s'interroger sur les garanties et l'effectivité du principe d'indépendance de la justice dans d'autres pays européens, où il est également constitutionnellement protégé.

Depuis 2015, le parti politique polonais PiS souhaite réformer le système judiciaire. Il a donc proposé dès la fin d'année 2015 une réforme du Tribunal constitutionnel quant à l'élection de ses juges et aux jugements rendus par ces derniers. Ces réformes ont alors été jugées par le gouvernement polonais comme nécessaires « pour lutter contre la corruption et mettre fin à l'héritage de l'ère communiste dans le système judiciaire »³.

De plus, la Pologne a instauré un nouveau régime disciplinaire applicable aux juges de la Cour suprême et aux juges des juridictions de droit commun, un régime jugé non conforme au droit de l'Union par la Cour de justice de l'Union européenne qui avait été saisi par la Commission

¹ Etudiante en Master 2 « Droit public général et contentieux publics », à l'Université de Lille

² BARANÈS W., « Le droit naturel », in BARANÈS W. et FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *La justice : l'obligation impossible*, Paris, Autrement, 2009, p. 82.

³ « La réforme de la justice en Pologne jugée « pas conforme » au droit européen par la CJUE », in *Le Monde*, 15/07/2021

européenne⁴. En effet, selon la Cour de justice, « le régime disciplinaire permet que le contenu des décisions judiciaires adoptées par les juges des juridictions de droit commun puisse être qualifié d'infraction disciplinaire et pourrait ainsi être utilisé à des fins de contrôle politique des décisions judiciaires ou de pression sur les juges en vue d'influencer les décisions de ceux-ci et porter atteinte à l'indépendance des juridictions concernées ».

La situation concernant l'indépendance de la justice polonaise ne s'améliorant pas, l'Union européenne a décidé de bloquer le versement des fonds du plan de relance à la Pologne suite aux affaires *Synakiewicz c. Pologne*, *Niklas-Bibik c. Pologne*, *Piekarska-Drażek c. Pologne* et *Hetnarowicz-Sikora c. Pologne*. Cette action de l'Union européenne a permis de supprimer la Chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise, la CJUE s'inscrivant en « protectrice » de l'indépendance de la justice⁵.

Une pratique du gouvernement polonais largement critiquée et condamnée par de nombreux Etats européens tels que la France, l'Allemagne ou encore l'Autriche, les deux premiers Etats étant des pionniers et des leaders de l'Union européenne tandis que l'Autriche apparaît comme un modèle d'indépendance de la justice.

Le principe d'indépendance de la justice est certes constitutionnalisé en France, en Autriche, en Allemagne (ou encore en Pologne)⁶ mais est-il pour autant protégé, effectif ? Fabrice Hourquebie s'est posé la question⁷ et a émis une certaine inquiétude à ce sujet.

L'indépendance de la justice est ainsi considérée comme une situation dans laquelle l'institution n'est soumise à aucune autre institution et, ainsi, que le juge bénéficie d'une pleine et entière liberté de rendre une décision qui ne soit pas liée à une hiérarchie⁸. Une situation constitutionnalisée qui emporte des effets tant sur les juridictions ordinaires que sur la juridiction suprême.

⁴ Cour de justice de l'Union européenne, Presse et Information, Communiqué de presse n° 130/2, Luxembourg, le 15 juillet 2021, Arrêt dans l'affaire C-791/19

⁵ « Tout comprendre au recul de la Pologne sur la réforme de la justice », in *L'EXPRESS*, le 07/08/2021

⁶ Art. 64 de la C. fr., art. 137 de la C. italienne et art. 147 alinéa 7 de la Loi constitutionnelle fédérale autrichienne, § 10 de la loi relative à la Cour constitutionnelle autrichienne et art. 173 de la C. polonaise

⁷ HOURQUEBIE F., « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », in *Les Cahiers de la Justice* 2012/, n°2, pp. 41 à 61

⁸ VARAUT J.-M., « Indépendance », in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 622-623

En effet, les relations entre la Justice et le pouvoir politique, tant exécutif que législatif, apparaissent étroites et particulières. Des relations étroites qui avaient pourtant déjà été identifiées par Locke et Montesquieu puisque, pour ces derniers, « la puissance de juger est une puissance associée à la fonction exécutive mais que compte tenu de sa fonction – la garantie de la propriété privée et de la liberté – elle doit bénéficier d'un statut qui la protège d'interférences extérieures »⁹.

S'il apparaît qu'en Allemagne et en Autriche la Justice a acquis une véritable indépendance, cette dernière n'est pas absolue comme il est possible de le voir en Pologne. Garantir l'indépendance de la justice est donc une épreuve de chaque instant puisque la Justice n'est pas un pouvoir comparable aux pouvoirs exécutif et législatif. Ainsi, l'indépendance de la justice est souvent source de questionnement et de réflexion comme en France avec la place du Conseil constitutionnel.

En considérant le Conseil constitutionnel comme une juridiction à part entière, il est dès lors possible de démontrer une « politisation »¹⁰ de cette justice constitutionnelle puisque la nomination des juges influe directement sur les décisions rendues. Cette politisation qui affecte le principe même de l'indépendance de la justice est une caractéristique franco-française qui ne se retrouve pas en Allemagne puisque le principe d'indépendance de la justice y est pleinement respecté, une caractéristique qui se retrouve de façon mesurée en Autriche (le cas polonais représentant un cas à part mais très intéressant au vu du non-respect du texte constitutionnel). Dès lors, il conviendra de s'interroger sur la potentielle unité que connaît la justice constitutionnelle au sein de l'Union européenne notamment au regard de l'étude des pays identifiés dans cette étude ; de plus, l'analyse portera sur les caractéristiques de la justice constitutionnelle à chaque Etat parallèlement au fait que l'indépendance de la justice soit une valeur fondamentale à vocation universelle.

