

# Synthèse générale des travaux

**Mathieu Disant**

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

Votre Excellence Madame la Présidente de la Confédération suisse,  
Monsieur le Président de l'ACCPUF,  
Mesdames et Messieurs les Présidents de juridictions constitutionnelles,  
Mesdames et Messieurs les conseillers,  
Mesdames et Messieurs les congressistes,

Vous arrivez maintenant au terme de vos travaux, dont il m'est fait l'honneur de dresser rapport général de synthèse. Je dois avouer que c'est une mission périlleuse, au regard de la richesse des contributions, qu'elles soient écrites via les questionnaires, ou orales avec les communications présentées durant ces deux journées. Elles constituent une somme de référence pour tous ceux, juges et doctrine, qui s'efforcent de s'interroger aujourd'hui sur « La suprématie de la Constitution », d'en comprendre les rouages, au-delà de la pétition de principe ; dans ses différentes manifestations, dans ses nouvelles acceptions, réinterrogée qu'est cette notion dans un monde juridique ouvert, globalisé, multipolaire et polycentrique, pour reprendre les termes savants à la mode.

La tâche de votre rapporteur est d'autant plus ardue qu'a été retenue un sujet important, de grande portée, formulé de façon générale et ouverte afin que l'analyse puisse s'adapter au mieux à chaque système juridique et à chacune des cours constitutionnelles, tout en permettant de révéler ce qui forge notre patrimoine commun. Ce sont plus de 70 questions qui vous ont été soumises... regroupées en trois sessions de travail, lesquelles ont donné lieu à une quinzaine de communications, enrichies de débats vifs et approfondis. Dresser un état des lieux critique de cette « suprématie de la Constitution » était plus

que justifié; vos travaux, dans leur diversité, l'ont montré de façon évidente. Bien que le sujet n'ait jamais été traité en tant que tel dans les précédents travaux, déjà riches, de l'ACCPUF, il s'agit pour vos cours d'une interrogation continue, liée à l'existence même de la justice constitutionnelle, et qui concentre toute une série de difficultés théoriques et pratiques.

Au-delà des positions adoptées par chaque Cour, les réponses et les débats ont révélé **les forces et les incertitudes** qui entourent cette notion de suprématie, à plusieurs égards vertigineuse, en tout cas moins rassurante qu'elle ne fut. **Que signifie véritablement la suprématie de la Constitution?** Vos travaux démontrent que la réponse est loin d'être simple, ce qui est en soi problématique.

D'abord en raison de l'entendu du champ, car la «suprématie de la Constitution» est de nature à recouvrir, pour le constitutionnaliste, aussi bien la théorie du pouvoir constituant, celle du contrôle de constitutionnalité, celle encore de la garantie des droits, voire même des différentes fonctions sociopolitiques de l'État au sein desquelles pourrait être observée la constitutionnalisation du droit – phénomène plusieurs fois évoqué lors de ces journées.

Ensuite, en raison des définitions alternatives qui cohabitent, car la suprématie de la Constitution peut signifier ou bien qu'elle détermine les modes de production des autres règles; ou bien qu'elle ne peut être révisée qu'au terme d'une procédure particulière (voire qu'elle ne peut jamais être révisée); ou bien encore qu'elle contient des normes qui s'imposent au législateur et dont la violation peut être sanctionnée, notamment par l'annulation. Or, ces trois sens – ou ces trois formes de suprématie – sont indépendants les uns des autres: une Constitution peut être suprême dans un sens et non dans un autre.

Complexe, aussi en raison des difficultés entourant l'étude de l'inter-légalité propre à l'articulation de deux ou plusieurs ordres juridiques distincts. Cette approche cultive l'idée qu'il peut exister non pas une seule mais plusieurs hiérarchies des normes et donc plusieurs normes suprêmes. Une telle lecture est alimentée par l'invitation de plus en plus pressante à «repenser les rapports entre ordres juridiques» sur un mode a-hiérarchique et à l'égard duquel les «enclaves constitutionnelles» constituent une cible à abattre au nom, par exemple, de «l'efficacité du droit de l'Union européenne» telle qu'affirmée par la Cour de justice (arrêt Krizan du 15 janvier 2013). Il ne suffit plus à vos cours, spécialement celles qui siègent en Europe, de se parer de la suprématie de la Constitution, car la notion de suprématie est elle-même déconstruite ou recomposée sur l'autel de l'interpénétration des ordres et d'une «autre» primauté. En d'autres lieux, l'usage du terme «suprématie» est même susceptible d'exposer à la critique de l'idéologie constitutionnelle, voire à l'étiquette du dogmatisme constitutionnaliste... peut-être même à la ringardise, ce qui est beaucoup moins grave!

