

Synthèse des réponses au questionnaire

Mathieu Disant

Professeur à l'Université Lyon Saint-Étienne I
Expert auprès de l'ACCPUF

Cette synthèse sera amenée à sacrifier certains aspects ou particularités pour se concentrer sur quelques positions structurantes quant à l'effectivité et l'étendue du contrôle de constitutionnalité.

1. Appréciation de l'effectivité

L'appréciation de l'effectivité de la Constitution se mesure au champ du contrôle exercé, au respect des décisions rendues par la cour, ainsi qu'à la portée et aux effets qui sont les leurs.

1.1. Quant au **champ du contrôle** et à l'**accès au contrôle de constitutionnalité**

1. Vous rappelez souvent un point crucial. La Cour constitutionnelle n'agit pas *ex-officio*, mais seulement **lorsqu'elle est saisie par les sujets de droit prévus par la Constitution**. De ce point de vue, on peut résumer en une formule les enjeux d'efficience dont vous faites état : une saisine large, des voies d'accès complémentaires ! C'est-à-dire :

– d'une part, des voies de recours ouvertes et nombreuses, spécialement lorsque les particuliers s'ajoutent aux autorités politiques pour déférer à la cour les actes et comportements contraires à la Constitution. De telle sorte que le recours puisse être, dans les faits, « presque systématique » comme le souligne la Belgique ;

– d'autre part, la combinaison des modalités de contrôle : contrôle *a priori* et *a posteriori* ; par voie d'action et par voie d'exception ; diffus ou concentré, etc.

Un système complet de contrôle suppose souvent une répartition subtile des compétences contentieuses relative au contrôle de constitutionnalité. En **France**, si le Conseil constitutionnel est seul compétent pour examiner la constitutionnalité de la loi, les juridictions administratives et judiciaires interviennent dans les limites de leurs compétences, et en l'absence d'écran législatif, pour contrôler les actes infra-législatifs et notamment réglementaires. Depuis 2010, ces dernières ont aussi la charge d'apprécier le caractère sérieux des QPC en vue de leur renvoi au Conseil constitutionnel, ce qui institue l'ensemble des juridictions françaises comme des acteurs – parfois très engagés – de la justice constitutionnelle.

La **Belgique** connaît une distribution assez proche, en fonction de la norme dans laquelle gît une inconstitutionnalité. S'il s'agit d'une norme législative, les cours et tribunaux ne sont pas autorisés à constater eux-mêmes l'inconstitutionnalité. Ils sont tenus d'interroger la Cour constitutionnelle par voie de question préjudicielle.

La **Suisse** mérite une attention toute particulière car elle ne dispose pas d'un mécanisme de contrôle juridictionnel intégral. De sorte que le principe de suprématie de la Constitution n'est pas garanti de manière absolue.

En effet, aux termes de l'article 190 de la Constitution fédérale suisse, « le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales », ce qui s'entend « même si elles sont contraires à la Constitution ». Les dispositions législatives fédérales ne peuvent donc être abrogées pour cause d'inconstitutionnalité. Pour être plus précis, l'article 190 ne constitue pas une interdiction d'examiner la constitutionnalité des lois fédérales, il oblige le Tribunal à les appliquer même si elles s'avèrent inconstitutionnelles. Autrement dit, les tribunaux sont obligés d'appliquer une loi fédérale même si elle est jugée inconstitutionnelle.

Cette limitation du contrôle de la constitutionnalité de la loi fédérale est l'une des principales caractéristiques du système constitutionnel suisse. Il traduit une conception de la démocratie directe qui a été rappelée par son Excellence Madame la Présidente Samaruga. Le pouvoir judiciaire ne peut s'élever au-dessus du pouvoir législatif. L'immunité des lois fédérales peut être vue comme une exception au principe de la supériorité de la Constitution. Ou comme une « forme imparfaite » de juridiction constitutionnelle – c'est un débat régulier en Suisse qui alimente, jusqu'alors sans succès, des propositions d'abrogation de l'article 190.

Pour autant, on aurait tort d'y déceler, de façon catégorique, un défaut d'effectivité de la Constitution. De fait, la grande majorité des normes constitutionnelles sont bel et bien appliquées. Et le Parlement n'est nullement habilité à s'écarter de la Constitution fédérale. En réalité, la rigueur de la règle de l'article 190 est tempérée par le principe de l'interprétation conforme à la Constitution, d'après

lequel le juge doit conférer à une disposition légale se prêtant à plusieurs interprétations celle qui est en harmonie avec la Constitution. En somme, le Tribunal est habilité à **constater** qu'une loi fédérale viole la Constitution, mais il ne lui appartient **pas de sanctionner** cette constatation par une annulation ou par un refus d'application de la loi en question ; il peut en revanche les interpréter de manière conforme à la Constitution. Il peut aussi inviter le législateur fédéral à modifier la norme renfermant la violation à la Constitution dans les considérants d'un arrêt ou par des « indications à l'intention du législateur » figurant dans son rapport de gestion annuel.