Dès lors, les différentes Constitutions française, polonaise, allemande et autrichienne consacrent la Justice ; cependant, le choix terminologique choisi entre « pouvoir » ou « autorité » judiciaire emporte des effets quant à l'appréciation de l'indépendance de la justice au sein de l'Etat (I). La composition de la juridiction constitutionnelle est l'un des principaux points de friction au sein de la

⁹ JAN P., « La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et influences », in *Après-demain*, 2017/1, n° 41, Éditions Fondation Seligmann, pp. 20 à 22

¹⁰ LIBMANN J., « La "politisation" des juges : une vieille histoire ? », in *Pouvoirs* n°16 - La justice, janvier 1981, p.43-53

doctrine pour autant, tous sont d'accord pour affirmer que la compétence des membres de la Cour constitutionnelle participe à l'effectivité de l'indépendance de la justice (II), une Cour qui apparaît également peu à peu dépolitisée et indépendante vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif notamment grâce à l'apparition d'un contrôle *a posteriori* (III). En effet, comme l'a rappelé Rait Maruste, ancien président de la Haute Cour de Tartu, en 1997, lors d'un colloque international sur des questions fondamentales de juridiction constitutionnelle, une juridiction constitutionnelle autonome et indépendante avec la possibilité d'exercer un recours constitutionnel participe à faire progresser les mentalités puisque « la conscience de l'être humain ne se transforme que lentement. À tout moment on remarque combien il est difficile d'ancrer la démocratie non seulement dans la constitution, mais aussi dans la société. Il manque une tradition d'après laquelle la constitution doit être considérée comme Droit. »¹¹.

I. Pouvoir ou autorité judiciaire : l'appréciation du degré d'indépendance de la justice

Traditionnellement, la doctrine constitutionnelle vient assimiler le principe de séparation des pouvoirs à Montesquieu et distinguer, dès lors, trois pouvoirs que sont le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

Cependant, il est essentiel de rappeler que cette assimilation n'est que pur fantasme juridique. De deux choses l'une, Montesquieu, dans son ouvrage *De L'esprit des lois*, évoque la collaboration des pouvoirs ou encore la balance des pouvoirs ; de plus, Montesquieu lui-même ne parle pas de judiciaire comme un pouvoir à part entière comme le sont les pouvoirs exécutifs et législatifs, un fantasme juridique donc qu'il est désormais nécessaire de rétablir.

Ainsi, la doctrine française n'a fait qu'une lecture « partielle »¹² et « contextuelle »¹³ de la théorie évoquée par Montesquieu dans son ouvrage *De L'Esprit des lois* pour en détourner une théorie de la séparation des pouvoirs.

¹¹ PIEROTH B., « La Cour constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe », in *Cités*, 2003/1, n°13, PUF, p.66

¹² RENOUX T., « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », in *Dalloz*, 1991, p. 169

¹³ HOURQUEBIE F., *Le Pouvoir juridictionnel en France*, in *LGDJ*, Paris, 2010, p.12

Une théorie détournée que le Conseil constitutionnel français va constitutionnellement consacrer au travers de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et dont il va en délimiter la portée à de nombreuses reprises¹⁴.

Cette appréciation de la séparation des pouvoirs va pourtant être partagée par de nombreux Etats, un principe qui ne va être que très peu souvent consacré dans une Constitution mais qui va faire émerger certains principes sous-jacents au sein des lettres constitutionnelles tels que le principe d'indépendance de la justice. La Pologne avait alors fait le choix de constitutionnaliser ce principe en disposant que « Le régime politique de la République de Pologne a pour fondement la séparation et l'équilibre entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire »¹⁵, un article qui pour autant ne cesse d'être bafoué.

L'indépendance de la justice n'est cependant pas si évidente à saisir lorsque l'on aperçoit certaines confusions entre les pouvoirs exécutif et législatif et l'autorité judiciaire (amnistie, grâce, nomination des certains juges, ...). Dès lors, cette indépendance apparaît mesurée et peut terminologiquement s'apprécier.

En effet, la Constitution française (Titre VIII) évoque « l'autorité judiciaire » et non le « pouvoir judiciaire » tout comme la Constitution autrichienne (Titre III) ; à l'inverse, la loi fondamentale allemande vient consacrer le « pouvoir judiciaire » en son Titre IX. Quant à la Constitution polonaise, elle vient consacrer tantôt le « pouvoir judiciaire » tantôt « l'autorité judiciaire ».

¹⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987
Conseil constitutionnel, décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989
Conseil constitutionnel, décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998
Conseil constitutionnel, décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001
Conseil constitutionnel, décisions n° 2008-562 DC du 21 février 2008
Conseil constitutionnel, décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011
Conseil constitutionnel, décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016

¹⁵ Article 10 alinéa 1 de la Constitution polonaise

La Constitution polonaise, en établissant cette double consécration, admet une hiérarchisation interne, « l'autorité judiciaire »¹⁶ venant se substituer au « pouvoir judiciaire »¹⁷.

Si la Constitution autrichienne évoque « l'autorité judiciaire » en son article 88 alinéa 3, elle consacre davantage « l'organisation judiciaire », cette terminologie lui permet donc

Utiliser le terme « autorité » vient dès lors soumettre la justice aux pouvoirs exécutifs et/ou législatifs puisqu'elle ne possède dès lors pas la même place, le même rang que s'il s'agissait d'un pouvoir à part entière. Qualifier de « pouvoir » ou d'« autorité » la justice a donc une incidence directe sur l'effectivité de l'indépendance de la justice et, par ricochet, sur l'indépendance de la justice constitutionnelle.