Enfin, s'il est si difficile de définir la «suprématie de la Constitution», c'est aussi en raison de la notion même de Constitution, car la discussion repose – vos travaux le font ressortir – sur des considérations ontologiques relatives à la nature du droit constitutionnel et plus largement aux sources normatives, en un mot : à l'ordre constitutionnel. En ces matières, vous l'avez mis en évidence, chaque tradition, chaque système, chaque État, connaît des éléments de classification qui lui sont propres. Il est tout à fait impossible, dans le présent rapport, de rendre compte dans le détail des éléments de spécificités qui irrigue votre analyse de la suprématie constitutionnelle.

Notre rapport sera infiniment plus modeste.

Bien que les problèmes rencontrés ne soient pas aujourd'hui d'un même niveau de difficulté, vos travaux ont permis de saisir le sujet dans deux de ses principaux volets, tous deux immenses :

- d'une part, évaluer la suprématie de la Constitution sur les normes internes afin d'en diagnostiquer l'effectivité dans l'ordre juridique et politique national ;
- d'autre part, analyser la remise en cause de la suprématie de la Constitution par la coexistence et la montée en puissance des droits internationaux, européens et africains.

Au terme d'une lecture historique simplifiée à l'extrême, on pourrait déceler dans ces deux axes, deux temps successifs marquant l'évolution contemporaine de la justice constitutionnelle – sous réserve de prendre en compte, comme nous y a invité le Président Holo, les éléments de contexte qui justifieraient de parler de constitutionnalismes au pluriel. Une conclusion à peine caricaturale autoriserait à faire la part entre la consolidation de la suprématie au plan interne et une suprématie en souffrance au plan externe. Vos travaux témoignent, plus subtilement, de ce que la suprématie de la Constitution procède des garanties du système de droit dans son ensemble et de garanties juridiques, certes spéciales, mais en aucun cas hermétiques. Vous avez notamment éclairé les mutations provoquées par les rapports de système(s) dans la protection des droits fondamentaux – pour évoquer un autre concept à la mode.

Dans l'impossibilité de reprendre tous les aspects soulevés par vos travaux, et dans le souci de ne pas répéter ce qui a été dit, on ne fera état ici que de quelques points forts qui ont donné lieu aux travaux les plus fournis et qui sont apparus comme de réels sujets de vos préoccupations tels qu'ils se sont aussi exprimés dans les réponses au questionnaire.

Cela nous conduit, dans un premier temps, à dresser cinq constats – je n'ose parler de «conclusions» – relatifs à la suprématie constitutionnelle et son

effectivité au sein de vos ordres de protection, là où la suprématie trouve sa pleine force en quelque sorte ; il a même été dit par M. Narey que cette suprématie pouvait être « hypertrophiée ». J'en dresserai quelques autres, dans un second temps, sur les aspects spécifiques qui vous ont interrogés quant à la place, plus que conflictuelle ou concurrentielle, je dirai : interstitielle, des normes internationales et leur influence dans la perception de cette suprématie.

**1<sup>er</sup> constat : L'appréciation que vous portez sur l'effectivité** de la suprématie de la Constitution en droit interne a de quoi réjouir. Elle est partout affirmée. Qualifiée même « d'indéniable » (Gabon), d'« incontestable » (Bulgarie), de « certaine » (Côte d'Ivoire), d'« évidente » (Mozambique), « insusceptible d'être discutée » (Monaco). Elle ne semble nulle part poser de grave difficulté, du moins dans son acceptation de principe. Il est heureux d'observer, grâce à l'intervention de M. Kilomba, que la jeune Cour de la RDC, en place depuis juillet 2014, a rapidement donné pleine effectivité à son contrôle, notamment par deux censures, l'une sur le fondement du principe d'égalité, l'autre sur le non-cumul des sanctions et l'indépendance de la justice.

Seules subsistent des incertitudes ponctuelles pouvant entourer certaines dispositions transitoires de la Constitution (nous pensons, bien entendu, à la Tunisie, notamment à propos du délai de mise en place du CSM, et par voie de conséquence de la Cour constitutionnelle...); ou, ça et là, des tentatives pour réduire les attributions d'une cour jugée trop audacieuse (comme celle du Bénin). Mais le fonctionnement des institutions montre globalement une acceptation du contrôle.

Et parfois une accélération. En France, on observe à cet égard des effets de synergie. Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, le nombre de saisines *a priori* a augmenté : de 10 à 12 saisines en moyenne de lois ordinaires par an avant 2010, et de 12 à 19 par an depuis 2010. En outre, on voit apparaître des saisines du Conseil constitutionnel par la majorité elle-même, voire par le président de la République.

