

TRAITÉS, CONSTITUTION, LOIS: LA PYRAMIDE INFERNALE

HENRY ROUSSILLON

Professeur de droit public,

Doyen de la Faculté de droit de Toulouse

Vice-président de l'Académie internationale de droit constitutionnel

Durant l'été 1993 qui a connu, dans les différents journaux et magazines, son lot habituel de jeux et de casse tête, chinois ou non, il en est un, qui, bien que n'ayant pas figuré sous cette rubrique, n'a eu rien à leur envier: ce fut celui de la „pyramide infernale“, né de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, annulant partiellement la „loi Pasqua“, relative à la maîtrise des flux migratoires. En effet, le vacancier de base n'a, alors, cessé de se demander comment une loi, la „loi Pasqua“, conforme à un traité signé et ratifié par les autorités françaises, les accords de Schengen de 1985, complétés par ceux de Dublin de 1990, créant un espace juridique européen, jugés parfaitement conformes à la constitution (CC 25 juillet 1991), pouvait, en même temps, être déclarée contraire à cette même constitution. Cherchez l'erreur! Ou, plutôt, dessinez la pyramide correspondant à cette situation! Ce devoir de vacances, qui ne s'est pas démodé et a gardé tout son intérêt après les traités de Maastricht et Amsterdam, ne pouvait que déboucher sur l'idée d'une „pyramide infernale“ qui a la faculté de se dédoubler, voire détrippler, sous le regard fasciné et inquiet du juriste.

Mais on ne saurait se contenter d'une représentation graphique, fût-elle à trois dimensions; il convient de situer la problématique des rapports de la loi avec le droit international dans ce que le Professeur Jacques Meunier („Le pouvoir du Conseil constitutionnel: essai d'analyse stratégique“ LGDJ 1994) pourrait appeler une approche „stratégique“ et donc dynamique; nous rencontrerons, alors, à côté de l'acteur principal mais singulièrement défaillant, le Conseil constitutionnel, une institution que l'on aurait pu croire discréditée du fait de la Révolution de 1789 et du légi-centrisme Rousseauiste qui a suivi, la Cour de cassation, avec dans son sillage, et à contrecœur, le Conseil d'État. Ce sera pour nous l'occasion de découvrir comment, de façon modeste encore mais efficace, le juge de droit commun s'est imposé, en fait, comme un contrôleur de la loi par rapport au traité assurant ainsi ce qu'il est convenu d'appeler un „contrôle de conventionnalité“.

I - LA „GRANDE PYRAMIDE“

Dans un État qui accepte apparemment, Préambule de la constitution de 1946 et article 55 de la constitution actuelle, un ordre juridique moniste, le schéma de la pyramide des normes, chère au juriste autrichien Hans Kelsen, est simple:

au sommet il y a la norme internationale; on laissera de côté la question de savoir s'il existe au-dessus la fameuse norme hypothétique, „pacta sunt servanda“, ou une norme relevant, d'une manière ou d'une autre, du droit naturel, bête noire de tout positiviste; en dessous de la norme internationale se trouvent, bien entendu, et dans cet ordre décroissant, la constitution, la loi, les actes administratifs etc.. Aussi n'est-il pas surprenant que lorsqu'un traité international n'est pas conforme à la constitution, il ne puisse être ratifié qu'après une révision constitutionnelle (article 54), ce qui montre, d'une certaine manière, et paradoxalement pour certains, la suprématie du traité sur la constitution. C'est ce qui s'est produit le 25 juin 1992 avec la révision „provoquée“ par le traité de Maastricht qui a été ainsi introduit, d'une certaine manière contestée par certains auteurs, dans le corps même de notre constitution avec le nouveau titre XV intitulé: „des Communautés et de l'Union européenne“ modifié le 25 janvier 1999. Nous nous trouvons, alors en présence de ce qu'on peut appeler la „grande pyramide“.

II - LA „PETITE PYRAMIDE“

A côté de cette „grande pyramide“, parfaitement cohérente, il en existe une autre née de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui débouche sur un cas de figure très complexe, dont sont nées un certain nombre de difficultés et que l'on peut qualifier de „petite pyramide“.

