Discours prononcé par le Président du Conseil constitutionnel,

M. Pierre Mazeaud,

à l'occasion des « Entretiens juridiques de Lyon III » (15 septembre 2006)

C'est avec un immense plaisir que j'ai accepté l'invitation que m'a faite le Doyen Fulchiron d'intervenir aujourd'hui devant vous dans le cadre des « Entretiens juridiques » que vous tenez à Lyon.

Lyon est une ville que j'apprécie beaucoup.

J'y suis né il y a déjà quelques années, à la Croix Rousse, alors que mon père était jeune magistrat à Grenoble.

J'y suis venu souvent ensuite et en particulier lorsque j'étais conseiller régional à Charbonnières les Bains.

J'y suis venu encore dernièrement pour participer au jury de la treizième édition du concours de plaidoiries organisé et animé par l'association des étudiants de cette université. Ce fut un moment agréable et j'en profite pour saluer le dynamisme de cette association et les talents des lauréats qui ont su nous amuser en plaidant, pour ou contre, sur des sujets tels que : « L'héroïsme, c'est le seul moyen de devenir célèbre quand on n'a pas de talent ».

Cette ville, je l'ai vue évoluer. Elle est devenue une grande et belle ville internationale. De plus, elle conjugue deux de mes passions, le sport et le droit. Le sport, bien sûr… je ne veux pas parler du sport politique mais du sport physique… et je partage avec vous l'espoir que, cette année, l'Olympique lyonnais « transforme » sur le plan européen ses cinq titres d'affilée de champion de France.

Le droit aussi… votre présence ici le prouve, que vous soyez des théoriciens et ou des praticiens. Les « Entretiens juridiques » vous donnent l'occasion de faire le point sur des thèmes d'actualité et d'échanger vos connaissances et vos expériences, ce qui est fondamental. L'enseignement du droit ne doit pas ignorer la pratique. La pratique ne doit pas oublier le droit.

Le Conseil constitutionnel a pour ambition de ne négliger ni l'un ni l'autre. Si son rôle est de faire respecter la Constitution, il ne doit pas s'enfermer dans une tour d'ivoire et mépriser les réalités, qu'elles soient sociales, économiques, et même juridiques. Sa jurisprudence de ces dernières années le prouve. Je sais que le temps vous manque pour bien la connaître. Je vais donc profiter de cette tribune pour vous en livrer quelques éléments. Ils porteront sur les droits de la défense, car je sais qu'ils vous sont chers, sur la qualité de la loi, un de mes thèmes préférés, et enfin sur une contrainte que nous ne pouvons ignorer, l'internationalisation du droit.

*

* *

Aucune disposition de la Constitution - qui, vous le savez, englobe la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de 1946 – ne garantit explicitement les droits de la défense.

Pour leur donner valeur constitutionnelle et, par suite, en imposer le respect au législateur, le Conseil constitutionnel a dû faire appel, dans un premier temps, aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». C'était le 2 décembre 1976, à propos d'une loi relative au développement de la prévention des accidents du travail.

Toutefois, le Conseil constitutionnel n'a jamais indiqué quelles étaient les lois de la République, antérieures à 1946, qui avaient reconnu ce principe. Or, le Conseil est un peu comme les alpinistes sur la glace ou le rocher. Il a besoin de points d'ancrage solides et précis. C'est pour cela que, depuis plusieurs années, il s'efforce de rattacher les principes constitutionnels qu'il a précédemment dégagés, ou qu'il dégage encore, à un élément précis du « bloc de constitutionnalité ».

Récemment, il a donc voulu donner un nouvel ancrage constitutionnel aux droits de la défense, un ancrage textuel cette fois, et l'a trouvé dans l'article 16 de la Déclaration de 1789, cet article qui résume à lui seul tout le droit constitutionnel : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Il a prolongé ainsi la portée de cet article qui garantissait déjà :
- le droit des personnes intéressées d'exercer un recours juridictionnel effectif[1],
- le droit à un procès équitable[2],
- l'exigence d'impartialité du juge[3]
- et tout ce qui se rapporte à la sécurité juridique[4].