Des différents travaux de ces deux journées, il résulte que vos cours disposent d'une position de gardien de la Constitution fortement reconnue, elles incarnent la suprématie constitutionnelle par le caractère opératoire des recours dont elles ont à connaître. Pour reprendre la formule employée par la Moldavie, elles donnent à la suprématie de la Constitution une « réalité juridique avec des conséquences et des garanties ». Incarnation (identification de la justice constitutionnelle) et sanction (force répressive de la justice constitutionnelle) sont les deux maîtres-mots d'un contrôle de constitutionnalité opérationnel et d'une norme constitutionnelle effective. Et à cet égard, on ne voit pas se détacher de vos travaux de système véritablement plus effectif que d'autres en raison de

telle ou telle modalité d'organisation. Vous avez, au contraire, marqué l'intérêt de mécanismes complémentaires, comme l'a fait notamment le Président Alen s'agissant de la Belgique, Mme Petrova s'agissant de la Moldavie et M. Minea pour la Roumanie.

L'actualité est parfois préoccupante et M. Narey a souligné, à juste titre, les « fragilités » de la suprématie de la Constitution en période de crise... qui tiennent aussi à des décisions peu cohérentes ou contestables. Mais dans la plupart des cas, la place de la Constitution, celle de vos cours et l'autorité de vos décisions sont unanimement reconnues par les institutions publiques, nationales ou locales, et l'ensemble des juridictions nationales. Et j'ajouterai par la société dans son ensemble, même si certaines de vos cours font état, dans des circonstances extrêmes, de manifestations populaires ou de quelques tentatives de résistance parlementaire (par ex. au Bénin). C'est là la rançon de la gloire – celle de la suprématie en l'occurrence : la Constitution s'avère parfois instrumentalisée par les intervenants politiques, c'est un phénomène bien connu sur des sujets jugés politiquement sensibles.

## **2. Si la Constitution est effectivement suprême, c'est que vos cours ont progressivement renforcé leur contrôle.**

C'est un phénomène global, sous certaines réserves émises par le Cameroun, le Congo, le Tchad, le Togo et singulièrement en Slovénie où il est fait état d'un durcissement des conditions de recevabilité des pétitions devant la Cour constitutionnelle, en raison d'un nombre d'affaires trop important.

Différents facteurs permettent d'expliquer ce renforcement, parmi lesquels :

– Une « jurisprudence volontariste » de la Cour (selon l'expression de la Belgique), en particulier sur les normes de références – on l'a vu – qui densifie le *corpus* des droits protégés, notamment par l'effet reconnu au Préambule dont M. Benabdallah a souligné l'importance en tant que « référentiel juridique » pour « exprimer la conscience collective de la nation » et « éclairer l'interprétation » des dispositions constitutionnelles.

– L'autorité reconnue aux décisions de la Cour qui, si on le dire ainsi, provisionne la suprématie de la norme constitutionnelle, particulièrement leur portée *erga omnes* (Côte-d'Ivoire); plus largement, « l'imposition permanente de sa jurisprudence à toutes les institutions publiques », et le cas échéant, le suivi par les organisations internationales du respect des décisions de la Cour (Albanie).

– L'éventail très complet et le développement convergent des méthodes d'interprétation adoptées par vos Cours : interprétation littérale, libérale, historique, téléologique, systématique, analogique, argument pragmatique lié à la présomption de constitutionnalité ; avec parfois une tendance, prégnante

au Canada, au développement de l'interprétation intentionnaliste et dynamique ou évolutive, ce que la Belgique a qualifié, par la voix du Président Alen, « d'interprétation actuelle » ou d'« interprétation moderne » des textes anciens.

– Un autre facteur est le perfectionnement des techniques de contrôle comme celle de la proportionnalité (Mozambique), celle des réserves d'interprétation et plus largement l'interprétation conforme qui permet de sortir du manichéisme validation/annulation (Bulgarie, Gabon, Monaco, France, Belgique, Maroc, Suisse). La technique de l'interprétation conforme est utilisée depuis 1969 par le Tribunal fédéral suisse à l'égard des lois fédérales, en dépit de l'exclusion du contrôle de constitutionnalité, en vue de leur « conférer un sens susceptible de les mettre en harmonie avec la norme supérieure ». Par la « force de l'interprétation », nous disait hier M. Minea pour la Roumanie, la Cour impose une large possibilité de contraintes pesant sur les autorités publiques.

– Un cinquième facteur repose sur la modération de la Cour lors du contrôle des lois dans le but de respecter l'espace du législateur, ainsi que le souligne l'Albanie par la voix de M. Berberi ; mais aussi le Tribunal constitutionnel andorran qui aime à rappeler qu'il n'a jamais outrepassé ses fonctions ; comme le Conseil constitutionnel français en préservant la marge d'appréciation du législateur. À cet égard, la Cour suprême du Canada utilise explicitement la métaphore du dialogue pour qualifier l'interaction dynamique nouée avec les organes du gouvernement et qui les oblige à se rendre mutuellement des comptes. « En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif », écrit la Cour, « les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif ». Ce processus réflexif ne peut être qu'un « enrichissement du processus démocratique » selon la jurisprudence de la Cour suprême.

