

Conventionnalité et constitutionnalité

Séville 27-28 octobre 2017

I. La possibilité de confronter la loi à une norme supérieure, constitutionnelle ou conventionnelle est somme toute assez récente en France.

Nous avons, depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et en réaction aux empiètements des Parlements d'Ancien Régime, longtemps été la patrie de la souveraineté de la loi « expression de la volonté générale »¹. Les juges, dans cette conception ne pouvaient être que les porte-paroles de la loi et rien d'autre.

Et ceci ne faisait aucun doute dans leur esprit : cela allait de soi. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat étaient d'accord sur le postulat que l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi « ne peut être portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire » (cass. Civ. 2^e 20 décembre 1956 Bull. Civ. N° 714 p.464). Ou encore que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi « *n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux* » (section 6 novembre 1936 Sieur Arrighi rec. P. 996).

Ce tabou de la loi « hors d'atteinte » de tout juge a commencé à perdre de sa puissance avec la Constitution du 4 octobre 1958.

C'est évidemment la création du Conseil constitutionnel qui a été le facteur principal d'évolution.

¹ Même dans la lointaine Chine la France se dit « Fǎguó » « Le pays de la Loi » suivant certaines traductions.

Bien sûr, initialement, le contrôle de constitutionnalité était enfermé dans des limites étroites.

C'était uniquement un contrôle « a priori » n'intervenant qu'une fois, entre le vote de la loi au Parlement et sa promulgation.

Il fallait que le Conseil constitutionnel soit saisi. Au début par le Président de la République, le Premier ministre ou les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, puis à partir de 1974 également par 60 députés ou 60 sénateurs.

Ensuite ce n'est qu'à partir de sa célèbre décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association que le Conseil constitutionnel s'est affranchi de son rôle étroit de contrôleur du respect des mécanismes institutionnels et procéduraux d'élaboration de la loi, pour étendre son contrôle au « bloc de constitutionnalité » constitué par la Constitution, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 (pour les droits économiques et sociaux) et « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Enfin l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par la réforme constitutionnelle de 2008, entrée en vigueur en 2010 est venue parachever ce dispositif, en permettant de contester la loi, a posteriori, et après « filtrage » des seules questions « nouvelles ou sérieuses », en cas de méconnaissance d'un droit ou d'une liberté reconnus par la Constitution. J'y reviendrai.

Mais cette évolution rapide et forte ne concerne vous l'avez noté que le seul contrôle de constitutionnalité. En effet par sa fameuse décision dite IVG², (Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975) le Conseil constitutionnel a fermé la porte (définitivement ?) et pour ce qui le concerne, au contrôle de

² Interruption volontaire de grossesse

« conventionnalité ». Nous refusons de contrôler la conformité des lois qui lui sont déferées aux stipulations des traités qu'ils soient bilatéraux, multilatéraux ou européens (TUE, TFUE ou CESDH). Mais en fermant cette porte du contrôle de conventionnalité à son niveau, il l'a très clairement ouverte au niveau des juges ordinaires, de la juridiction judiciaire comme de la juridiction administrative.

En effet, après la décision IVG le Conseil constitutionnel a nettement confirmé « qu'il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives » (décision 86-216 DC du 3 septembre 1986 cdt 6).

Il fallait bien en effet que l'article 55 de notre Constitution qui confère aux traités une autorité supérieure à celle des lois, conformément à notre conception « moniste » des engagements internationaux de la France, ne reste pas lettre morte et trouve un juge pour le faire respecter.

Comme le disait le Secrétariat général du Conseil constitutionnel dans son commentaire sur la décision précitée de 1986.

« La formulation ainsi adoptée traduit sans aucun doute le souci du Conseil constitutionnel de voir respecter, conformément à la volonté du constituant, la suprématie du traité sur la loi. La référence « aux compétences respectives » des organes de l'Etat manifeste cependant le souci du juge constitutionnel de laisser aux juridictions charger d'appliquer la règle de droit, le soin de définir elles-mêmes leur sphère de compétence ».

Cette « fermeture / ouverture » au contrôle de conventionnalité résultant de la décision IVG de 1975 a été parfaitement comprise par les juges ordinaires.

Ils étaient d'autant plus incités à le faire qu'il leur fallait assurer, non seulement l'effectivité de l'article 55 de la Constitution, mais aussi la « primauté »

du droit de l'Union Européenne, consubstantielle au Traité de Rome et à ses évolutions successives.

C'est précisément dans une affaire de conformité au droit de l'Union que le juge judiciaire a usé pour la première fois du contrôle de constitutionnalité que la décision IVG lui avait laissé libre d'exercer. C'est la célèbre décision de la Cour de cassation, prise en chambre mixte, Société des Cafés Jacques VABRE du 24 mai 1975 D. 1975 p 497 Conclusions TOUFFAIT par laquelle était validée la décision homonyme de la Cour d'appel de Paris qui avait écarté l'application de la taxe intérieure de consommation prévue par le code des douanes du fait de son incompatibilité avec les dispositions de l'article 95 du Traité de Rome au motif que ce traité avait, en vertu de l'article 55 de la Constitution une autorité supérieure à la loi française même postérieure.