Ce que les révolutionnaires appelaient la « garantie des droits » n'est donc rien d'autre aujourd'hui que ce que nous appelons la « sécurité juridique ».

Cette évolution de jurisprudence ne saurait évidemment être interprétée comme une diminution de la protection accordée à ce principe : comment

[1] Décision n° 2005-522 DC, 22 juillet 2005, cons. 8, 10 à 13
[2] Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, cons. 9
[3] Décision n° 2003-466 DC, 20 février 2003, cons. 23.
[4] Décisions n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, cons. 32 et 33 ; n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, cons. 6 ; n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, cons. 5.

l'établissement d'un lien direct avec la Déclaration de 1789 elle-même pourrait-elle être considérée comme un abaissement ? La protection des droits de la défense au niveau constitutionnel demeure plus que jamais. Cela paraît d'autant plus évident que, pour le Conseil, le respect des droits de la défense n'a pas besoin d'être rappelé par le législateur : il s'impose de lui-même[5].

Une seconde évolution concernant le principe des droits de la défense mérite d'être soulignée. Le Conseil constitutionnel ne limite pas le principe des droits de la défense au seul domaine pénal. Comme il l'a rappelé également dans sa décision du 27 juillet 2006 sur les droits d'auteur, les droits de la défense s'appliquent *« lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition » (2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 11[6])*. Pour que les droits de la défense soient constitutionnellement protégés, il faut donc que la sanction revête un caractère punitif, mais il importe peu qu'elle soit de nature pénale, administrative ou disciplinaire[7] [8].

Pour prendre un exemple récent, le Conseil a vérifié, lors de l'examen de la loi pour l'égalité des chances, que le législateur avait effectivement prévu l'exercice des droits de la défense avant l'application de la sanction consistant dans la

---

[5] Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997

[6] V. aussi décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 50 ; Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, cons. 30.

[7] ex. n° 2006-535, 30 mars 2006 (égalité des chances) : 24. Considérant, en deuxième lieu, que, si le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 impose le respect d'une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire, il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respectée dans les autres cas de licenciement ;

[8] pour un exemple dans lequel le principe des droits de la défense ne s'applique pas,cf. n° 2003-467, 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, cons. 85 : Considérant que, si le principe de la présomption d'innocence ne peut être utilement invoqué en dehors du domaine répressif, ni le principe des droits de la défense utilement invoqué à l'encontre du retrait de la carte de séjour pour des motifs d'ordre public, lequel constitue non une sanction mais une mesure de police, l'intéressé sera mis à même de présenter ses observations sur la mesure de retrait envisagée dans les conditions prévues par la législation de droit commun relative à la procédure administrative ;

suspension des prestations familiales en raison du non-respect du contrat de responsabilité parentale[9].

Certes, le respect des droits de la défense n'implique pas l'intervention obligatoire d'un avocat.

Néanmoins, la Doctrine n'a pas manqué de souligner que la protection des droits de la défense a conduit le Conseil à définir progressivement le droit constitutionnel « à l'avocat » mais aussi les droits constitutionnels « de l'avocat ».

On se souvient de la censure éclatante qu'il a infligée, en janvier 1981[10], à une disposition qui permettait au président d'une juridiction d'écarter un avocat de la salle d'audience, en vertu de ses pouvoirs de police et pour préserver la sérénité des débats, alors même que cet avocat n'avait manqué à aucune des obligations imposées par son serment et qu'il n'avait donc fait que remplir son rôle de défenseur.

De même, on se souvient qu'il a posé le principe du libre entretien avec un avocat d'une personne gardée à vue, comme constituant « un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale »[11], n'hésitant pas à censurer, en 1993[12], des dispositions qui le méconnaissaient.

---

[9] n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 38 : la décision du président du conseil général de faire suspendre le versement des allocations familiales et du complément familial n'interviendra qu'après que les parents ou le représentant légal du mineur auront été mis à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, à leur demande, des observations orales, en se faisant assister par un conseil ou représenter par un mandataire de leur choix ; que, dès lors, le grief tiré d'une violation des droits de la défense manque en fait.