En effet, dans sa mission générale de contrôle de la constitutionnalité des lois (article 61 de la constitution), le Conseil refuse, à ce jour, de considérer que les traités internationaux font automatiquement partie du „bloc de constitutionnalité“ dont il a la garde. Dès lors, les accords de Schengen dans notre exemple, déclarés conformes à la constitution, on l'a dit, ne font pas partie, pour autant, de ce dernier; aussi, une loi peut très bien être conforme à ces accords (ainsi en est-il de l'interdiction d'un nouvel examen obligatoire pour les autorités françaises d'une demande d'asile déjà traitée et rejetée par un autre État de l'Union) et être déclarée non conforme à la constitution (alinéa 4 du Préambule de 1946 sur le droit d'asile). Cette position du Conseil qui lui permet de déclarer qu'une loi violant un traité ne viole pas, pour autant, la constitution découle de la décision „IVG“ rendue, le 15 janvier 1975, à propos de la „loi Veil“ autorisant l'avortement. Autrement dit, le Conseil refuse de reconnaître une valeur juridique et, „a fortiori“, constitutionnelle, aux traités dès lors qu'il se situe sur le terrain de l'article 61; il en va tout différemment en matière de contentieux électoral, car, alors, il accepte d'effectuer un contrôle de conventionnalité, mais il s'agit d'une exception. Cette solution d'ignorance de la norme internationale est loin d'être incontestable dans sa généralité; en effet, elle prétend se fonder en droit sur le fait que l'article 55 de notre constitution, déjà cité, confère à cette norme internationale un caractère „contingent et relatif“ puisque dépendant de son „application par l'autre partie“; il serait, dès lors, inconcevable de contrôler nos lois par rapport à une telle norme „contingente“; cet argument n'est pas convainquant car il méconnaît le singulier („l'autre partie“) utilisé par la con-

stitution ce qui implique la limitation de ses effets aux seuls traités bilatéraux; les conventions internationales multilatérales, en particulier celles concernant les droits fondamentaux, ne sauraient être concernées par une telle disposition; en effet, les conventions de ce dernier type sont opposables à l'État français, y compris dans sa fonction législative, ainsi que cela découle clairement de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Par ailleurs, l'argument pratique mettant en avant la difficulté pour le juge constitutionnel de connaître l'ensemble des traités ratifiés vu le délai très bref dans lequel il doit rendre sa décision, un mois en principe, n'est pas, lui non plus, véritablement convainquant lorsqu'on connaît la manière dont travaille le Conseil avec une anticipation sur les cas à traiter et l'aide précieuse de l'informatique documentaire. Quoi qu'il en soit du bien fondé, ou non, de cette jurisprudence du Conseil, nous constatons que, dans le droit positif actuel, nous nous trouvons bien en présence d'une deuxième pyramide dont un étage, celui du droit international, a disparu. Bizarre!

III - UNE „PYRAMIDE DU TROISIÈME TYPE“

Sans doute pour calmer l'angoisse du citoyen devant ce tour de pres-tidigitation, le Conseil constitutionnel a proposé une solution rassurante; on peut la représenter par une troisième pyramide, dont il se refuse à être le gardien; cette mission de contrôle, à la suite d'une évolution qui a bouleversé notre conception classique de l'ordonnancement juridique, va échoir au juge de droit commun (judiciaire ou administratif). On sait que celui-ci s'est toujours refusé, à la différence de son homologue américain et malgré une doctrine (Maurice Hauriou, Léon Duguit...) qui n'y voyait aucun obstacle, voire l'encourageait, à contrôler la constitutionnalité des lois; par contre, depuis quelques années, ce juge accepte (jurisprudence de la Cour de cassation „Jacques Vabre“, du 24 mai 1975, et „Nicolo“ pour le Conseil d'État, 20 octobre 1989, confirmée par la décision „Rothmans“ du 28 février 1992) de devenir le gardien d'une pyramide du „troisième type“ qui a cette particularité d'être, à la fois, plus „petite“ que la précédente puisque ne montant pas jusqu'à la constitution, mais, en même temps, plus „haute“ puisqu'intégrant dans son sommet la norme internationale. Il ne faudrait pas croire, pour autant, que le juge ordinaire supplante, désormais, le Conseil constitutionnel, car il ne lui est concédé qu'un pouvoir de contrôler „l'applicabilité“, ou mieux encore „la conventionnalité“, de la loi, au cas par cas, en fonction du contenu du traité réapparu, miraculeusement, au sommet de cette pyramide. Un tel contrôle, par le juge ordinaire, des lois par rapport aux traités, et de plus en plus par rapport au droit „dérivé“, très important dans le cadre de l'Union européenne, ne saurait être assimilé au contrôle de Constitutionnalité du fait de son effet théoriquement „relatif“ et limité au cas d'espèce; cependant, une telle distinction est largement artificielle et pour s'en convaincre il n'est que de songer à la jurisprudence „relative“ de la Cour Suprême américaine qui s'impose, en fait, à tous les tribunaux américains.

Devant tant de pyramides diverses (il est vrai que sur le plateau de Guizeh, au Caire, elles sont, aussi, nombreuses et de taille variable), il n'est pas sûr que le malaise disparaisse lorsqu'on cherche à rendre tout cela cohérent à partir de l'affaire, de l'été 1993, concernant le droit d'asile. En effet, la saisine des tribunaux ordinaires étant difficilement concevable, en l'espèce, puisque la „loi Pasqua“ avait été déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel, la réhabilitation du traité, en l'occurrence celui de Schengen, ne pouvait venir de ce côté là.