Pour Isabelle Boucobza, l'existence d'un pouvoir judiciaire est un « concept erroné »¹⁸. Il appartient certes au langage juridique et au principe de la séparation de la pouvoir qu'en a fait la doctrine européenne et notamment française, pour autant, de nombreuses Constitutions ont fait le choix de ne pas utiliser ce concept de « pouvoir » en assimilant davantage le judiciaire à une « autorité ».

Utiliser les termes de « pouvoir » ou de « autorité » relèvent donc d'une volonté sémantique qui n'est pas que pure volonté des constituants mais qui désigne bien la réalité du concept. Si la doctrine ne parle pas de « dromadaire judiciaire » c'est que la raison en est que le judiciaire n'est pas un « mammifère voisin du chameau, à une seule bosse »¹⁹.

¹⁶ Article 79 alinéa 1 de la Constitution polonaise : « Toute personne dont les libertés ou les droits ont été violés, a le droit, conformément aux principes définis par la loi, de porter plainte devant la Cour constitutionnelle en matière de conformité à la Constitution de la loi ou d'un autre acte normatif en vertu duquel l'autorité judiciaire ou l'administration publique se sont définitivement prononcées sur les libertés ou les droits de cette personne ou sur ses devoirs définis par la Constitution. »

¹⁷ Article 10 de la Constitution polonaise : « 1. Le régime politique de la République de Pologne a pour fondement la séparation et l'équilibre entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.
2. La Diète et le Sénat exercent le pouvoir législatif. Le président de la République et le Conseil des ministres exercent le pouvoir exécutif. Les cours et les tribunaux exercent le pouvoir judiciaire. »

Article 173 de la Constitution polonaise : « Les cours et tribunaux exercent un pouvoir séparé et indépendant des autres pouvoirs. »

¹⁸ BOUCOBZA I., « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », in *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, Le Seuil, pp.73 à 87

¹⁹ Définition de « dromadaire », in *Le Robert* (dictionnaire)

Pour certains, la sémantique importe peu laissant dès lors libre cours à des dialectes incompréhensibles et non sensés. La sémantique est la base du langage qui jouit d'une place prépondérante au sein même du langage juridique.

Dès le début du XIXe siècle, Henrion de Pensay avait défini l'Autorité judiciaire « comme la branche de l'Exécutif ayant pour objet le droit civil, c'est-à-dire le droit de punir les crimes et de régler les intérêts privés par l'application des lois générales »²⁰. « La justice émane du roi, mais il n'en est pas l'organe ; elle s'administre en son nom, mais il n'en est pas l'administrateur ; il en est la source, mais les justiciables ne la reçoivent pas immédiatement »²¹, le roi doit donc déléguer l'autorité judiciaire.

Certains auteurs, dont fait partie Thierry Renoux, proposent d'écarter cette problématique terminologique qui émerge entre « autorité » ou « pouvoir » judiciaire en intitulant le Titre IX « La Justice »²². Pour Renoux, il y a une différence significative entre la lettre constitutionnelle de 1958 et la place de la justice dans notre société²³ notamment avec l'essor d'une véritable justice constitutionnelle depuis la QPC lors de la révision constitutionnel du 23 juillet 2008.

Une proposition qui permet d'entériner d'une certaine manière la question sémantique mais écarte également les symboles et le poids de l'histoire. En effet, qualifier le judiciaire d' « autorité » n'a pas été pour les constituants français de 1958 un simple choix, cette qualification revêtait une certaine symbolique et permettait d'asseoir la volonté de (re-)valorisation du pouvoir exécutif²⁴.

Cette volonté apparaît aujourd'hui dépassée²⁵ mais continue pour autant de nourrir le débat en ce sens que re qualifier « l'autorité judiciaire » de « pouvoir judiciaire » ne permet pas, comme le disait Eisenmann, de saisir la dualité de la justice comme, d'une part, fonction et, d'autre part, organe.

²⁰ ROBERT M., « L'Autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2011/3, n°32, Dalloz, p. 29

²¹ de PANSEY H., *Traité De l'Autorité Judiciaire en France*, in *Théophile Barrois père*, 1827, 527p.

²² RENOUX T., « Le pari de la justice », in *Pouvoirs*, 2001/4, n°99, Le Seuil, p.90

²³ RENOUX T., « Le pari de la justice », in *Pouvoirs*, 2001/4, n°99, Le Seuil, p.89

²⁴ BEAUD O., « Les mots pour le dire : autorité, pouvoir, dans le débat actuel », in *Après-Demain*, 2017/1, n°41, Fondation Seligmann, p.3

²⁵ BARANGER D., in BARTOLONE C. et WINOCK M. (dir.), *Refaire la démocratie*, pp. 254-255.

Si la Constitution autrichienne évoque « l'autorité judiciaire » en son article 88 alinéa 3, elle consacre davantage « l'organisation judiciaire », cette terminologie lui permet donc de saisir les contours de la justice mais ne permet pas d'asseoir la Justice au même rang que les pouvoirs exécutifs et législatifs.

De même, le « pouvoir judiciaire » supposerait dès lors un pouvoir unique c'est-à-dire « exercé par des juges de même provenance et de même statut »²⁶. Une parfaite unité qui semble impossible car il n'y a pas une mais trois justices qui sont la justice ordinaire, la justice administrative et la justice constitutionnelle.