[10] N° 80-127 DC, 19 et 20 janv. 1981, Loi « Sécurité –Liberté »

[11] N° 93-326 DC, 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale ; N° 93-334 DC, 20 janvier 1994, Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale

[12] N° 93-326 DC, 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale

En 2004, à l'occasion de l'examen de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, il a encore tenu à assortir de réserves les dispositions qui reportaient, dans certaines circonstances, le délai à l'issue duquel s'exerce ce droit.

En janvier 2006, lors de l'examen de la loi relative à la lutte contre le terrorisme, le Conseil a vérifié, même si cela n'apparaît pas dans la décision, que les nouvelles prolongations exceptionnelles qui permettent de porter dans certains cas la durée de la garde à vue en matière de terrorisme à 144 heures, soit 6 jours[13], d'une part, ne remettaient pas en cause l'entretien avec l'avocat à l'issue de la 72ème heure, d'autre part, permettaient de nouveaux entretiens à l'issue de la 96ème heure et de la 120ème heure.

Le respect des principes constitutionnels ne saurait toutefois servir d'alibi pour fermer la porte aux nécessaires adaptations du droit répressif aux réalités de notre temps.

Ainsi, dans deux décisions rendues en 2005, à propos, d'une part, de l'extension des compétences des juridictions de proximité, d'autre part, de la présence facultative du ministère public à l'audience d'homologation de la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité, le Conseil a considéré que le législateur n'avait pas méconnu *« les exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense »*[14], *« qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable »*[15].

---

[13] art. 706-88 du code de procédure pénale

[14] n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

[15] n° 2005-510 DC, du 20 janvier 2005, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance

Plus récemment, dans la décision du 30 mars 2006 sur le CPE, il a considéré que le grief tiré d'une violation des droits de la défense était inopérant à l'encontre des dispositions de la loi pour l'égalité des chances qui instituaient la nouvelle procédure de transaction en matière de contraventions commises au préjudice d'une commune.

Je me permets d'insister sur ce point, car les procédures de transaction pourraient se développer à l'avenir et couvrir un domaine de plus en plus large.

Dans cette décision du 30 mars dernier, le Conseil a considéré que la violation des droits de la défense était un grief inopérant à l'encontre de dispositions organisant non pas un procès mais une procédure de transaction, soumettant la conclusion de celle-ci à l'accord libre et non équivoque de l'auteur des faits, prévoyant l'homologation de la transaction par le juge judiciaire, n'écartant pas l'avocat de la procédure, enfin insusceptible d'exécution forcée.

Peu de temps après, le 7 juillet 2006, le Conseil d'Etat, appliquant les principes constitutionnels mis en œuvre par le Conseil constitutionnel dans la décision que je viens d'évoquer, a annulé les dispositions d'une ordonnance qui, en matière d'infractions à la police de l'environnement, avait institué un régime de transaction non conforme à ces principes.

Les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat ont ainsi, en l'espace de quelques semaines, fixé les grandes lignes applicables à tout régime de transaction et lui ont apporté une sécurité juridique accrue. Il est probable que le législateur sera enclin à y recourir plus largement. Les nouveaux pouvoirs transactionnels confiés à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) par la loi pour l'égalité des chances témoignent à leur manière de cette évolution.

Sans doute les avocats doivent-ils s'attendre à être sollicités par leurs clients en ce domaine…

Naturellement, le caractère effectif des droits de la défense implique souvent l'accès au juge, que le Conseil a également toujours eu à cœur de garantir et que la transaction ne remet pas en cause.

Mais permettez-moi de poser la question : à quoi bon instituer une telle garantie au niveau constitutionnel si, concrètement, le travail du juge est rendu impossible par des offensives, des stratégies destinées non à l'éclairer en vue de la décision qu'il doit prendre, mais à le déstabiliser ?

Certes, M. le bâtonnier du barreau de Paris écrivait l'an dernier, dans une tribune retentissante[16], que l'avocat est un « gêneur », un « gêneur nécessaire », et que la démocratie se grandit si elle s'en accommode.

Et en effet, les relations entre magistrature et barreau ne sauraient reposer sur la complaisance et moins encore la connivence, sauf à ruiner la confiance que tout justiciable est en droit de placer à la fois dans son juge et son défenseur.

Faut-il, pour autant, se livrer, d'un côté ou de l'autre, à une surenchère hostile ?