IV - LA MINI-PYRAMIDE RÉFÉRENDAIRE

Il y a, alors, ceux qui, comme Pierre Mazeaud, Président de la Commission des Lois à l'Assemblée nationale, ont pensé alors pouvoir trouver une solution en déplaçant le problème; ceci aboutissait, en fait, à se situer sur une quatrième „mini-pyramide“ ayant pour sommet, cette fois, la loi référendaire. Puisque, depuis 1962, avec confirmation par la décision „Maastricht III“ du 23 septembre 1992, le Conseil considère qu'il n'est pas compétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi adoptée directement par le peuple suivant la procédure de l'article 11, il suffirait que le gouvernement choisisse cette voie pour échapper à toute censure. Cependant, une telle solution n'est pas concevable en l'état actuel de notre constitution puisque l'article II est inutilisable non seulement pour modifier cette dernière (malgré les combats d'arrière garde de tel ou tel) mais également pour adopter une loi qui ne serait pas véritablement „relative à l'organisation des pouvoirs publics“. Cela renvoie aux projets de révision constitutionnelle concernant cet article et aboutissant à l'élargissement du champ référendaire; en 1984, une telle révision, voulue par François Mitterrand, a échoué; elle a été reprise par le Président de la République Jacques Chirac, et a abouti durant l'été 1995 malgré les ambiguïtés d'une telle solution (Voir notre article „Le référendum: le retour de JJ Rousseau“ in „La Vie judiciaire“, mai 1995). Un élargissement du champ référendaire réalisé dans ces conditions, c'est à dire sans intervention préalable du Conseil Constitutionnel, constituerait pour beaucoup une menace sérieuse de notre État de droit laborieusement mis en place depuis une vingtaine d'années.

La solution référendaire écartée, le Conseil constitutionnel ne pouvait retrouver la plénitude de sa fonction que par le biais d'une constitutionnalisation des accords de Schengen, comme cela avait été fait pour le traité de Maastricht du 2 octobre 1997 et le fut par la suite pour le traité d'Amsterdam, avec l'inconvénient d'opérations au coup par coup; une disposition générale apparaît, évidemment bien préférable affirmant que les traités, tout au moins ceux relatifs aux droits fondamentaux, font automatiquement partie du bloc de constitutionnalité. Pour des raisons d'opportunité politique tenant, sans doute, à la situation précaire de la cohabitation, c'est une autre solution qui a prévalu, la modification de la constitution venant „briser“ la jurisprudence du 13 août 1993, grâce la révision du 19 novembre 1993; désormais le droit d'asile s'exerce dans le cadre des accords internationaux „conclus avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en

matière d'asile et de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales", nouvelle rédaction de l'article 53, alinéa 1, de notre constitution. Sur les avantages et les limites d'une telle solution, voir notre ouvrage „Le Conseil constitutionnel“ Dalloz 1996, page 56 et suiv.

La question qui se pose, alors, est celle d'une éventuelle fragilisation de notre constitution soumise à des révisions à répétition (pratiquement une par an quand ce n'est pas deux comme en 1999). Certes, les exemples étrangers sont là pour nous rassurer. Par ailleurs, la révision du 19 novembre 1993, la première de ce genre, a eu l'immense avantage, en montrant clairement que le „dernier mot“, dans l'ordonnement juridique, appartient bien au peuple se prononçant dans la forme constituante, de laver le Conseil constitutionnel de l'accusation de vouloir établir un „gouvernement des juges“. Il est vrai que le débat a, alors, rebondi sur le terrain de l'existence éventuelle d'une supraconstitutionnalité venant limiter le pouvoir constituant lui-même (voir le numéro 67 de la revue „Pouvoirs“).

V - LA FIN DES PYRAMIDES

Quant au risque de voir se développer de façon exagérée le sommet de la pyramide des normes à l'échelon constitutionnel par la constitutionnalisation de pans entiers de l'ordre juridique international, ceux concernant les droits fondamentaux, il convient de raison garder. Certes un „gonflement“ risque fort de se produire qui ne ferait que prendre en compte l'évolution d'un ordre juridique global de plus en plus „internationalisé“ et en expansion, en attendant, sans doute, dans un avenir rapproché une reconcentration de la matière juridique et constitutionnelle sur une nouvelle base „nationale“ dans le cadre d'un futur État européen, mais ceci est une autre histoire; dans le court terme ce gonflement aura pour effet de transformer la représentation pyramidale classique; on ne manquera pas, alors, de faire remarquer qu'une telle évolution conduira à une figure de l'ensemble de l'ordre juridique plus proche des bulbes des églises orthodoxes, comme St Basile sur la place Rouge, que des pyramides des bords du Nil. Cela ne devrait pas inquiéter outre mesure et correspondrait aux grandes évolutions géopolitiques, et donc juridiques, de cette fin de siècle. Il ne s'agirait pas, pour autant, de la fin de l'ère „pharaonique“ actuelle qui caractérise nos sociétés à bien des égards, tout au plus d'une évolution esthétique.