

# Pour le dépassement définitif de la « souveraineté » de la loi

Valerio ONIDA - Professeur à l'Université de Milan et ancien président de la Cour constitutionnelle italienne

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 25 (DOSSIER : 50ÈME ANNIVERSAIRE) - AOÛT 2009

*Traduit de l'italien par F. Jacquolot, maître de conférence à l'Université de Toulon et du Var*

La révision constitutionnelle que le Parlement français est en train d'approuver, avec les nouveaux articles 61, 61.1 et 62 de la Constitution, est l'aboutissement d'une longue évolution des institutions de la justice constitutionnelle, qui les rapproche définitivement de celles en vigueur dans la majeure partie des autres États « constitutionnels ».

La France est, sous de nombreux aspects, la « mère » des expériences constitutionnelles développées ces deux cents dernières années, en Europe mais pas seulement. Mais quand, spécialement après la fin de la seconde guerre mondiale, et ensuite en Europe de l'Est à la fin du xxe siècle, après la disparition des régimes inspirés par le communisme soviétique, s'est diffusée l'idée que l'efficacité normative de la Constitution devait être garantie même au regard des délibérations des organes législatifs ordinaires, à travers des activités ou des procédures de type juridictionnel, a été mise définitivement de côté une idée enracinée dans la tradition constitutionnaliste française : celle selon laquelle la loi votée par le Parlement, élu par le peuple, et promulguée par le chef de l'État, représente l'expression suprême et non susceptible de recours de la « volonté générale », à laquelle aucun pouvoir de l'État et aucun sujet ne peut se soustraire, même en invoquant la Constitution.

Puisque, en réalité, il peut arriver et il arrive que la loi soit contraire à la Constitution, cette idée portait inévitablement en elle la négation de la pleine force normative de la Constitution, ou mieux présupposait que les normes constitutionnelles s'adressent essentiellement aux législateurs, et produisent des effets seulement par l'intermédiaire de ceux-ci. En ce sens, la Constitution ne serait pas pleinement « loi » pour les individus et les groupes, mais plutôt un document politique, confié à la dynamique des pouvoirs de l'État. C'est l'idée à laquelle les Américains s'opposent dès le début de leur expérience constitutionnelle, quand, dans *Marbury versus Madison*, la Cour suprême a posé comme postulat « essentially attached to a written Constitution » et comme « one of the fundamental principles of our society », le fait que « an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void »<sup>(1)</sup>.

En Europe, l'idée ou le mythe de la « souveraineté » parlementaire et donc de l'incontestabilité des lois a duré beaucoup plus longtemps. Mais ce n'est pas un hasard si, après la seconde guerre mondiale, les pays qui les premiers, en se donnant une nouvelle Constitution, marquèrent l'abandon de cette idée, aient été l'Italie et l'Allemagne. Ces deux pays sortaient de régimes autoritaires qui s'étaient affirmés grâce au soutien de majorités parlementaires (et à ces expériences a fait suite, en 1978, l'Espagne, sortant également d'un régime autoritaire). Il était, en effet, clair, désormais, sur la base des expériences tragiques de ces pays, que les décisions prises à la majorité, même par des majorités populaires plus ou moins larges, ne constituent pas une garantie suffisante de la démocratie constitutionnelle, s'il n'y a pas de limites juridiques à l'omnipotence du législateur, et donc si les lois ne sont pas sujettes à un contrôle indépendant, de type juridictionnel, en ce qui concerne leur conformité à la Constitution. En somme, même le peuple « souverain » ne peut être un souverain absolu, parce qu'il doit respecter la Constitution : comme l'a écrit au xviii<sup>e</sup> siècle le juge anglais Coke, *Magna Charta* (nous dirions la Constitution) « is such a fellow that he will know no sovereign ». Ou, comme l'a formulé le Conseil constitutionnel, « la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »<sup>(2)</sup>.