Poser la question, c'est y répondre.

Comme l'avait fait il y a quelques années un rapport du Sénat, la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau s'est déclarée *« bien consciente*

[16] Bulletin de l'ordre des avocats de Paris, 24 mai 2005

de la détérioration des rapports entre les deux professions »[17]. Il s'agit d'un phénomène préoccupant. Les causes en sont multiples et je n'ai évidemment pas le temps d'en établir aujourd'hui le diagnostic.

Toutefois, étant sensible à ce phénomène, je ne peux m'empêcher de vous livrer ici quelques réflexions.

Il va de soi que le juge doit abdiquer toute vaine prétention à un « pouvoir » que la Constitution ne lui reconnaît pas, puisqu'il n'est qu'une « autorité » selon le titre VIII de la Constitution. Il doit accepter pleinement que le ministère de l'avocat concoure à l'œuvre de justice.

Mais, de son côté, l'avocat, si légitime que soit sa fonction de « gêneur », ne saurait se comporter comme un adversaire du juge…

N'oublions jamais que la justice est rendue… au nom du peuple français. Il ne s'agit pas d'une formule de style, mais d'une exigence qui oblige la conscience de chacun.

Chacun à sa place, selon la nature spécifique de la tâche qui lui échoit, doit y contribuer avec le souci commun de la justice.

Laissez-moi vous dire qu'à mon sens, tout ce qui peut rapprocher les professions, sans les confondre, tout ce qui peut contribuer à les ouvrir davantage l'une à l'autre comme d'ailleurs à l'ensemble des réalités extérieures, tout ce qui peut éviter le repli corporatiste sur des postures insoucieuses de l'intérêt général, constitue une exigence cardinale.

---

[17] Assemblée nationale, Rapport n° 3125 au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 6 juin 2006, p. 443.

Faut-il pour autant aller jusqu'à instituer une formation commune des magistrats et des avocats ? Je me bornerai à constater, à ce propos, que la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau n'est pas allée jusque là et n'a pas proposé de supprimer l'Ecole nationale de la magistrature, comme certains le souhaitaient. Elle a revanche suggéré de porter de deux mois à un an le stage que les élèves de l'Ecole doivent accomplir auprès d'un avocat, et d'en faire un stage de plein exercice du métier d'avocat.

Sans doute de telles mesures, comme celle envisagée par le directeur de l'Ecole, de consacrer désormais une direction d'études aux « droits de la défense », sont-elles de nature à résoudre, au moins en partie, les problèmes que j'ai évoqués.

*

* *

Je n'ignore pas, toutefois, que les difficultés qui ont pu surgir, ici où là, entre barreau et magistrature trouvent un terrain favorable dans l'inflation et l'instabilité législatives qui constituent l'une des fléaux de ces dernières années.

Je mesure et je salue l'effort immense qui a été fourni dans les juridictions et les barreaux pour intégrer, dans la pratique quotidienne, sur le terrain, souvent « à chaud », les réformes d'ampleur parfois inégalée qui ont bouleversé au cours des dernières années la procédure pénale, pour ne parler que d'elle.

Malgré les facilités offertes par les nouveaux outils de travail et de communication, cet effort est trop intense pour pouvoir se renouveler souvent, sauf à épuiser les hommes et à saper les meilleures volontés…

Vous le savez, j'ai déjà eu l'occasion de dénoncer fermement, et devant le président de la République lui-même, le prurit législatif et la dégradation de la qualité de la loi. Je ne pouvais d'ailleurs que redire ce que j'avais toujours dénoncé en tant que parlementaire.

Cette dénonciation n'était pas incantatoire : elle reposait sur le constat d'une réalité, établi depuis plusieurs années par le Conseil constitutionnel, mais aussi par le Conseil d'Etat, dont le rapport 2006 a été consacré à la sécurité juridique et la complexité du droit.

Les manifestations de la dégradation de la qualité de la loi sont diverses.

Il y a d'abord la malfaçon législative pure et simple.

Il y a ensuite la loi qui « tâtonne, hésite, bafouille », revient à bref intervalle sur le même sujet dans un sens ou dans un autre, selon les réactions réelles ou supposées de la société. L'article 145-1 du code de procédure pénale relatif à la détention provisoire a été ainsi modifié pas moins de dix fois en dix-huit ans.