Serge Sur avait émis la proposition d'une fusion des juridictions en intégrant les chambres administratives au sein des juridictions ordinaires et l'ajout de deux chambres au sein de la Cour de cassation. Une fusion qui permettrait, selon lui, les mêmes garanties d'indépendance pour le juge administratif et le juge ordinaire et un véritable statut de magistrats des juges administratifs²⁷. Quant à la justice constitutionnelle, la solution paraît encore une fois trouvée pour Sur et le pouvoir unique. Si la Pologne, l'Autriche et l'Allemagne connaissent une véritable justice constitutionnelle détenue par une Cour constitutionnelle, tel n'est pas encore le cas de la France et de son Conseil constitutionnel. Ainsi, en France, il serait nécessaire, pour une pleine et entière unité du pouvoir judiciaire, de faire du Conseil constitutionnel une Cour constitutionnelle à part entière²⁸.

Ne pas considérer la Justice comme le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif a également été l'une des volontés du général De Gaulle en 1958. Afin de revaloriser le rôle du chef de l'Etat et rendre au pouvoir exécutif son indépendance, la révision constitutionnelle de 1962 a alors permis l'élection au suffrage universel direct du Président de la République, une élection permettant de rendre ce dernier aussi légitime et indépendant que l'est le pouvoir exécutif. « Indépendance », tel était le credo du général De Gaulle. Pour autant, comme déclaré dans une conférence de presse du 31 janvier 1964, le général De Gaulle a souhaité que l'autorité judiciaire soit « détenue par le

²⁶ SUR S., « Pouvoir un pouvoir judiciaire », in *Commentaire*, 2022/2, n°178, Commentaire SA, p.293

²⁷ SUR S., « Pouvoir un pouvoir judiciaire », in *Commentaire*, 2022/2, n°178, Commentaire SA, p.293

²⁸ SUR S., « Pouvoir un pouvoir judiciaire », in *Commentaire*, 2022/2, n°178, Commentaire SA, pp.293-294

Président de la République qui la délègue »²⁹. Cette déclaration du général De Gaulle montre bien que le président de la République ne peut être le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire rendant ainsi l'article 64 de la Constitution de 1958 supprimable. Pour autant, la volonté des constituants, en 1958, en utilisant le terme d' « autorité judiciaire » était également de, certes, ne pas considérer le service judiciaire comme un pouvoir aux côtés des pouvoirs législatifs et exécutifs tout en lui conférant une condition supérieure à celle du service public³⁰.

Dès lors, l'élection des juges est-il le remède à l'indépendance de la justice ? La question n'est pas si évidente et le modèle états-unien pas plus convaincant.

Re qualifier « l'Autorité judiciaire » ou le « pouvoir judiciaire » au sein des Constitutions nécessiteraient dès lors une nouvelle approche de la théorie dite « de la séparation des pouvoirs ». Dès lors, la « distinction des pouvoirs »³¹ apparaît avoir davantage de sens que la séparation des pouvoirs notamment dans des régimes où l'exécutif, le législatif et le judiciaire collaborent ensemble. En effet, le principe même de séparation des pouvoirs supposerait donc la spécialisation et l'indépendance de la justice. Ainsi qualifier le judiciaire de « pouvoir » nécessite la présence d'organes spécialisés dans l'exercice de la fonction de juger et des garanties d'indépendance. Une indépendance constitutionnalisée mais remise en question notamment en terme de justice constitutionnelle.

En effet, les Cours constitutionnelles sont soumises à une certaine dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif et/ou du pouvoir législatif. Cette dépendance est alors très liée au mode de nomination des juges constitutionnels, ces derniers apparaissant parfois incompetents ou peu compétents au regard du poste qu'ils occupent et ayant davantage obtenu le poste pour leur obéissance et soumission à l'égard du nommant. Retrouver une indépendance effective de la justice constitutionnelle nécessiterait dès lors des juges compétents et de nouvelles modalités d'accéder à ses postes parfois tant convoités.

²⁹ ROUSSEAU D., « Le président peut-il être le « garant de l'indépendance » de l'autorité judiciaire ? », in *Après-Demain*, 2017/1, n°41, Fondation Seligmann, p.17

³⁰ DENOIX DE SAINT MARC R., « Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire », in *Site du Conseil constitutionnel*, consulté le 24/05/2023

³¹ BOUCOBZA I., « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », in *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, Le Seuil, p.74

II. Une justice constitutionnelle compétente pour une indépendance de la justice effective

La compétence des juges constitutionnels est soumise à l'étude de la formation de la justice constitutionnelle. Nomination, durée du mandat et incompatibilités sont dès lors les lignes directrices à étudier et à analyser afin de connaître de l'effectivité de la justice constitutionnelle. A titre d'illustration, la composition des juridictions constitutionnelles vient poser certaines difficultés (membres de droit, nomination par les Présidents des pouvoirs exécutifs et législatifs, ...). Le choix des membres nommés est ainsi qualifié de choix stratégique en s'assurant de leur obéissance et de leur soumission.

Plusieurs questions viennent alors à l'esprit : Comment sont nommés les membres des Cours constitutionnelles ? Sont-ils sages, impartiaux et indépendants car anciens ? *In fine*, la justice constitutionnelle est-elle indépendante ?

S'il n'y a pas, en France, officiellement de justice constitutionnelle, elle est pour autant visible et exercée par le Conseil constitutionnel. On peut dès lors considérer, à l'instar de cet article, que la France dispose d'une justice constitutionnelle.

« Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée. En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage. »³², un mode de nomination en somme tout à fait simple qui pose toutefois de réelles interrogations quant à leur impartialité et à leur indépendance.