– Enfin, le dernier facteur et pas le moindre, concerne l'élaboration d'un droit post-décision et la gradation des sanctions que vous prononcez. À cet égard, le Conseil constitutionnel français s'attache à assurer « l'effet utile » de ses décisions. Il a développé, surtout depuis l'entrée en vigueur de la QPC, une jurisprudence dédiée à la modulation des effets dans le temps de ses décisions. C'est dans le même esprit que le Canada insiste sur la question des « redressements judiciaires », autrement dit sur les remèdes à l'inconstitutionnalité. La question est alors celle de savoir quelle est la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. Il s'agira notamment, selon la Cour suprême, de « celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur ».

Un point mérite particulièrement d'être évoqué. Celui du dédommagement en cas de violation des droits fondamentaux. Le Bénin fait état d'une évolution récente sur ce point. La Cour y est compétente pour statuer « en général sur la violation des droits de la personne humaine » (art. 117) ; depuis 2002, il est jugé que « cette violation ouvre droit à dommages – intérêts ». Cette

évolution ne conduit pas la Cour à se déclarer compétente pour octroyer des dommages et intérêts, les parties gagnantes pourront se prévaloir des décisions du juge constitutionnel pour obtenir devant le juge civil la réparation des préjudices subis.

Tous ces éléments concourent au perfectionnement du contrôle opéré par vos cours, dont les illustrations ne manquent pas. Parmi les cas typiques, on peut évoquer celui du Bénin. C'est en matière de contrôle de constitutionnalité des décisions de justice, notamment des décisions rendues par la Cour suprême, que l'évolution dans la protection des droits fondamentaux a été la plus progressive et la plus visible. Elle a conduit la Cour à s'autoproclamer « la plus suprême des cours suprêmes en matière de droits de l'homme ». Il est désormais jugé qu'« en matière des droits de l'homme, les décisions de la Cour constitutionnelle priment celles de toutes les autres juridictions » (décision DCC 09-087 du 13 août 2009). Comme l'a fait observer le Président Spreutels ce matin, la suprématie de la Constitution peut apparaître comme une suprématie du juge constitutionnel !

**3.** En définitive, les entorses à l'effectivité correspondent aux **limites** que connaît le contrôle de constitutionnalité.

Telles que rapportées ou évoquées lors des interventions et débats, ces limites tiennent :

- au « caractère facultatif et limitatif de la saisine » (Algérie, Niger) ;
- à la « compétence d'attribution » dont le Conseil constitutionnel dispose (France) ;
- au champ des droits constitutionnels invocables ; l'Albanie a souligné ainsi que « les individus peuvent saisir la Cour pour le contrôle constitutionnel uniquement pour leurs droits constitutionnels à un procès équitable », ce qui s'entend comme un contrôle de procédure et non un contrôle des droits constitutionnels matériels ;
- aux normes qui échappent au contrôle : décisions de justice (Belgique, France, Gabon, RDC), lois constitutionnelles (Belgique, France, Côte d'Ivoire, Gabon, Tchad), lois référendaires (Burkina, Côte d'Ivoire), questions touchant à l'état et à la capacité des personnes (Gabon), les actes des organismes autres que les autorités de l'État et les autorités locales (Slovénie) ;
- à l'impossibilité pour la Cour de s'autosaisir d'une question d'inconstitutionnalité (Cambodge), même lorsqu'il a des doutes sur la conformité à la Constitution de tel ou tel article du texte (Andorre) ;
- à l'immunité juridictionnelle des compétences exceptionnelles exercées en période de crise (Côte d'Ivoire) ;

- à l'absence de sanctions à l'égard de ceux qui ne respecteraient pas l'autorité des décisions de la Cour (Congo) ;
- à l'absence de « contrôle de la manière dont une autorité politico administrative met en œuvre les dispositions d'une loi » (Bénin) ;
- à l'immunité des actes politiques (Mozambique), des questions de « haute politique » (Canada), ce qu'on peut aussi qualifier d'actes de gouvernement en France ;
- au caractère abstrait du contrôle, lorsque la Cour ne se prononce jamais sur les circonstances de fait, mais exclusivement sur la conformité aux dispositions constitutionnelles des actes normatifs (Moldavie) ;
- aux « effets politiques de son rôle » (Andorre) dans la mesure où « il lui est interdit d'effectuer des jugements d'opportunité politique et d'adresser des réprobations, des compliments ou des recommandations aux pouvoirs publics » (affaire 95-1-PI du 3 avril 1995) ;
- au refus de contrôler les dispositions législatives qui sont l'expression d'un choix posé par le Constituant. Par exemple, la Cour belge considère que le fait qu'une autorité administrative qui inflige une sanction ne puisse poser de question préjudicielle à la Cour résulte d'un choix posé par le Constituant et sur lequel la Cour ne peut se prononcer.

**4.** Vous avez fait état, par ailleurs, de **difficultés** auxquelles vos cours ont été spécifiquement confrontées quant à l'effectivité de la Constitution.