Pourtant, l'idée selon laquelle les préceptes constitutionnels se réfèrent essentiellement au législateur et ne concernent pas directement les citoyens et leurs droits, s'est éteinte difficilement. Encore dans les années cinquante en Italie, avant que la Cour constitutionnelle ne soit concrètement instituée, quand la Constitution prévoyait que les différends sur la constitutionnalité des lois étaient résolus, de manière transitoire, « dans les formes et dans les limites » des normes antérieures (VII disp. trans., second alinéa, Const.), c'est-à-dire, par les juges de droit commun dans le cadre des procès concrets, la jurisprudence retenait, dans une large majorité, que presque toutes les normes de la Constitution étaient « programmatiques » et non « prescriptives », en ce sens qu'elles n'étaient pas destinées à agir concrètement si ce n'est en vertu des lois ordinaires qui leur donnaient application. C'est seulement avec l'arrivée de la Cour constitutionnelle et par sa toute première décision (arrêt n° 1 de 1956) que s'est définitivement affirmée, en Italie, l'idée selon laquelle les lois – toutes les lois, y compris celles entrées en vigueur avant la Constitution et qui continuent à réguler de nombreux aspects du droit – peuvent être appliquées seulement si elles respectent la Constitution. Les lois doivent donc être interprétées dès que possible *secundum Constitutionem* et, si cela n'est pas faisable,

elles doivent être annulées et ne plus être appliquées par les juges.

Le contrôle a priori sur les délibérations législatives du Parlement, introduit avec la Constitution de 1958, a marqué également en France l'abandon du mythe de l'omnipotence parlementaire, mais, initialement, plus en tant que point d'équilibre entre les pouvoirs que comme garantie de la Constitution. La loi promulguée restait insusceptible de recours ; les contrariétés à la Constitution, non relevées avant la promulgation, à travers la saisine du Conseil constitutionnel, et surtout les divergences qui peuvent résulter a posteriori non pas de la simple confrontation abstraite entre deux textes (législatif et constitutionnel), mais de la manière concrète par laquelle la législation agit lors de son application en pratique, ou encore de l'effet produit par le « contenu combiné » de plusieurs dispositions législatives en vigueur, restaient privées de juge. Plus qu'un juge, le Conseil apparaissait comme une sorte de troisième chambre parlementaire restreinte, qui intervenait seulement si elle était sollicitée au cours de la procédure législative (évoquent, d'une certaine manière, cette similitude, la composition même de l'organe, avec la présence des anciens présidents de la République qui, en Italie, en revanche, sont membres de droit du Sénat, ainsi que la forme des décisions qui ne prennent pas le nom d'arrêtés et ont un dispositif rédigé en articles comme les lois).

Par la suite, l'histoire du Conseil constitutionnel l'a toutefois conduit à se rapprocher toujours plus des autres expériences européennes de justice constitutionnelle : à travers la réforme de son accès, effectuée en 1974, qui a ouvert le recours à soixante députés ou sénateurs – réforme qui a étendu de manière significative les possibilités concrètes d'intervention du Conseil – et surtout, avec les décisions historiques qui ont admis le contrôle de constitutionnalité des lois vis-à-vis non seulement des dispositions de la Constitution, mais aussi de tout le bloc de constitutionnalité, comprenant en particulier les textes rappelés dans le Préambule de la Constitution, c'est-à-dire la Déclaration des droits de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, et aujourd'hui, également, la Charte de l'environnement de 2004.

La nature même de ces textes, qui ne contiennent pas de prescriptions législatives spécifiques, mais affirment des principes généraux constituant une sorte de jus commune, fait que le contrôle de constitutionnalité n'opère plus comme une simple confrontation entre deux dispositions ponctuelles (l'une législative, l'autre constitutionnelle) dans le but d'éliminer les éventuelles antinomies. Il devient un instrument de contrôle et de conformation de l'ensemble du système législatif à la « rationalité » de fond exprimée dans ces principes, qui ainsi ne sont plus seulement les postulats d'une doctrine politique, bien que solennellement proclamés, mais exercent une pleine efficacité normative.

L'introduction du contrôle de constitutionnalité a posteriori, prévu aujourd'hui par la révision constitutionnelle, conduit cette évolution vers un accomplissement cohérent : dans un système ainsi fait, les dispositions de la loi ne sont plus indiscutables ; le juge, tout juge, n'est plus (même si, au sens strict, il ne l'a jamais été) simplement « bouche de la loi », mais devient – également par l'intermédiaire du contrôle de constitutionnalité – « bouche du droit », c'est-à-dire d'un droit qui n'exprime pas la simple volonté de quelque législateur historique, mais qui forme et harmonise, autour d'un noyau de principes fondamentaux, la variété et la mutabilité de l'expérience juridique.