³² Article 56 de la Constitution française de 1958

Une étude anglaise, faite en 2009 mais toujours d'actualité, avait alors démontré que, d'une part, les juges constitutionnels apparaissaient plus indépendants et impartiaux en période de cohabitation et, d'autre part, que la carrière antérieure d'un juge avait un impact sur le rendu des décisions³³.

Dès lors, en ce qui concerne la carrière antérieure du juge, il a été établi que « les juges ayant exercé des fonctions politiques seraient plus susceptibles de voter de manière politique que les juges ayant une formation juridique »³⁴. Le Conseil constitutionnel ayant une moyenne d'âge de 71 ans³⁵, l'espoir de voir les habitudes des dits « sages » changés s'amenuise.

Concernant l'attitude des membres du Conseil constitutionnel en période de cohabitation, ces derniers retrouvent une certaine impartialité, il y a là un mal pour un bien, le « mal » étant la cohabitation et le « bien » le regain d'indépendance au sein du Conseil. Un constat notamment établi lors de la cohabitation Chirac-Jospin entre 1997 et 2002. Dès lors, en période de cohabitation, les décisions du Conseil sont moins influencées en ce que des divergences politiques plus ou moins fortes existe entre le Gouvernement et le chef de l'Etat. Le taux de censure est ainsi plus fort lors de ces périodes extraordinaires³⁶.

Cependant, il est également à noter que, en période de concordances des majorités, un taux de censure existe également. En effet, et comme le faisait remarquer Jean-Claude Colliard, « un conseiller qui voterait systématiquement en faveur des positions de celui qui l'a nommé se déshonorerait vis-à-vis de ses collègues »³⁷.

Le Conseil constitutionnel est donc soumis à la gérontocratie, un système qui n'apparaît toutefois pas être le meilleur.

³³ FRANCK R., « Judicial Independence Under a Divided Polity. A Study of the Rulings of the French Constitutional Court, 1959- 2006 », in *Journal of Law, Economics and Organization*, 2009, vol. 25, n° 1, pp. 262-284

³⁴ ESPINOSA R., « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question », in *Les Cahiers de la Justice*, 2015/4, n°4, Dalloz, pp. 547 à 561

³⁵ BONNIN N., « Âge, formation, origine... Qui sont les membres du Conseil constitutionnel ? », in *France Info*, 14/02/2019

³⁶ ESPINOSA R., « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question », in *Les Cahiers de la Justice*, 2015/4, n°4, Dalloz, p.552

³⁷ D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Éditions Gallimard, 2010, p.304

De plus, la Constitution de 1958 avait prévu des membres de droit du Conseil constitutionnel, cette particularité franco-française permettait alors aux anciens Présidents de la République de siéger à vie au sein du Conseil. Avoir un siège au sein de cette institution avait alors un double objectif, d'une part, cela revêtait une fonction honorifique et, d'autre part, de compléter la retraite dorée de nos anciens Présidents de la République³⁸. Cependant, de nombreux Présidents ont choisi de ne pas siéger au Conseil constitutionnel, comme François Hollande ou encore Nicolas Sarkozy, un choix salué qui devrait devenir la norme à l'avenir, la disposition constitutionnelle prévoyant les membres de droit devenant obsolète et supprimable.

Malgré un léger regain d'indépendance pour le Conseil constitutionnel depuis 1974, certaines nominations de ses membres et affaires traitées par ce dernier sont venues remettre en cause l'institution elle-même. Véronique Malbec, Roland Dumas, Jacqueline Gourault, autant de noms qui font échos dans la presse remettant en cause leurs compétences au sein du Conseil.

En effet, si l'on reprend brièvement leurs parcours et leurs nominations, chacun d'entre eux à, en amont ou a posteriori, remis sur le devant de la scène l'argument d'un Conseil constitution politisé. En 2022, Richard Ferrand, alors Président de l'Assemblée nationale, décide de proposer le nom de Véronique Malbec, ancienne magistrate, afin de rejoindre les sages ; un choix vivement critiqué qui a pourtant obtenu était validé, les liens reliant Véronique Malbec et Richard Ferrand étant soupçonneux. Précisément, Mme Malbec, en 2017, était alors procureure générale de Rennes lors de l'affaire des Mutuelles de Bretagne, une affaire où Richard Ferrand avait été mis en cause et qui avait pourtant été classé sans suite³⁹. Une nomination aussi suspecte que celle de Jacqueline Gourault ; nommée par Emmanuel Macron, ce choix a largement été considéré comme politique permettant ainsi au Président de la République de consolider les liens avec le Modem peu de temps avant l'élection présidentielle de 2022⁴⁰. Un choix de nomination politique du Président de la République qui n'est pas inédit puisque les mêmes soupçons avaient été émis à l'encontre de la nomination de Jacques Mézard par Emmanuel Macron en 2019⁴¹.

³⁸ POUCHARD A., « Le Conseil constitutionnel, une institution très politique », in *Le Monde*, 08/01/2013

³⁹ GONZALES P., « Nomination de Véronique Malbec: soupçons de renvoi d'ascenseur au Conseil constitutionnel », in *Le Figaro*, 16/02/2022

⁴⁰ « Les nominations de Jacqueline Gourault, Véronique Malbec et François Sénors au Conseil constitutionnel validées par les parlementaires », in *Le Monde*, 23/02/2023

⁴¹ POUSSIELGUE G., « Emmanuel Macron nomme Jacqueline Gourault au Conseil constitutionnel », in *Le Monde*, le 15/02/2022

Si les nominations sont donc régulièrement soumises à de vives critiques, les actions post-nominations de certains sages sont également critiquables. En 2015, 20 ans après les faits, Roland Dumas avait alors reconnu avoir validé les comptes de campagne de Balladur et Chirac en 1995, des comptes manifestement irréguliers⁴². Même en affirmant avoir « sauvé la République », ce type d'action ne peut se justifier, la République ne pouvant être sauvé qu'au travers du respect des règles établies.