Dans la catégorisation des cas particuliers évoqués, et si on laisse de côté les problèmes purement logistiques, et ceux qui relèvent spécifiquement des rapports avec le droit international, on relève trois types de difficultés :

La première difficulté est celle de la non-exécution des décisions, et plus spécifiquement la non-complétion du vide juridique par l'organe législatif quand cela s'avère nécessaire après l'abrogation par la Cour des actes normatifs comme inconstitutionnels. C'est une situation qui a été évoquée par l'Albanie et la Slovaquie.

La deuxième difficulté est celle des contradictions de jurisprudences. Cela a été particulièrement mis en lumière par la Belgique entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation, notamment parce que cette dernière exerce un contrôle direct de la compatibilité des normes législatives avec les dispositions de droit international ayant effet direct. Le concours de contrôles – le contrôle de conventionnalité direct opéré par la Cour de cassation, d'une part, et le contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour constitutionnelle, d'autre part a créé une situation de concurrence potentielle et généré un risque de solutions divergentes, dès lors que de nombreux droits et libertés fondamentaux



sont garantis, à la fois, par des dispositions de droit international et par des dispositions constitutionnelles. En vue de prévenir ces difficultés, la Président Alen nous a rappelé que le législateur a intégré dans la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle une règle de priorité constitutionnelle. Elle vise à établir un ordre chronologique dans l'examen de la constitutionnalité et de la conventionnalité des dispositions législatives, lorsque le droit fondamental dont la violation est invoquée est garanti de manière analogue par la Constitution et par une disposition de droit international. Dans cette hypothèse, la juridiction saisie du litige doit interroger la Cour constitutionnelle avant d'effectuer elle-même, le cas échéant, un contrôle du respect des dispositions de droit international. Cette règle a directement influencé le législateur organique français dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité ; elle lui doit précisément son nom.

Enfin, la troisième difficulté est le revirement de jurisprudence. Le Bénin, par exemple, a connu cette difficulté en faisant évoluer sa jurisprudence relative au droit de grève pour affirmer le caractère non absolu de ce droit (décision DCC 11-065 du 30 septembre 2011). Un tel revirement de jurisprudence a été difficilement accepté par les syndicats. Il a fallu que la Cour motive fortement sa décision en recourant aux décisions d'organes internationaux pour justifier ce revirement de jurisprudence.

**5.** Pour répondre à ces limites ou remédier à ces difficultés, vous faites état de perspectives d'évolution afin d'accroître ou de parfaire l'efficacité de l'intervention de vos cours.

Parmi les projets en cours de réflexion, on notera :

- l'élargissement du contrôle de constitutionnalité aux lois fédérales en Suisse, projet évoqué régulièrement, dernièrement en 2011, l'idée consensuelle étant de limiter ce contrôle aux cas d'application concret, comme l'a évoqué son Excellence Madame la Présidente Sommaruga ;

- l'élargissement de la saisine au profit d'un « groupe minoritaire au parlement » (Algérie), ou une ouverture aux citoyens par la voie d'une saisine directe (Burkina, Moldavie), « une plainte constitutionnelle » (Bulgarie) au nom de « l'effet direct » de la Constitution ; la Côte d'Ivoire évoque aussi l'intérêt de « démocratiser la saisine du juge constitutionnel », le Niger estime nécessaire pour « parfaire ce contrôle », de faire « une plus grande ouverture de la saisine par les citoyens » ; la même idée est développée par le Togo.

- Au Bénin, on s'interroge sur la saisine automatique d'un autre juge en cas de constat de violation des droits de l'homme pour que ce juge prononce une sanction civile ou pénale ; on projette aussi de créer une infraction pénale d'outrage à la Cour constitutionnelle pour sanctionner ceux qui ne se soumettent

pas à ses décisions, ainsi qu'un rapport annuel de suivi de l'exécution de ses décisions que la Cour pourrait publier chaque année.

– Le Conseil du Tchad souhaiterait, quant à lui, être doté du pouvoir d'auto-saisine afin de jouer plus efficacement son rôle de protecteur des droits.

– La Roumanie souligne que « le Parlement devrait être obligé à adopter dans les plus brefs délais des lois ou des dispositions de lois qui remplissent le vide législatif créé par l'admission des exceptions d'inconstitutionnalité ».

\*

Reste à évoquer certaines des difficultés spécifiques soulevées par l'articulation de la Constitution et des normes internationales. Là encore, sans reprendre tous les éléments examinés, on dressera une série de constats.

**1. À la question de savoir si les normes internationales ont une valeur supérieure à la Constitution**, la réponse négative est largement partagée par vos cours. Tout au plus, les normes internationales peuvent-elles faire partie du « bloc de constitutionnalité », jamais le soumettre.