Le mouvement n'est sans doute pas achevé. Du moins peut-on espérer que l'unanimité constatée à l'occasion de la présentation du rapport de la commission d'enquête sur l'affaire d'Outreau évitera que les réformes qui vont se succéder - la première est pour l'automne - engendrent de nouveaux mouvements de balancier…

Les causes de cette dégradation de la qualité de la loi sont connues :
- pusillanimité du législateur ;

- malentendus qui surgissent entre le législateur et le juge et qui ne peuvent trouver de solution ailleurs que dans la maxime classique selon laquelle « force doit rester à la loi » ;
- manque d'intelligibilité des textes, alors que le Conseil a fait de l'intelligibilité de la loi un objectif de valeur constitutionnelle, autour duquel il a articulé, dans sa décision du 27 juillet 2006, son considérant de principe sur la qualité de la loi ;
- législation de l'instant, à courte vue, en réponse à des faits divers dont la connaissance est toujours partielle et souvent déformée ;
- rédactions équivoques ou confuses ;
- dispositions déclaratives ou incantatoires.

Au risque de paraître ringard, et au rebours d'un « droit post moderne », je soutiens que la loi doit être revêtue d'une portée normative claire.

Sauf à s'en faire le complice, le Conseil ne pouvait pas continuer à assister, muet, à ce phénomène qui contribue à la dévalorisation de la règle, voire au discrédit de l'action politique.

Il s'est donc efforcé de remédier, dans la limite de ses attributions, à cette situation.

Il l'a fait de manière progressive, ferme et pédagogique. Il n'a pas frappé sans avertir.

Dans un premier temps, le Conseil a censuré des dispositions législatives qui n'avaient pas respecté l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité en relevant qu'elles étaient équivoques. C'était en 2003[18].

[18] n° 2003-475DC, 24 juillet 2003, loi portant réforme de l'élection des sénateurs, cons. 20 à 26

Dans un deuxième temps, il a censuré une disposition d'une loi organique qui, *« du fait de sa portée normative incertaine »* ne respectait *« ni le principe de clarté de la loi ni l'exigence de précision »* attendue du législateur organique. C'était en 2004[19].

Cette décision comportait également une mise en garde contre l'insertion dans la loi de dispositions dénuées de toute valeur normative.

L'avertissement de 2004 n'ayant pas eu tous les effets escomptés, le Conseil constitutionnel a censuré, pour la première fois, dans sa décision du 21 avril 2005 relative à la loi sur l'avenir de l'école, des dispositions *« manifestement dépourvues de toute portée normative »*.

Dans la décision du 29 décembre 2005 sur la loi de finances pour 2006, il a censuré de manière éclatante la totalité du dispositif de plafonnement des « niches fiscales » qui atteignait un tel degré de complexité qu'il devenait inintelligible pour le citoyen et sans doute même pour le spécialiste… fût-il coutumier du droit fiscal… ! La complexité était en l'espèce d'autant plus critiquable que le dispositif était censé conditionner les arbitrages du contribuable et avait ce dernier pour destinataire. Par ailleurs, aucun motif d'intérêt général, notamment budgétaire, ne justifiait pareille complexité. Seule une volonté d'affichage politique (équilibrer optiquement le « bouclier final » par une mesure rigoureuse pour les gros contribuables ou réputés tels) pouvait expliquer un tel mouvement d'inintelligibilité.

---

[19] n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 13 et 15

La jurisprudence du Conseil sur la clarté et la précision de la loi pénale, même si elle repose sur des fondements plus anciens, concourt aussi à la qualité de la loi, et ce, dans un des domaines les plus sensibles qui soient.

Dans sa décision du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré plusieurs dispositions de nature pénale contenues dans la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins. Ces dispositions ne satisfaisaient pas au principe de légalité des délits et des peines, notamment en ce qui concerne la description des agissements que le législateur entendait faire échapper au champ des incriminations nouvelles qu'il instituait.