Il a pourtant essayé de se retirer de cette dépendance vis-à-vis des pouvoirs exécutifs et législatif. Des essais qui sont apparus réussis notamment avec la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, « décision Liberté d'association ». Cette décision a ainsi permis au Conseil constitutionnel de prendre son indépendance vis-à-vis du Parlement et du gouvernement. Depuis 1971, il ne s'apparente donc plus seulement, comme le disait Charles Eisenmann, à un « canon braqué contre le Parlement ». Un parti pris qui n'est pas du goût de tous et qu'une minorité de la doctrine remet en question dont Otto Pfersmann qui considère le Conseil constitutionnel incompetent pour prendre des décisions telles que « Liberté d'association »⁴³.

Si le Conseil constitutionnel apparaît bien comme une exception à ce qui se fait au sein des Etats membres de l'Union européenne, les Cours constitutionnelles autrichiennes, allemandes et polonaises ne sont pas pour autant totalement dépolitisées. En effet, les membres de ces Cours apparaissent davantage compétents mais l'omniprésence des pouvoirs exécutifs et/ou législatifs dans le processus de nomination est toujours à déplorer.

En Autriche, l'article 147 de la Constitution dispose que « La Haute Cour constitutionnelle se compose d'un président, d'un vice-président, de douze autres membres titulaires et de six membres suppléants. Le président, le vice-président, six autres membres titulaires et trois membres suppléants sont nommés par le président de la confédération sur la proposition du gouvernement fédéral ; ces membres doivent être pris parmi les juges, les fonctionnaires de l'ordre administratif et les professeurs aux Facultés de droit et de sciences politiques des Universités. Les six autres membres titulaires et les trois autres membres suppléants sont nommés par le président de la

⁴² « Roland Dumas : « En 1995, les comptes de campagne de Balladur et Chirac étaient manifestement irréguliers » », in *Le Monde*, 28/01/2015

⁴³ TROPER M., « Réplique à Otto Pfersmann », in *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/2, n°50, PUF, pp. 350-351

Confédération sur des listes de présentation à raison de trois noms par siège à pourvoir établies pour trois membres titulaires et deux suppléants par le Conseil national, et pour trois membres titulaires et un suppléant par le Conseil des Provinces et des professions. [...] Le président, le vice-président, les autres membres titulaires et les membres suppléants doivent avoir suivi le cycle complet des études de droit et de sciences politiques et avoir exercé pendant 10 ans au moins une profession pour laquelle ces études sont exigées. »

Accorder aux deux grands partis politiques autrichiens la nomination des membres de la Cour constitutionnelle devait permettre d'accroître la confiance des grands groupes politiques envers la Cour constitutionnelle ; cependant, cette confiance des acteurs politiques vient contrer la confiance de la population autrichienne envers la Cour notamment du fait que les votes de la Cour se déroulent à huis clos⁴⁴. Cette omniprésence du politique, et notamment du politique-législateur, fait que les décisions de la Cour constitutionnelle soit trop souvent « réservée »⁴⁵. Pour autant, l'exigence constitutionnelle émise à l'encontre des membres de Cour, qui prévoit que ces derniers soient titulaires d'un diplôme d'études de droit et de sciences politiques et prévoyant l'exercice d'une profession liée à ces études, permet aux décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne de revêtir davantage de légitimité en ce que les membres de cette institution apparaissent comme compétents⁴⁶.

Enfin, cette Cour est moins gérontocratique que le Conseil constitutionnel français puisque le mandat des juges constitutionnels expire à la fin de l'année de leur soixante dixième anniversaire⁴⁷.

Quant à l'Allemagne, sa Cour constitutionnelle est très certainement la moins politisée et la plus indépendance. En effet, l'indépendance des juges, et donc de la justice, est assurée par les règles relatives à la durée des fonctions et aux incompatibilités (article 94 loi fondamentale allemande), des règles qui existent également dans les autres pays mais qui s'apprécient davantage en Allemagne en ce qui concerne l'indépendance de la justice. De plus, la Cour constitutionnelle

⁴⁴ ÖLINGHER T., « Cour constitutionnelle autrichienne », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 33, n°2, 1981, p. 576

⁴⁵ Ibidem

⁴⁶ HOLZINGER G., « La Cour constitutionnelle autrichienne », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°36, juin 2012, pp. 183 à 193

⁴⁷ Article 147 alinéa 7 de la Loi constitutionnelle fédérale
§ 10 de la loi relative à la Cour constitutionnelle autrichienne

allemande connaît une certaine indépendance en matière d'organisation et détient les pleins pouvoirs de ses compétences.

La Cour constitutionnelle est institutionnelle émancipée, cela signifie qu'elle « existe à côté des instances suprêmes des différentes branches de la juridiction et qu'elle leur est supérieure dans la mesure où leurs jugements peuvent être présentés à la Cour constitutionnelle fédérale pour être contrôlés en matière de juridiction constitutionnelle »⁴⁸. Si l'émancipation de la Cour constitutionnelle fédérale allemande intervient après celle de la Cour constitutionnelle autrichienne en 1920, c'est bien celle-ci qui a permis un mouvement d'émancipation institutionnelle en Europe, en Afrique et en Amérique latine à partir des années 1950.