Dans l'ensemble, vos constitutions font obstacle à la ratification d'un traité international inconstitutionnel. Ceux-ci ne pouvant être ratifiés que conformément à la Constitution, ils tirent leur validité de la Constitution. Tout repose sur la reconnaissance du fondement constitutionnel de la valeur juridique des traités internationaux. De façon générale, vous avez marqué votre distance avec l'idée de « supra-constitutionnalité », d'où qu'elle vienne.

Il convient aussi d'envisager la situation dans laquelle le traité international est remis en cause par une révision constitutionnelle. En Suisse, une solution pragmatique semble prévaloir : si le traité en question n'est pas très important, la pratique a parfois refusé d'admettre qu'il puisse constituer une limite à la révisibilité de la Constitution – quitte à ce que cela engage la responsabilité internationale de la Suisse. Si en revanche le traité international en question contient des règles contraignantes faisant partie du Jus Cogens, la révision ne peut être soumise au peuple, car la révision de la Constitution doit respecter les règles impératives du droit international (art. 193 al. 4 et 194 al. 2 de la Constitution fédérale).

Les exceptions sont peu nombreuses. Au Burkina comme en RDC, les normes internationales relatives au droit de l'homme dès lors qu'elles sont « internalisées » sont considérées comme ayant une valeur supra-constitutionnelle. En Côte d'Ivoire, et en Guinée, les normes qui émanent des organisations intergouvernementales disposent aussi de cette valeur. La même position est pressentie au Mozambique s'agissant des normes de Jus Cogens, bien que le

Conseil constitutionnel n'ait pas encore été appelé à se prononcer directement sur cette hiérarchie.

## 2. Au-delà de cette alternative, **comment votre jurisprudence situe-t-elle la valeur des conventions et traités internationaux lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux ?**

Bien qu'elle soit fréquente pour certaines, notamment à Andorre, vous avez pu constater que ce n'est pas une question que toutes vos cours ont eu à trancher (Algérie, Bénin, Bulgarie, Burkina, Cambodge, Congo, Guinée, Madagascar, Maroc, RDC, Tchad, Togo, Tunisie). La question ne manquera pas de surgir, aussi compte tenu de la place majeure faite, dans nombre de ces constitutions, au droit international des droits de l'homme, ce qui a été qualifié par Madame Burgogue-Larsen comme une « originalité du constitutionnalisme africain ».

On distingue deux positions :

La première reste la plus rare. Elle consiste à conférer un statut constitutionnel au traité concerné. C'est en ce sens que ce sont prononcées la cour albanaise et la cour slovène s'agissant du statut de la Convention EDH. Il en est de même en Moldavie où les dispositions internationales en matière des droits de l'homme ont acquis, par la lettre de la Constitution, un « statut constitutionnel spécial dans la hiérarchie des actes normatifs, de rang égal à celui de la Loi suprême et ayant bien entendu priorité sur les lois internes, en cas de divergences » (article 4.2 de la Constitution).

Plus fréquente est la seconde position. Vos cours, pour la plupart, ont refusé de reconnaître valeur constitutionnelle aux dispositions internationales, en leur accordant selon les cas une valeur législative ou supra-législative ; assorti le cas échéant d'un refus d'intégrer les conventions internationales au sein des normes de référence de leur contrôle.

3. Mais vos travaux ont surtout mis en évidence les limites de l'approche strictement hiérarchique. Celle-ci est inévitable car elle permet de comprendre comment s'organise ce que le Canada appelle « l'idée-structure de la suprématie de la Constitution », emprunt du principe de souveraineté de l'État... auquel M. Charasse a vivement rappelé que le France ne renonce jamais ! Mais elle ne rend compte que partiellement des enjeux auxquels vos Cours sont confrontés et des **outils** mis en œuvre, moins en terme de hiérarchie que d'interaction, pour trouver des solutions opératoires. En cela, vos travaux révèlent une **difficulté de méthodologie juridique** à laquelle sont de plus en plus confrontées vos cours, et qui ne manque pas d'interpeller.

L'interface du droit international et du droit interne fait l'objet d'outils heuristiques assez anciens, chevillés au normativisme, tels les théories « dualistes » ou « monistes » ; deux lectures, plus exactement deux logiques, auxquelles vos cours reconnaissent pertinence en droit positif, sans y voir des modèles omniscients susceptibles de rationaliser de façon exhaustive la problématique de fond liée à l'inter-légalité.

Le dualisme relève d'une doctrine de l'adoption, le monisme d'une doctrine de l'incorporation. Dans le premier cas, les dispositions de droit international public font, dès leur entrée en vigueur, partie intégrante du droit national. Elles en sont en quelque sorte une source directe. Dans le second cas, cette réception est conditionnée à la transposition formelle par la législation nationale, au terme d'une perception du monde du droit qui distingue fondamentalement ordre juridique international et ordre juridiques internes, quand bien même certaines n'auraient pas, sur ce sujet, de conception définie (ce que concèdent Andorre, la Bulgarie, le Gabon, le Liban, la Moldavie, le Tchad).