Il n'en reste pas moins que cette situation oblige parfois les juges fédéraux à appliquer des lois inconstitutionnelles. Ainsi en est-il de certaines dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse qui traitent les hommes et les femmes de manière distincte, en contrariété avec l'article 8 al. 3 de la Constitution fédérale. Dans de tels cas, il est fait observé que « le Tribunal fédéral se trouve pieds et poing liés », il ne peut qu'inviter le législateur à changer la loi.

2. Vos cours ne sont pas seules. D'autres autorités garantissent le respect de la Constitution :

– des autorités politiques : le Parlement, le Gouvernement, mais surtout le chef de l'État, en qualité de garant de la Constitution (not. Albanie, Algérie, Bénin, Burkina, Congo, France, Gabon, Liban, Maroc, RDC, Togo...) ;

– d'autres autorités juridictionnelles, administratives ou judiciaires, soit directement (contrôle diffus) soit par l'intermédiaire du recours préjudiciel (Andorre, Albanie, Bulgarie, Maroc, Slovaquie, Tunisie) ;

– mais il faut souligner aussi le concours des autorités spécifiques : le bureau du procureur-général de la République (Mozambique), l'Avocat du peuple (Albanie), l'Ombudsman (Bulgarie, Slovaquie), voire les autorités administratives indépendantes (France). Certaines particularités consistent à ce que la compétence de saisine soit parfois limitée pour certaines autorités, c'est le cas par exemple de l'Ombudsman en Bulgarie. À part en France, ces autorités ont la faculté de saisir la Cour constitutionnelle.

Aucune cours ne fait état de rapports conflictuels avec ces autorités, qui seraient de nature à altérer de façon significative l'indépendance des cours. La différence entre garantie politique et garantie juridictionnelle est techniquement bien établie, même si bien entendu il existe des interprétations plus nuancées et parfois préoccupantes.

La situation la plus délicate est celle du contrôle, par la cour constitutionnelle, de la constitutionnalité des décisions d'une cour suprême. C'est le cas au Bénin. Depuis 2009, il est jugé que «en matière des droits de l'homme, les décisions de la Cour constitutionnelle priment celles de toutes les autres juridictions». La suprématie de la Constitution fonde ainsi une hiérarchie des juridictions.

Il est à noter qu'existe en Slovénie une «procédure de réserve». Il s'agit d'une procédure applicable lorsqu'aucune autre protection juridique n'est garantie. Dans ce cas, il incombe au tribunal administratif de statuer sur cette action, lors d'un litige administratif de légalité, pour remédier aux atteintes portées aux droits fondamentaux constitutionnels.

Au **Canada**, suite à l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été posée l'obligation pour le ministère de la Justice fédéral de s'assurer que les textes législatifs sont en conformité avec les garanties constitutionnelles en matière de droits humains. Ainsi, un processus de validation est imposé, depuis 1985 : «en vue de vérifier si l'une des dispositions [des projets ou propositions de loi] est incompatible avec les fins et dispositions de la *Charte*». Le ministre intervient ici à titre de conseiller juridique et doit, le cas échéant, faire rapport de toute incompatibilité à la Chambre des communes dans les meilleurs délais possible. Ceci étant, en pratique, ce processus de vérification ne semble pas très efficace puisque, depuis son adoption, aucun rapport de ce type n'a été soumis pour faire état d'une quelconque incompatibilité. Selon les directives internes du ministère, le seuil de validation serait excessivement bas, très permissif, voire complaisant selon certains auteurs. Le contrôle se limiterait au caractère «manifestement inconstitutionnelle».

2.2. Quant à l'autorité des décisions de vos cours. Elle est organisée par le texte constitutionnel. À quelques nuances rédactionnelles près, il est prévu que les décisions de la cour ont une force obligatoire de portée générale *erga omnes*, sont définitives, et insusceptible de tout recours. Elles s'imposent à tous les organes constitutionnels, aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles (art. 124 de la Constitution Belge ; art. 124 de la Constitution du Bénin, article 62 de la Constitution française ; mais aussi en Albanie, Bulgarie, au Burkina, Cambodge, Cameroun, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Madagascar, Maroc, Moldavie, Monaco, Mozambique, Niger, RDC, Roumanie, Slovénie, Tchad, Togo, Tunisie...).