De plus, la Cour constitutionnelle est dotée de pleins pouvoirs des compétences notamment avec le recours constitutionnel, les procédures contentieuses entre la Fédération et les Länder et les questions de répartition des finances entre Fédération et Länder⁴⁹.

Enfin, le pouvoir exécutif allemand ne détient aucune emprise quant à la composition de la Cour, elle est davantage soumise au Bundestag et au Bundesrat mais son indépendance est possible grâce à la nomination de juges fédéraux au sein de la Cour constitutionnelle.

En Pologne, la situation actuelle ne permet pas de poser une analyse concrète entre ce que dispose la Constitution et ce qui est exercé en pratique. En effet, il existe désormais un régime disciplinaire des juges, une entrave voire une violation de l'indépendance de la justice polonaise. Une nomination qui impacte donc les décisions rendues lors du contrôle *a priori*. Pour autant, si l'on ne devait s'en tenir qu'à la lettre constitutionnelle et notamment à son article 194, la Cour constitutionnelle polonaise est tantôt soumise au pouvoir législatif et tantôt soumise au pouvoir exécutif puisque quinze juges sont individuellement élus par La Diète pour neuf ans parmi les personnes se distinguant par leur connaissance du droit et le président et le vice-président de la Cour constitutionnelle sont nommés par le président de la République parmi les candidats présentés par l'Assemblée générale des juges de la Cour constitutionnelle. Une soumission qui apparaît relative, en théorie, puisque les juges constitutionnels apparaissent compétents. Puisque la répétition est la

⁴⁸ PIEROTH B., « La Cour constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe », in *Cités*, 2003/1, n°13; PUF, p. 61

⁴⁹ *Ibidem*

mère de l'apprentissage, il est important de noter que cette analyse polonaise est à relativiser entre ce que prévoit le texte constitutionnel et ce qui est aujourd'hui mis en pratique par le gouvernement polonais.

L'indépendance de la justice constitutionnelle est donc relative suivant les Etats mais elle n'est jamais pleine et entière puisqu'une emprise politique de la part du pouvoir exécutif et/ou du pouvoir législatif est à constater, il y a donc une confusion des pouvoirs malsaine pour l'indépendance de la justice.

S'il n'y a pas de système parfait, il est tout de même possible de proposer des remèdes afin de rendre davantage indépendante, compétente et effective les Cours constitutionnelles. L'une de ces solutions serait l'ouverture d'une classe de spécialisation en droit et contentieux constitutionnels au sein de l'Ecole de la Magistrature de l'Etat. De plus, les juges constitutionnels ne seraient plus nommés mais recrutés dans cette classe spéciale. Symboliquement, il est toutefois possible de laisser le Président de la République nommer le Président de la Cour constitutionnelle. Enfin, il apparaît nécessaire de faire du Conseil constitutionnel français une véritable Cour constitutionnelle.

Les Cours constitutionnelles française, allemande, autrichienne et polonaise apparaissent donc, plus ou moins, politisées et dépendantes des pouvoirs exécutifs et/ou législatifs. Il est toute fois remarquable que l'instauration d'un contrôle a posteriori a permis à ces Cours constitutionnelles de s'émanciper des politiques.

III. Une justice constitutionnelle apparaissant comme dépolitisée et indépendante *a posteriori*

Le contrôle *a posteriori* apparaît comme le remède au manque d'indépendance de la justice constitutionnelle notamment vis-à-vis du pouvoir exécutif.

En France, cela peut se vérifier puisque, considéré comme un organe décisionnel lors de sa création, le Conseil constitutionnel français s'apparente désormais à une juridiction constitutionnelle avec l'avènement de la QPC.

L'article 61-1 de la Constitution française de 1958 a été introduit lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, il dispose que « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours

devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. ». Cette disposition permet ainsi au Conseil constitutionnel de se doter du statut de juridiction⁵⁰, ses membres devenant de véritables juges constitutionnels à part entière.

Si les décisions QPC du Conseil constitutionnel apparaissent plus impartiales et permettent donc une plus grande indépendance de la « justice constitutionnelle » française, cette impartialité est toujours remise en cause par la composition de cette institution.

Initialement prévu dans le cadre du contrôle *a priori*, l'impartialité des décisions DC du Conseil constitutionnel s'est retrouvée muselée. Ce n'est qu'en 2010 avec l'entrée en vigueur de la QPC que le principe d'impartialité, exigence prévue par la Convention européenne des Droits de l'Homme, s'est retrouvée respectée en étant inscrit dans le règlement intérieur spécifique au contrôle *a posteriori*⁵¹.

Pour autant, en 2020, une étude a relevé que les décisions QPC du Conseil constitutionnel manquaient de cohérence en ce qui concerne l'effet utile des décisions et qu'elles comportaient des insuffisances dans la motivation par le Conseil constitutionnel quant à son choix de conférer ou non à une décision un effet utile⁵².

Une étude qui vient donc proposer quatre pistes de réflexions et propositions. En premier lieu, les auteurs proposent « de soumettre la question des effets dans le temps (en général) et de l'effet utile (en particulier) au contradictoire ». Ils proposent également de réorganiser la motivation du ou des considérants d'espèce relatifs à l'effet des décisions. La troisième proposition vise à « opérer une division du travail entre le juge constitutionnel et le juge *a quo* » permettant ainsi au Conseil constitutionnel de laisser les juges ordinaires effectuer une appréciation *in concreto* de l'applicabilité de la déclaration d'inconstitutionnalité au requérant. Enfin, les auteurs de cette étude

⁵⁰ LOTTIN D., « Avec l'introduction de la QPC, le Conseil constitutionnel acquiert le statut de juridiction », in *Titre VII* 2020/octobre (Hors série), pp. 7 à 9

⁵¹ DAVID A., « Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux *a priori* à la QPC », in *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n°12, pp. 123 à 133

⁵² MOUTON S., CARPENTIER M., BERTRAND T., BIOY X., CROZES A., EUDE M., GLINEL M., MAMOUDY O., MARGUIN J., LICHARDOS G., PERLO N., POIZAT E. Et PUISSANT J., « L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », in *Titre VII*, 2020/octobre (Hors série), pp. 114 à 130

invitent « le Conseil constitutionnel à tirer les conséquences des décisions d'assemblée précitées du Conseil d'État du 24 décembre 2019 relatives à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles »⁵³.