La conception moniste prévaut notamment au Bénin, Burkina, Cameroun, Comores, Congo, Guinée, Niger, Togo, Slovaquie, mais aussi au Maroc sous l'effet de la nouvelle Constitution, et tout particulièrement en Suisse où la tradition moniste est prégnante. L'ordre juridique international et l'ordre juridique interne y forment un seul système cohérent. Les particuliers peuvent invoquer directement les dispositions de droit international public devant les tribunaux, dans la mesure où leur contenu est suffisamment déterminé et clair pour qu'elles soient directement applicables. Dans ce sens, la norme internationale fait partie du droit national et les droits qui y sont garantis ont, le cas échéant, un contenu constitutionnel.

La conception dualiste, quant à elle, prévaut en France, en Albanie, en Côte d'Ivoire, à Madagascar, à Monaco, en Roumanie, en Tunisie, également en Algérie qui fait état d'un « dualisme prudent ». Ainsi que cela a été souligné, le Conseil constitutionnel français ne juge que par rapport à la Constitution, il retient donc une conception dualiste des rapports entre droit interne et droit international. Par exemple, pour ce qui est du droit de l'Union européenne, s'il accepte d'opérer un contrôle de conventionalité manifeste des lois de transposition des directives, ce n'est que parce que ce contrôle trouve son fondement dans l'article 88-1 de la Constitution, qui fait de l'exigence de transposition une exigence constitutionnelle.

De son côté, la Cour suprême du Canada s'efforce de s'adapter à la source de normativité internationale concernée. Pour résumer à l'essentiel, la logique moniste est suivie pour la coutume, tandis que la logique dualiste est celle applicable pour les conventions internationales.

**4.** Mais le principal de ces outils, le plus efficace, celui qui place vos cours comme les métronomes des rapports de système(s) harmonieux, c'est l'interprétation ; **l'interprétation** dont vous exploitez les inépuisables ressources.

Vous avez marqué que l'interprétation de la Constitution se fait régulièrement, voire systématiquement, au regard des dispositions et jurisprudences internationales pertinentes. Madame la Présidente Burgogue-Larsen a pu déceler, dans les clauses d'interprétation conforme contenues dans la Constitution, une véritable « fonction herméneutique d'interprétation des droits fondamentaux constitutionnels ».

C'est très explicite au Canada, où la normativité internationale est utilisée comme une source « pertinente et persuasive » d'interprétation, soit pour aider à interpréter les droits et libertés de la Charte canadienne, soit pour décider de la « raisonnable » de leur limite. Même en l'absence de transformation formelle en vertu d'une législation interne, la Cour suprême retient, selon sa jurisprudence Baker de 1999 rapportée par le juge Wagner, que « les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent (...) être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire ». C'est là, il faut bien le reconnaître, une application très assouplie du dualisme canadien.

C'est tout aussi marquant en Suisse, où (en plus d'être une béquille du contrôle de constitutionnalité de la loi) l'interprétation conforme au droit international est intégrée à la méthode de l'interprétation systématique.

Ça l'est encore en Andorre, où le Tribunal constitutionnel a également jugé que lorsque des principes ou règles découlant de la Constitution étaient analogues ou proches de ceux contenus dans la Convention, la jurisprudence de la Cour EDH, bien qu'il ne s'agisse pas d'une norme constitutionnelle, peut permettre l'interprétation des dispositions andorranes.

On ne compte plus les cas d'interprétation du droit au procès équitable, dans ses différents aspects, à la lumière des dispositions de la Convention EDH et ses standards, auxquels la Cour d'Albanie, par exemple, a témoigné son attention par la voix de M. Berberi qui a parlé de « référence constante ». Un autre exemple évident concerne le droit à la protection de la vie privée et familiale, dont la Cour belge juge explicitement « que le Constituant a recherché la plus grande concordance possible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ». De nombreux autres cas ont été rappelés par le Président Debré, dans un plaidoyer très fort en faveur du « dialogue des juges » comme moteur de ce rapprochement.

Les différentes interventions ont exposé les techniques interprétatives déployées. Parmi les cas les plus symptomatiques, la Présidente Alen a rappelé que la Belgique met en œuvre des techniques combinatoires qui conduisent

la Cour à donner aux dispositions constitutionnelles garantissant les droits et libertés une portée similaire, ou confondue, avec celles des dispositions de droit international qu'elle combine.

Au Canada, ainsi que le juge Wagner l'a exposé, deux techniques sont employées : d'une part, l'argument d'interprétation contextuel qui signifie que le droit international est utilisé en tant qu'élément de contexte d'adoption et d'application d'une loi ; d'autre part, la présomption de conformité au droit international, argument de type pragmatique qui conduit les tribunaux à interpréter le droit interne dans le même sens que les obligations internationales – ce qui limite parfois sensiblement le champ des interprétations possibles.