Du côté du Conseil d'Etat, l'évolution a été moins rapide et ce n'est que le 20 octobre 1989 qu'il a franchi le pas en Assemblée du contentieux par la fameuse décision « Nicolo » aux conclusions Frydman. Il était temps de le faire, même si c'était plus difficile pour le Conseil d'Etat dont toute la jurisprudence était commandée par le contrôle de conformité à la loi des actes administratifs. La loi, sa norme de référence absolue, devenait moins incontestable. Un vrai changement de paradigme.

A noter, ceci n'est peut-être pas complètement sans lien avec la décision du Conseil d'Etat de s'emparer du contrôle de constitutionnalité, que le Conseil constitutionnel lui-même, juge de premier et dernier ressort de l'élection des députés et des sénateurs, et donc dans une compétence étrangère à son office de juge constitutionnel, avait vérifié la conformité de la loi relative au mode de scrutin pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale au Protocole n°1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. (Décision n°88-1082 /1117 du 21 octobre 1988 A.N. Val d'Oise 5^{ème} circonscription).

Une fois le pas franchi, le contrôle de conventionnalité des lois en vigueur par les juges judiciaires et administratifs a connu un rapide et puissant développement en particulier bien sûr au regard du droit de l'Union et de la CESDH. Et avec un accent remarquable sur les principes fondamentaux et les droits et libertés proclamés et garantis par ces traités.

II. L'entrée en lice de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)

Avec l'entrée en lice en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité, on aurait pu penser (certains des concepteurs de ce nouveau mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois en vigueur l'avaient même ouvertement souhaité...) que les juridictions judiciaires et administratives usant largement de la nouvelle QPC feraient moins appel au contrôle de conventionnalité. Le caractère « prioritaire » donné par le constituant à la question de constitutionnalité était un signe de cette volonté, plus ou moins clairement exprimée, de ramener au niveau constitutionnel, le contrôle du respect des droits fondamentaux par les lois en vigueur, auparavant possible seulement par le contrôle de conventionnalité.

Après sept années de mise en œuvre de la QPC on peut dire que ce scénario ne s'est pas vérifié.

Bien sûr la nouvelle possibilité, via la QPC, offerte aux parties à un procès, de constater la constitutionnalité de la loi applicable au litige a été largement utilisée. Le Conseil constitutionnel reçoit ainsi, bon an mal an 80 saisines de la part des juges du filtre Conseil d'Etat et Cour de cassation. Mais le contrôle de conventionnalité ne s'en est pas trouvé affaibli pour autant. Pourquoi ?

J'y vois plusieurs raisons.

- Le contrôle de conventionnalité, construit, en ce qui concerne les droits fondamentaux, principalement à partir de la jurisprudence de la Cour européenne

des droits de l'homme, offre aux requérants en quelque sorte une seconde chance d'écarter l'application d'une loi qu'on lui oppose et ce de manière plus individualisée, plus concrète.

- La primauté du droit de l'Union ensuite, n'est pas affaiblie par la QPC, puisqu'elle joue de manière générale. La QPC, elle, n'est ouverte que lorsque des droits et libertés constitutionnellement protégés sont froissés par la loi.

Le contrôle de conventionnalité, au sens large, par les juges administratifs et judiciaires, du respect par le législateur du droit de l'Union s'opère en termes purs et simples de hiérarchie des normes, quel qu'en soit le contenu et n'est pas limité à l'hypothèse d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte européenne des droits fondamentaux.

- Enfin dernière raison expliquant le développement toujours puissant du contrôle de constitutionnalité, c'est qu'il peut être mis en œuvre directement et à tous les niveaux des deux ordres juridictionnels.

Ainsi on doit constater que les deux types de contrôle : constitutionnalité et conventionnalité coexistent et prospèrent, chacun dans sa sphère.

Cela crée une situation complexe, mais vivante. Elle présente certes quelques risques de compétition, voire de contradiction dans la façon de faire respecter les droits et libertés constitutionnellement ou conventionnellement garantis.

Mais comment regretter que les justiciables puissent bénéficier de plusieurs voies de droit pour faire prévaloir des principes largement communs ?

Et puis cette situation est un puissant moteur du dialogue des juges et j'ajouterai, du dialogue des ordres juridiques. Et cela au service d'indéniables progrès, en particulier au niveau européen.

En faisant un tour (trop rapide je l'avoue !) de la façon dont le droit conventionnel et singulièrement la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pénètre ou inspire nos Cours constitutionnelles, je n'en ai pas trouvé une seule, et en tout cas pas autour de cette table qui ne tienne pas compte, certes à des degrés divers, des instruments internationaux conventionnels de protection des droits fondamentaux.