Vos décisions étant dans leur immense et écrasante majorité suivies d'effets, c'est-à-dire respectées, on peut conclure que la suprématie de la Constitution est effective. Il existe toutefois des situations de **résistance aux décisions de la cour**. Le Niger fait état de refus de respecter certains arrêts d'annulation de

décret de convocation de référendum, ou plus récemment en 2014 lorsque le président d'un groupe parlementaire a opposé un refus d'obtempérer à l'arrêt de la Cour qui reconnaît le droit à tout député de son groupe de se présenter au poste du Bureau de l'Assemblée nationale.

En Slovénie, il existe aussi des cas dans lesquels les décisions individuelles de la Cour constitutionnelle n'ont pas été respectées. Cela survient lorsque la Cour fixe un délai dans lequel le législateur doit éliminer l'inconstitutionnalité. Il est arrivé qu'un tel délai soit dépassé de plus d'un an avant que le législateur ne réagisse, en dépit des observations réitérées de la Cour.

La question de l'**autorité jurisprudentielle** est plus partagée. Il ressort que les décisions de vos cours en sont revêtues, au moins en fait. En droit, cela dépend largement du statut normatif de la jurisprudence en général. Ou cela repose sur la hiérarchie fonctionnelle de la Cour, celle-ci pouvant – comme en Andorre – être instituée comme l'interprète suprême de la Constitution et se prononcer sur d'éventuelles divergences d'interprétation.

En **Suisse**, la jurisprudence n'est pas reconnue comme une véritable source du droit, elle est considérée comme une autorité dans la mesure où, en droit commun, le juge est invité à s'inspirer des « solutions consacrées par la jurisprudence ». Surtout, le Tribunal fédéral, en sa qualité de cour suprême, doit assumer la « sauvegarde d'une application uniforme du droit, le développement de la jurisprudence et la garantie des droits constitutionnels » (Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale).

En revanche, le **Canada** se revendique de la tradition juridique anglo-saxonne de common law, où le principe de la « *stare decisis* » permet d'assurer la sécurité, la stabilité et la prévisibilité des règles normatives. L'autorité jurisprudentielle de la Cour suprême est clairement reconnue selon le mécanisme du précédent. Très récemment, dans sa jurisprudence *Carter* du 6 février dernier, la Cour suprême a effectué un ajustement important en jugeant que les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : d'une part, lorsqu'une nouvelle question juridique se pose ; et, d'autre part, lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve « change radicalement la donne ». Il semble ainsi que le principe du *stare decisis* est beaucoup plus flexible, au moins en ce qui concerne la Charte canadienne.

En **Belgique**, l'autorité des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle est différente selon qu'il s'agit d'arrêts rendus sur recours en annulation ou d'arrêts rendus sur question préjudicielle. Dans le premier, il s'agit d'une autorité absolue de chose jugée ; dans le second, d'une autorité relative. Une « autorité relative renforcée » toutefois, car les juridictions devant lesquelles une question de constitutionnalité est soulevée ne sont pas tenues d'interroger la Cour

constitutionnelle lorsque celle-ci a déjà répondu à une question semblable, à la condition qu'elles se conforment à la réponse que celle-ci a donnée.

En **Andorre**, la Loi qualifiée du Tribunal constitutionnel dispose que « la doctrine interprétative de la Constitution élaborée par le Tribunal (...) s'impose également aux divers organes de la juridiction ordinaire ». Les précédents fixés par le Tribunal s'imposent au Tribunal lui-même, ils constituent des critères d'interprétation qui ne peuvent être modifiés par une décision motivée prise à la majorité absolue de ses membres.

En **France**, le Conseil constitutionnel considère que l'autorité de ses décisions s'attache non seulement au dispositif des décisions, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même. Elle peut être utilement invoquée à l'encontre de dispositions qui, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution. Cette solution est globalement acceptée par les juridictions du fond. Il a notamment été jugé que l'autorité des décisions du Conseil est absolue en ce qui concerne les textes mêmes dont il a examiné la constitutionnalité. Plus délicate est la question de l'autorité de l'interprétation constitutionnelle, qui a pu susciter des divergences, même si votre rapporteur y décèle une véritable autorité de chose interprétée...

Enfin, la position de la **Moldavie** mérite d'être soulignée. Les arrêts de la Cour représentent « une constatation juridique généralement obligatoire fondée sur la solution à une question constitutionnelle après avoir donné une interprétation officielle des normes respectives de la Constitution et une explication du contenu des normes alléguées ». De sorte que la force contraignante, comme c'est aussi le cas en Slovaquie, recouvre l'interprétation.