Considérée comme innovante⁵⁴, la Cour constitutionnelle autrichienne a inspiré les Cours constitutionnelles européennes, ses missions sont certes détaillées et limitées par la Constitution, cela lui permet une certaine autonomie et indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs.

En effet, les idées Hans Kelsen et Adolf Julius Merk ont fortement inspiré les dispositions de la Loi constitutionnelle fédérale relatives à la Cour constitutionnelle de 1920. Des dispositions qui prévoyaient la concentration entre les mains d'une juridiction autonome afin de contrôler la constitutionnalité des lois par rapport aux autres institutions ; de plus, cette juridiction devait revêtir un caractère de « spécialisation » dans le jugement de questions de nature constitutionnelle. La Cour constitutionnelle autrichienne se distingue donc de ce qui se fait aux Etats-Unis où il n'y a pas de spécialisation puisque « tout juge est compétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi et, le cas échéant, écarter cette dernière dans le cas concret qu'il doit trancher »⁵⁵.

Si elle fut donc considérée, dès 1920, comme une juridiction innovante, elle a connu une extension à partir de 1950 à de nombreux Etats européens comme en Allemagne. Pour autant, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a également influencé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle autrichienne à partir des années 1980. En effet, la Cour autrichienne était soumise à une « judicial self restraint », le législateur ayant une marge d'appréciation importante, une conception critiquée puisque considérée comme trop réservée⁵⁶. C'est ainsi sous l'influence de la Cour constitutionnelle allemande, mais également sous l'influence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, que l'Autriche a progressivement abandonné sa jurisprudence marquée de « judicial self restraint », développant ainsi une jurisprudence qui restreignait la liberté d'appréciation du législateur.

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ HOLZINGER G., « La Cour constitutionnelle autrichienne », in *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°36, juin 2012

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ *Ibidem*

La Cour constitutionnelle allemande détient son indépendance par le fait qu'elle constitue un modèle européen de justice constitutionnelle ; en effet, cette Cour « faisait un tabac à l'exportation »⁵⁷. Ce modèle tient au fait que, dans un premier temps, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a longtemps été considérée comme la plus autonome et indépendante des Cours constitutionnelles européennes et notamment des Etats de l'ancien bloc de l'est en ce que ces Etats ont mis en place des juridictions constitutionnelles intégrées après l'effondrement du bloc soviétique⁵⁸. Mais cette qualification de modèle européen est surtout attachée aux caractéristiques du recours constitutionnel allemand repris dans de nombreux pays européens comme en Pologne où, depuis 1997, les recours constitutionnels relèvent du tribunal constitutionnel polonais.

De même, la Pologne a repris certaines dispositions relatives à la Cour constitutionnelle allemande en prévoyant comme condition de recevabilité dans les lois d'exécution relatives aux règles constitutionnelles l'épuisement de la voie judiciaire, exceptions comprises⁵⁹.

Si l'autonomie de la Cour constitutionnelle fédérale allemande a été assimilée à un triomphe, il est nécessaire de relativiser cet exploit à propos du recours constitutionnel. En effet, il est certes repris dans de nombreux Etats comme la Pologne mais qui connaît également certaines réticences comme en Hongrie où la seule possibilité pour un citoyen de faire valoir devant le tribunal constitutionnel l'anticonstitutionnalité d'une norme est que cette dernière serve de base à un acte exécutif⁶⁰ ; par suite, si la norme est déclarée anticonstitutionnelle, cette dernière est alors annulée contrairement à l'acte individuel récursoire.

⁵⁷ LIMABCH, « Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa », *NJW*, 2001, p. 2913

⁵⁸ PIEROTH B., « La Cour constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe », in *Cités*, 2003/1, n°13, PUF, p.64

⁵⁹ *Ibidem*, p.65

⁶⁰ DESÓLYOM, « Aufbau und dogmatische Fundierung der ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit », *Ost-Europa-Recht*, 2000, p. 230.

*
* *

EN RÉSUMÉ :

La France ne détient pas de justice constitutionnelle à proprement parler contrairement à l'Allemagne, l'Autriche ou encore la Pologne alors même que le Conseil constitutionnel est une juridiction constitutionnelle depuis 2010 et l'instauration de la QPC. La justice constitutionnelle participe au principe d'indépendance de la justice qui ne doit pas devenir une seule et même Justice mais qui doit permettre la collaboration des justices ordinaire, administrative et constitutionnelle.

Si constitutionnellement parlant la Pologne détient une plus grande indépendance que la France, la pratique actuelle du gouvernement remet totalement en cause la lettre constitutionnelle.

Les Cours constitutionnelles allemandes et autrichiennes apparaissent comme des modèles européens et sont une source d'impulsion en matière de justice constitutionnelle.

La question de l'intitulé de la Justice au sein de la Constitution participe également à l'effectivité de l'indépendance de la justice, une question intranchée qui revêt pourtant un caractère sérieux et important afin notamment de dépolitisée la justice constitutionnelle.