La fonction ultime de la Constitution en ressort valorisée : celle-ci n'est pas une sorte de manuel d'instructions pour bien gouverner, mais un espace normatif où trouvent expression et garantie les exigences les plus profondes de l'organisation sociale : la dignité et le respect des individus et des groupes ainsi que leurs droits inviolables, l'égalité fondamentale des êtres humains, les conditions pour l'exercice légitime de l'autorité, l'équilibre entre les droits et les devoirs, entre les intérêts privés et ceux de la justice sociale, entre les pouvoirs et leurs limites. La jurisprudence constitutionnelle, qui comme toute jurisprudence vit de continuité, avec l'incontournable référence aux précédents, est, en même temps, toujours ouverte à l'évolution sur la base de ce que les temps apportent de nouveau. L'ordonnement peut ainsi se développer selon des règles cohérentes et fondamentalement dégagées de l'excès de contingence et de volontarisme abstrait.

La doctrine française du bloc de constitutionnalité contribue, entre autres, à faire ressortir – justement dans un pays qui, dans son histoire, a vu de manière assez fréquente la succession d'innovations constitutionnelles radicales – un élément de continuité dans l'histoire du constitutionnalisme. Lire après plus de deux siècles, dans une décision du Conseil, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative pour non-conformité à un article de la Déclaration de 1789 <sup>(3)</sup>, rend palpable l'existence d'un « fil rouge » permanent qui court sous l'histoire et l'évolution du constitutionnalisme. Ce « fil rouge » de principes reste l'expression d'exigences immuables même si, dans le temps, se manifestent de nouvelles applications, de nouveaux problèmes, de nouveaux équilibres et mises en balance.

C'est également cela la condition idéale qui sous-tend l'affirmation présente dans les textes constitutionnels et dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles comme celle de la Cour italienne <sup>(4)</sup>, selon laquelle il y a des principes constitutionnels fondamentaux qui ne peuvent pas être niés ou contredits, pas même par les lois de révision de la Constitution, parce qu'ils touchent au noyau essentiel des valeurs de la Constitution.

Mais il y a plus. Les principes sur lesquels se fonde le constitutionnalisme contemporain sont bien sûr exprimés et se sont historiquement

développés dans le cadre de chaque système national (pour la France, dans ce qui a été désigné comme le bloc de constitutionnalité), mais ils n'appartiennent pas, ni du fait de leurs origines ni de par leur destination ultime, à un seul pays ou à un seul ordre juridique. Ce sont plutôt des principes fondamentalement universels, en ce qu'ils se fondent sur un engagement en faveur de l'égalité de dignité et de droits inhérents à tous les êtres humains. Si également, dans l'histoire du constitutionnalisme, les droits « du citoyen » ont pendant longtemps été mis davantage en évidence, on ne peut oublier que la Déclaration de 1789 affirmait, avant tout, les droits de « l'homme » ; et la même inspiration est commune aux premiers documents du constitutionnalisme américain, s'il est vrai que la Déclaration d'indépendance des États-Unis part justement de la « self-evident truth » que « all men are created equal » et « they are endowed by their Creator with certain unalienable rights ».

Si, pendant plus d'un siècle et demi, ce qui a été affirmé en Europe et ailleurs, a été un constitutionnalisme surtout « national », cela n'est plus vrai depuis que, après la fin de la seconde guerre mondiale, a commencé à s'affirmer jusqu'au niveau institutionnel l'idée des droits universels de l'homme et donc d'un constitutionnalisme « universel ». Le président américain Roosevelt l'a pressenti dans son célèbre discours des « quatre libertés »<sup>(5)</sup>, dans lequel il affirmait avec force que la liberté de pensée et d'expression, la liberté de religion, ainsi que la liberté de vivre à l'abri du besoin et de la peur devaient se réaliser « everywhere in the world » en constituant « a definite basis for a kind of world attainable in our own time and generation ». La traduction, sur le plan institutionnel, de cette intuition est dans la Déclaration universelle des droits de l'homme qui, bien que n'étant pas considérée en elle-même comme un document juridique, représente l'un des fondements sur lesquels repose l'Organisation des Nations Unies, dans la persuasion que la reconnaissance universelle et le respect des droits de l'homme sont indissolublement liés à la construction d'un ordre international de paix et de justice.