Il y a d'abord les pays qui ont incorporé la Convention européenne des droits de l'homme à leur loi fondamentale. Dans ce cas le contrôle de conventionnalité (en tout cas au regard de la Convention) devient un contrôle de constitutionnalité. Solution radicale mais qui n'empêche nullement des interprétations divergentes des Cours constitutionnelles concernées avec la Cour européenne des droits de l'homme. C'est le système adopté par l'Autriche et Malte par exemple.

Vous pardonnerez mon audace si je m'aventure à résumer en quelques mots, en présence d'éminents connaisseurs du sujet, ce que j'ai compris de la manière dont vos trois Cours prennent en compte la protection conventionnelle des droits fondamentaux.

Je commencerai par notre hôte l'Espagne. Le contrôle de conventionnalité, a comme en France, été renvoyé en Espagne par le Tribunal constitutionnel, aux tribunaux ordinaires, chargés de faire respecter l'article 96 de la Constitution, majoritairement interprété par la Doctrine comme impliquant la primauté des traités sur la loi interne.

Mais, à la différence de la France, l'article 10 (2) de la Constitution espagnole pose le principe, s'agissant des droits fondamentaux qu' « on interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et

aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne » dont bien sûr la CESDH.

Cette formule est intéressante et illustre bien mon propos sur le dialogue des juges. Mais ma curiosité reste grande de savoir comment cette norme constitutionnelle est mise en œuvre, Monsieur le Président, par votre Tribunal constitutionnel.

Au Portugal, l'approche est en fin de compte assez proche. Le contrôle de conventionnalité est aussi un contrôle diffus. Mais lorsque le juge ordinaire envisage d'en faire application il doit d'abord (art.8 de la Constitution) poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle pour que celle-ci vérifie que le Traité concerné remplit bien les conditions formelles (ratification, réciprocité) nécessaires à son incorporation à l'ordre juridique interne. A ce niveau il ne s'agit pas d'un contrôle de fond et la Cour constitutionnelle du Portugal refuse de connaître d'un grief de violation par la loi des stipulations de la CESDH.

Mais si j'ai bien compris la Cour constitutionnelle, dans le cas très exceptionnel dans lequel un droit fondamental garanti par la CESDH ne le serait pas également par la Constitution portugaise, pourrait par application de l'article 16 (1) de la Constitution censurer la violation du droit protégé par la seule CESDH.

L'Italie à mes yeux occupe une position pleine d'enseignements et qui éclaire un aspect très important de la combinaison entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité, à savoir ses limites.

En effet la Consulte distingue nettement le droit de l'Union « système plus ample, de nature supranationale » (Arrêt n°348/2007) de celui ici de la CESDH qui « ne crée pas un ordre supranational ». (même arrêt)

La Cour constitutionnelle italienne analyse donc la CESDH comme un traité international classique. Mais elle se reconnaît aussi le pouvoir de vérifier que la norme conventionnelle telle qu'interprétée à Strasbourg ne contrarie l'application pleine et entière de la norme constitutionnelle. LA CESDH « ne pourra pas » compléter le paramètre constitutionnel (arrêt n°113 du 7 avril 2011).

Bien mieux il lui arrive de considérer qu'une des interprétations adoptée par la Cour de Strasbourg aurait pour effet d'amoinrir le niveau de protection des droits fondamentaux prévalant en Italie, la Constitution italienne s'avérant plus protectrice. Elle a donc écarté l'application de cette interprétation dans l'ordre juridique national (arrêt n°230 de 2012 relatif à la constitutionnalité de l'article 673 du code de procédure pénale, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 95, 1^{er} juillet 2013, Nicoletta Perlo « La Cour constitutionnelle italienne et sa résistance à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un barrage contre le Pacifique ». Cette position éminemment respectable d'une Cour qui est notre ainée à tous, n'est pas sans rappeler celle de la Cour de Karlsruhe à l'égard du droit de l'Union dans sa fameuse décision dite « So Lange I » de 1974 confirmée quoiqu'avec quelques menaces avec « So Lange II » de 1986 et So Lange III de 2000. La primauté du droit de l'Union ne peut s'affirmer qu'aussi longtemps « So Lange » qu'il assure une protection équivalente à celle de la Constitution.

Nous avons une jurisprudence de même inspiration quoique fondée sur des prémices différentes puisque le Conseil constitutionnel français tire de l'article 88-1 de la Constitution l'obligation constitutionnelle de transposer complètement et loyalement les directives de l'Union.

Mais cette transposition correcte ne met à l'abri de la loi l'ayant opéré que si cette transposition ne porte pas atteinte à l'identité constitutionnelle de la France. (décision n°2006 DC du 27 juillet 2006).

On le voit, et j'en conclurai par là, l'ordre juridique international pénètre fortement notre ordre interne par le biais des traités que nous avons souscrits et par le biais du contrôle de conventionnalité. Mais la norme constitutionnelle nationale, en particulier en matière de droits fondamentaux, garde toute son importance. Le noyau dur de la garantie des droits et des libertés, infrangible, résine bien dans les Constitutions de nos Etats et dans les Cours constitutionnelles qui en assurent en dernier ressort l'effectivité.

Michel PINAULT

28/10/2017