2. Quant à l'étendue de la garantie de la Constitution, je ferai de brèves observations.

Les **normes de contrôle** comprennent, en plus du texte de la Constitution, souvent son préambule et les textes visés par lui, le cas échéant l'annexe de la Constitution (Bénin), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (not. Bénin, Burkina, Cameroun), la Déclaration universelle des droits de l'homme (par ex. Burkina), la Charte des Nations unies (par ex. Cameroun), la Charte nationale des libertés de 1990 au Gabon, la Déclaration d'indépendance en Moldavie, qui définit son « identité constitutionnelle », mais aussi les lois organiques (not. Albanie, Bénin, France, Maroc), les lois qualifiées d'octroi de compétences (Andorre), les règlements des hautes institutions publiques (Bénin).

Vos **jurisprudences** se réfèrent en outre à des principes généraux (par ex. Algérie), des principes à valeur constitutionnelle, des exigences ou des

objectifs de valeur constitutionnelle (not. Cameroun, Maroc). En somme, un ensemble de normes non écrites qui se déduit au moins implicitement du texte de la Constitution et qui illustre, selon des nuances qu'il est difficile ici de retranscrire, le pouvoir sinon créateur au moins normatif de vos jurisprudences, et le rôle d'interprète constitutionnel authentique dévolue aux cours.

Par exemple, la Cour du Bénin a consacré la transparence, le pluralisme, la continuité de l'État, le principe du consensus national pour réviser la Constitution, le principe majorité/minorité dans le cadre de la pratique démocratique parlementaire... En Bulgarie, le droit constitutionnel jurisprudentiel s'illustre avec le droit de propriété et le droit des étrangers d'acquérir des terres. En France, en 1994, le Conseil a dégagé un principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, en se fondant sur le préambule de la Constitution de 1946. Au Maroc, le Conseil constitutionnel a dégagé le principe d'égalité des chances ainsi que l'interdiction et la lutte contre toutes les formes de discrimination, le principe du pluralisme politique, celui de la présomption d'innocence et plus récemment le principe des droits de la défense... pour ne citer qu'eux.

À l'exception de la Suisse, de la RDC, et de la Roumanie, où le concept n'est pas reconnu, vos jurisprudences établissent l'existence d'un « bloc de constitutionnalité » selon une expression répandue en doctrine voire au sein même de la jurisprudence : Andorre, Burkina, Cameroun, Gabon, Liban, Madagascar, Maroc, Moldavie, Niger, Tchad, et Tunisie. Ce bloc n'est parfois qu'implicite, non expressément consacré (Congo, Côte d'Ivoire, Mozambique). À l'inverse, il peut résulter du texte constitutionnel, comme en Tunisie, où l'article 146 indique que « les dispositions de la Constitution sont comprises et interprétées en harmonie comme un tout indissociable ». On voit ainsi que le « bloc de constitutionnalité » est un moyen de préserver l'unité de valeur de cette diversité textuelle, mais qu'il est aussi un moyen d'encadrer – de guider – le travail d'interprétation.

Il est important de souligner que l'expression « bloc de constitutionnalité » présente deux significations opérationnelles. Elle désigne tantôt les normes posées par le pouvoir constituant, tantôt l'ensemble des normes auxquelles sont confrontées les dispositions faisant l'objet du contrôle de constitutionnalité. La seconde acception est plus large. Un exemple : en France, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle obligatoire sur les lois organiques (normes contrôlées), avant d'utiliser celles-ci, notamment en matière financière, pour contrôler la loi ordinaire. De plus, les frontières du « bloc » peuvent être ajustées selon le champ de compétence ou la norme contrôlée.

Il importe aussi de souligner l'existence d'un quasi-(bloc de) constitutionnalité. Je pense ici aux lois « quasi-constitutionnelles » du Canada, qui ne sont pas formellement supra-législatives mais qui ont un statut spécial en raison

de leur objet et du fait qu'elles expriment, pour reprendre la formule jurisprudentielle, «certains objectifs fondamentaux de la société». Techniquement, ce statut de lois quasi-constitutionnelles présente deux effets. D'une part, les tribunaux canadiens leur donnent une interprétation large et libérale, «généreuse», qui s'accorde avec l'objectif visé. D'autre part, il est admis qu'en cas de conflit normatif avec une autre loi, les lois quasi-constitutionnelles bénéficient d'une préséance dans le processus de hiérarchisation des dispositions contradictoires.

Je termine en précisant que le contenu de ce bloc est plus ou moins riche. Une ligne de démarcation repose sur l'intégration du droit international au sein de ce bloc, ainsi qu'on l'a rapporté lors de la 1^{re} session. Cela fait le lien avec les travaux de cette 2^e session.