De la Déclaration universelle découlent, en tant qu'instruments visant à son application, les grandes conventions internationales sur les droits (les Pactes de New York de 1966 sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels, et pour nous, la Convention européenne de 1950 pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Celles-ci représentent désormais la « nouvelle frontière » d'un droit international qui n'est plus seulement un instrument de régulation des rapports entre les États, mais qui s'adresse directement aux individus en apportant droits et garanties, même juridictionnelles (comme dans le cas de la Cour européenne de Strasbourg). Alors que, dans la conception « classique », les normes de droit international restaient étrangères au contexte constitutionnel interne, et en cela entraient dans les ordres juridiques seulement en vertu des lois internes de réception ou d'adaptation, en suivant la destinée de ces dernières, le nouveau droit international exige et obtient, de différentes manières, un respect direct dans les systèmes internes. Il ne s'agit pas seulement de l'affirmation définitive du droit communautaire et de sa primauté sur le droit national, mais aussi des obligations qui s'imposent aux autorités internes des États, législatives, administratives et judiciaires, en vertu des normes internationales et particulièrement celles sur les droits de l'homme. C'est également par cette voie que des limites s'imposent aux législateurs nationaux.

En Italie, la Constitution mentionnait déjà le relief constitutionnel des « normes de droit international généralement reconnues » (art. 10) et la capacité de dérogation à la Constitution (mis à part les principes suprêmes du système constitutionnel) inhérente aux traités, comme ceux européens, qui opèrent des transferts de souveraineté étatique, en faveur, entre autres, des institutions communautaires (art. 11).

Dernièrement, un pas décisif a été franchi dans cette même direction, avec l'introduction dans l'article 117 de la Constitution italienne, par la loi constitutionnelle n° 3 de 2001, de la soumission des législateurs étatique et régionaux au respect des obligations internationales en plus de celles issues du droit communautaire. Sur cette base, la Cour constitutionnelle a expressément reconnu que le non-respect de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par son juge, c'est-à-dire par la Cour de Strasbourg, constitue un vice d'inconstitutionnalité de la loi ordinaire, qui peut et doit être établi par la Cour constitutionnelle par la voie incidente<sup>(6)</sup>. Et l'on sait que la Cour de Strasbourg ne se limite pas désormais à déclarer l'existence d'une violation dans un cas concret, mais, selon les circonstances, elle met en évidence également les aspects de la législation et de la pratique interne qui comportent des violations de la Convention et indique les solutions que l'État membre doit introduire.

En France, l'article 55 de la Constitution confère aux traités internationaux (sous réserve de leur application par l'autre partie contractante) une autorité supérieure à celle de la loi ; et le « contrôle de conventionnalité » sur les lois, en particulier au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, est déjà effectué par les juridictions de droit commun, en dépassant ainsi, même de ce point de vue, le principe historique de la souveraineté absolue de la loi parlementaire. Il manque peu de choses, il me semble, pour que les normes internationales sur les droits soient également reconnues comme partie intégrante du bloc de constitutionnalité, sur la base duquel le Conseil constitutionnel jugera aussi dans sa nouvelle fonction de juge des lois appelé à se prononcer de manière incidente.

Les Cours constitutionnelles nationales et les Cours internationales, comme celle de Strasbourg, deviennent ainsi les composantes d'un système global de protection des droits, à la fois national et supranational : et celles-ci sont appelées à coopérer, chacune à partir de sa propre tradition (puisque, comme l'a écrit le président Debré, en droit « s'applique la théorie des climats »<sup>(7)</sup>) mais dans la conscience d'une tâche commune, afin que s'affirment d'adéquats standards minimum de protection valables pour tous.

- (1)** Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, février 1803.
- (2)** Déc. n° 85-197 DC du 23 août 1985.
- (3)** Ainsi, pour la première fois, dans la décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, et successivement dans de nombreuses autres décisions.
- (4)** Arrêt n° 1146 de 1988.
- (5)** Roosevelt (F.D.), Annual message to the Congress, 6 janvier 1941.
- (6)** Arrêts n° 348 et 349 de 2007.
- (7)** Debré (J.L.), « Le Conseil Constitutionnel aujourd'hui et demain », Intervention à l'École nationale de la Magistrature, 14 mai 2008, p. 16.