J'ose espérer que les professionnels du droit que sont les avocats et les magistrats lui donneront acte de cette action, même si celle-ci est encore loin d'avoir porté tous ses fruits.

Permettez-moi de souligner à ce propos que le souci de la qualité de la loi n'a pas pour objet de diminuer le rôle du juge, mais bien de lui fournir des instruments fiables pour remplir sa tâche.

Le juge n'est pas législateur.

Au législateur, la confection de la règle commune.

Au juge, *« le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin d'interprétation, inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières »*, comme l'a rappelé solennellement le Conseil dans sa décision du 13 janvier 2005. Une chose est de dire que la jurisprudence est source de droit : c'est une nécessité et une évidence. Tout autre chose serait de se satisfaire d'énoncés si flous qu'il reviendrait in fine au juge et à lui seul de les doter d'une

charge normative et de régler l'intensité de celle-ci. Cela reviendrait à déléguer au juge le soin de faire la loi alors que son rôle est de l'interpréter, ce qui n'est quand même pas la même chose !

*

* *

Mais l'attention portée par le Conseil à la qualité de la loi ne repose pas seulement sur le respect des grands équilibres établis par la Constitution entre législateur et juge.

Elle repose aussi sur la volonté de mieux garantir les droits des citoyens et le barreau ne peut pas y être insensible.

Je voudrais vous dire, à ce propos, quelques mots sur le rôle du Conseil en matière de protection des droits fondamentaux.

Souvent, les lois nouvelles demeurent contestées, alors même que le Conseil s'est prononcé, dans le cadre d'une saisine, après avoir examiné l'argumentation serrée des parlementaires requérants, voire certaines contributions, appelées dans notre jargon « portes étroites ». Beaucoup de ces portes étroites sont l'œuvre de membres du barreau ou de l'université, comme nous avons pu encore le constater lors de l'examen de la loi relative au droit d'auteur.

Lorsqu'on a perdu un « premier round » constitutionnel, on invoque souvent un « second round » conventionnel, fondé sur les exigences, supposées plus fortes, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Certes, me direz-vous, c'est le Conseil lui-même qui l'a voulu, en refusant, dans sa décision du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse, d'exercer lui-même le contrôle des lois au regard des engagements internationaux.

Dans cette décision de 1975, le Conseil a affirmé la compétence des juridictions ordinaires pour exercer ce contrôle.

Celles-ci ont accepté de s'en charger, dès mai 1975 pour le juge judiciaire (arrêt Jacques Vabre), quatorze ans plus tard, pour le juge administratif (arrêt Nicolo). Elles l'exercent de manière fort efficace.

En ce qu'elle leur a reconnu cette compétence, la décision de 1975, est, à vrai dire, irréversible.

On ne voit donc guère, par conséquent, ce qu'ajouterait un contrôle de conventionnalité exercé a priori par le Conseil lui-même.

De deux choses l'une : ou les conventions en cause sont des traités ordinaires et le Conseil constitutionnel n'aurait pas le loisir, dans le faible délai qui lui est imparti, de décerner un brevet de conventionnalité ; ou il s'agit des grands instruments internationaux de protection des droits fondamentaux et le contrôle de constitutionnalité fournit une garantie équivalente ou (comme le montre la position du Conseil sur les peines automatiques) supérieure.

Ce rappel me donne l'occasion d'attirer votre attention sur l'évolution de la position du juge constitutionnel français en ce qui concerne les relations entre le droit communautaire et le droit national.

La question de l'articulation entre droit constitutionnel et droit communautaire s'est nouée autour des modalités selon lesquelles le Conseil exerce le contrôle des lois qui transposent une directive communautaire.

Ces modalités de contrôle résultent d'une maturation dont les décisions de l'été 2004 et du 30 mars 2006 constituent les principales étapes et que la décision du 27 juillet 2006 parachève en l'illustrant de manière à la fois théorique et pratique.

En se fondant sur les termes mêmes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil a jugé que la transposition du droit communautaire en droit interne constitue une exigence constitutionnelle. L'article 88-1 dispose en effet que *« la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences »*.

Par conséquent, lorsque le Conseil est saisi d'une loi de transposition dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, il doit vérifier que le législateur a respecté cette exigence constitutionnelle.