Plus largement, c'est la technique de l'interprétation conforme qui assure la fonction d'harmoniser les normes juridiques internes et internationales. Ce faisant, il ne s'agit pas d'une règle destinée à résoudre les conflits entre ces normes, mais au contraire, de façon plus utile, de prévenir les conflits autant que faire se peut. À tous égards, on trouve là la traduction juridique de la formule énoncée par son Excellence Madame la Présidente Sommaruga lors de l'ouverture de nos travaux : « le compromis est un signe de force et non de faiblesse ». Il s'agit aussi d'orienter la protection dans le sens le plus favorable au citoyen lorsque la Constitution et les normes de droit international organisent une protection de portée différente pour un même droit fondamental. Et nous avons appris, grâce à la communication de Madame Burgorgue-Larsen, combien cet alignement à la hausse, ce principe de faveur est répandue sur le continent latino-américain.

La Moldavie nous fait part d'une formule merveilleuse, qui me paraît bien résumer l'enjeu de cet office : la jurisprudence constitutionnelle nationale est un « agent efficient et dynamiseur » de l'assimilation et de la mise en œuvre du droit international.

\*

Tous ces éléments montrent combien vos cours, toutes sensibles à l'internationalisation du droit constitutionnel, ne s'en tiennent pas à une stricte orthodoxie. Les positions hiérarchiques sont fermes, vos solutions sont fines et ajustées. Elles requièrent un « exercice de discernement » plusieurs fois exhorté par le juge Wagner dans sa communication.

De ce point de vue, la distinction entre « primauté » et « prévalence » trouve écho dans vos pratiques. L'une renvoie au raisonnement hiérarchique déterminant les conditions d'édition et de validité d'une norme, l'autre est appréhendée en tant que principe de résolution des conflits de norme dans les cas qui vous sont posés.

Assurément, les deux expriment la préséance qu'une norme dispose par rapport aux autres. Mais la prévalence n'a aucune influence sur la primauté normative de la Constitution : non seulement la disposition portant sur un droit n'est écartée que dans un cas déterminé, mais c'est toujours la Constitution elle-même qui définit une telle prévalence.

Sur un plan contentieux, cela se traduit par une différence entre norme de référence (la norme constitutionnelle), et norme de contrôle (qui peut aussi être externe). Cela repose aussi sur un mécanisme de translation, pas toujours facilement maniable. Mais on comprend bien, qu'au-delà, c'est la démarche fondamentalement progressiste de la justice constitutionnelle qui imprime ces solutions. C'est elle qui pousse les Cours à utiliser tous les instruments à leur disposition en vue d'amplifier l'ensemble des garanties et des moyens de protection des droits et libertés fondamentaux.

C'est dans cette optique que vos cours s'efforcent de rechercher une harmonie entre les ordres juridiques, des points de « convergence » et « rapprochement mutuel » évoqués par le Président Debré et parfois des priorités d'application en fonction de la situation. Se développe concomitamment l'idée selon laquelle la primauté, associée à la priorité d'application de la norme internationale d'effet direct, ne remet nullement en cause la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique étatique. Ainsi semble pouvoir être conciliées des exigences qui, *a priori*, paraissent antinomiques.

Oh, bien entendu, la perfection n'est pas de ce monde, même celui de la justice constitutionnelle. L'expérience concrète du contrôle révèle parfois sinon des insuffisances, des insatisfactions, des doutes ou des imperfections. C'est aussi la rançon du succès : on attend toujours plus du juge constitutionnel à mesure que son rôle se renforce dans l'ordre juridique. Votre rapporteur a conscience de ne pouvoir résoudre, par ces quelques balbutiements, tous les mystères de la suprématie de la Constitution. Peut-être cela nécessiterait-il – pour reprendre une autre image, M. le Président Medelci – sur les rives du Lac Léman, de réinventer « La Montagne magique » de Thomas Mann, celle qui comporte différents sommets perçus comme tels par les observateurs selon qu'ils sont de part et d'autre de cette montagne.

La complexité de certaines situations appelle, en ce sens, une réflexion fondamentale que d'illustres auteurs, comme Mirkine-Guetzévitch, ont initié depuis près d'un siècle, et dans laquelle s'engage aujourd'hui la démarche scientifique avec un élan nouveau pour déterminer si la suprématie de la Constitution peut encore vivre sous le régime de la hiérarchie des normes. Une « révolution » comme l'a suggéré le Président Debré... ou une évolution douce ?

Par la force des choses, un principe de prévalence est en action et en construction, qu'on l'appelle ainsi ou autrement. Il a une fonction claire : désigner la

norme qui va l'emporter, sur la base non pas seulement d'un rapport de validité mais d'une qualité ou d'une qualification qui tend à devenir la fondamentalité.

Par ses rencontres et travaux, par les réflexions mises en commun, par la capitalisation des pratiques, l'ACCPUF contribue sans aucun doute à la maîtrise de cette évolution.