Le contrôle du respect de cette exigence est toutefois confronté à deux limites.

La première limite tient à la portée même de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives. Le législateur est en effet délié de cette obligation dans certaines hypothèses. Tel est le cas si les objectifs de la directive sont contraires à l'identité constitutionnelle de la France. La transposition d'une directive ne saurait en effet remettre en cause une règle ou un principe inhérent à notre ordre constitutionnel national. On peut penser que cette hypothèse sera rare, mais il est nécessaire de préserver une telle porte de sortie « au cas où… ».

La seconde limite résulte, quant à elle, des modalités du contrôle de constitutionnalité *« à la française »*. Le Conseil constitutionnel exerce en effet un contrôle *a priori*, autrement dit avant la promulgation de la loi. Il doit par conséquent se prononcer dans un délai très bref : un mois, en pratique une quinzaine de jours. Dans un délai aussi bref et aussi impérieux, le Conseil n'est pas en mesure de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes pour trancher un problème d'interprétation du droit communautaire. Il n'est donc pas à même de déceler avec certitude toutes les erreurs commises par le législateur dans la transposition d'une directive. Aussi doit-il se borner à ne sanctionner que les disposition législatives « manifestement » incompatibles avec la directive transposée. Son contrôle se résume à celui de la seule erreur « manifeste » de transposition.

Par conséquent, une décision du Conseil qui, comme celle du 27 juillet 2006 sur le droit d'auteur, conclut à l'absence d' « erreur de transposition manifeste », ne saurait être interprétée comme délivrant un brevet général et absolu de conformité de la loi examinée au droit communautaire.

Une telle décision ne remet donc pas en cause le contrôle exercé par les juridictions nationales et communautaires sur la conformité de la loi examinée au droit communautaire. Elle ne remet pas en cause la possibilité pour les juridictions ordinaires de saisir la Cour de justice des questions préjudicielles qui peuvent se poser. Elle ne rend pas *ipso facto* inopérantes des conclusions d'avocat qui, dans une affaire particulière, solliciteraient une telle question préjudicielle.

Ceci m'amène à vous dire quelques mots du dialogue discret mais soutenu que le Conseil constitutionnel entretient tant avec la Cour européenne des droits de l'homme qu'avec la Cour de justice des Communautés européennes.

Le Conseil exerce son contrôle au regard des normes de valeur constitutionnelle, qu'il s'agisse de dispositions expresses de nos textes constitutionnels ou d'exigences qui en ont été déduites.

Rappelons que le catalogue national des droits fondamentaux résulte d'un « bloc de constitutionnalité » qui recouvre en très large partie celui que protègent les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, au premier rang duquel se trouve la convention européenne des droits de l'homme.

On a pu dire, à juste titre, que Conseil constitutionnel s'efforçait « d'interpréter les droits fondamentaux à la lumière de la Convention »[20].

Certes, cette commune substance n'implique pas pour autant une commune appréciation, surtout lorsque cette appréciation est effectuée par deux instances aussi différentes que le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme.

On pourrait alors craindre l'apparition de divergences qu'aucun organe de conciliation ne viendrait résorber.

Toutefois, le Conseil constitutionnel est partie prenante, à part entière, de ce qu'on appelle le « dialogue des juges ».

Dialogue des juges n'est pas alignement.

---

[20] B.Genevois

Le Conseil se veut à l'écoute de la jurisprudence des uns et des autres et en tient le plus grand compte. Il n'exclut pas de s'en écarter, mais il n'entend le faire que pour des raisons sérieuses.

Il suffit pour le constater de consulter le site internet du Conseil : le dossier documentaire qui accompagne chaque décision et qui rassemble les éléments ayant permis d'aboutir à la solution adoptée met en évidence les influences croisées qu'exercent les jurisprudences des différentes cours, nationales, étrangères et supranationales.

C'est un instrument précieux pour vous tous, avocats, magistrats et universitaires. Je ne peux que vous inviter tous à vous y reporter lorsque se pose une question relative à l'analyse des décisions du Conseil et à l'interprétation des lois sur lesquelles vous hésitez. Si vous le faites, ma présence ici n'aura pas été inutile. Je vous en remercie à l'avance.