

CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE
ET
CONTROLE DE CONVENTIONNALITE

Par Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE
Conseiller d'Etat

Texte publié dans les « Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle », Dalloz 2007

« La loi est l'expression de la volonté générale ».

Inscrit à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ce principe, qui est au cœur de la philosophie de Jean-Jacques ROUSSEAU, explique l'hostilité des révolutionnaires de 1789 vis-à-vis de toute forme de contrôle de constitutionnalité des lois.

Cette hostilité, née d'une très grande méfiance vis-à-vis de l'action des Parlements de l'Ancien Régime, s'exprime bien dans l'article 10 du Titre II de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire aux termes duquel « *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps-Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* ».

C'est cette réticence fondamentale vis-à-vis de toute forme de contrôle de la loi qui explique les conditions d'apparition et de développement du contrôle de constitutionnalité des lois dans notre pays.

Le Conseil constitutionnel, créé en 1958 pour contrôler le respect par le Parlement du domaine de la loi défini par l'article 34 de la Constitution, a développé progressivement son contrôle en deux étapes.

Par la Décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, le Conseil a jugé que désormais il n'exercerait plus seulement son contrôle sur les lois qui lui étaient déférées vis-à-vis de la Constitution elle-même, c'est-à-dire essentiellement de son article 34, mais également vis-à-vis du Préambule de la Constitution qui lui-même renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au Préambule de 1946, lequel définit les principes économiques et sociaux « *particulièrement nécessaires à notre temps* » et réaffirme « *les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ».

La révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 a, dans un second temps, élargi la saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs, faisant ainsi de cette saisine l'une des principales armes de l'opposition.

En refusant en 1975 de contrôler la conformité des lois aux traités internationaux, le Conseil constitutionnel a conduit les tribunaux, tant judiciaires qu'administratifs, à développer une nouvelle forme de contrôle de constitutionnalité des lois : le contrôle de conventionnalité (1).

Malgré des différences apparentes, ce contrôle de conventionnalité nous paraît, en effet, s'apparenter très largement à un contrôle de constitutionnalité des lois (2).

1. En refusant d'exercer un contrôle de la conformité des lois aux traités internationaux dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a conduit les juridictions administratives et judiciaires à affirmer et développer une nouvelle compétence : le contrôle de conventionnalité de la loi.

1.1. Au point de départ du processus, on trouve le refus traditionnel et constant des tribunaux d'exercer un contrôle de la constitutionnalité des lois.

Pour le juge judiciaire, on fait traditionnellement remonter ce refus à l'arrêt rendu par la Cour de Cassation dans la célèbre affaire Paulin, selon lequel

la loi du 8 octobre 1830 sur les délits de presse « *délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité* » (Cass. Crim. 11 mai 1833, S. 1833, 1, p. 357). Plus récemment, la Cour de Cassation a réaffirmé que l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi « *ne peut être portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire* » (Cass, Civ, 2^e, 20 décembre 1956, Bull civ. N° 714 p. 464).

Pour le juge administratif, ce refus a été exprimé par l'arrêt de Section Arrighi selon lequel, « *en l'état actuel du droit public français* », un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi « *n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux* » (S. 6 novembre 1936, sieur Arrighi, rec p. 966 ; D. 1938. 3. p. 1, conclusions Latournerie et note Eisenmann). Il a été réaffirmé récemment par une décision d'Assemblée rendue le même jour que l'arrêt Nicolo, selon laquelle « *il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la constitutionnalité de la loi du 7 juillet 1977* » sur les élections européennes (Ass. 20 octobre 1989, Roujansky, J.C.P. 1989, II, n° 21 371).

1.2. La décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse a déclenché un processus qui a conduit à remettre en cause ce tabou. Avec le recul de trente années, on peut légitimement évoquer à l'égard de cette décision la théorie du battement d'ailes du papillon.

Saisi d'un moyen tiré de la violation par la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit à la vie, le Conseil a jugé qu'il ne lui appartient pas « *lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* ». Cette décision repose à la fois sur des arguments de droit et des raisons pratiques.

Sur le plan du droit, trois arguments sont invoqués dans la décision. Le premier, à vrai dire déterminant, est tiré d'une interprétation stricte, d'ailleurs traditionnelle, de l'article 61 de la Constitution. Si les dispositions de l'article 55 de la Constitution « *confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci* ».

Un deuxième argument est tiré de la différence de nature entre le contrôle de constitutionnalité, prévu par l'article 61, qui revêt « *un caractère absolu et définitif* », et le contrôle de conventionnalité, prévu par l'article 55, qui présente « *un caractère à la fois relatif et contingent* ». Le Conseil constitutionnel a, dans ses décisions ultérieures, abandonné cette formulation qui avait été critiquée par la doctrine ¹. La référence au « *caractère relatif et contingent* » renvoie, en effet, essentiellement à la condition de réciprocité posée par l'article 55. Or cette condition est sans objet, comme le Conseil a eu l'occasion de le préciser ultérieurement, pour les engagements internationaux relatifs aux droits fondamentaux, comme la Convention européenne des droits de l'Homme ou le traité portant statut de la Cour pénale internationale (Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, recueil p. 29), et pour les traités communautaires (Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, recueil p. 55 ; n° 98-400 DC du 20 mai 1998, recueil p. 251).

Un troisième argument est tiré de ce « *qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution* ». Cet argument a été également critiqué par la doctrine dans la mesure où la supériorité des traités sur les lois résulte d'une disposition expresse de la Constitution ².

¹ AJDA 1975, II, p. 134, note Jean RIVERO sous la Décision du 15 janvier 1975.

² R.F.D.A. 1989 p. 824, note GENEVOIS sous Ass. 20 octobre 1989 NICOLO.

Mais la décision I.V.G. repose également sur des raisons pratiques. Selon la Constitution, le Conseil constitutionnel ne dispose que d'un délai d'un mois pour rendre ses décisions. Il serait très difficile d'examiner dans un délai aussi bref la conformité des lois avec les très nombreux engagements internationaux souscrits par la France, évalués à l'époque à plus de 4 000 traités. Dans le cadre du droit communautaire, il serait impossible pour le Conseil constitutionnel de poser, dans ce délai, une question préjudicielle d'interprétation ou d'appréciation de la validité d'un acte communautaire à la Cour de Justice des Communautés européennes, conformément à l'ancien article 177 (devenu l'article 234) du Traité instituant la Communauté européenne.

Cette jurisprudence est absolument constante³.

Dès l'origine, le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions de l'article 55 de la Constitution qui confèrent aux traités une autorité supérieure à celle des lois ne devaient pas, pour autant, rester sans sanction. On peut d'ailleurs noter qu'à la date à laquelle le Conseil a pris sa décision, la Cour d'Appel de Paris avait déjà, par un arrêt du 7 juillet 1973, Société des Cafés Jacques Vabre, écarté l'application de la taxe intérieure de consommation prévue par l'article 265 du code des douanes du fait de son incompatibilité avec les dispositions de l'article 95 du Traité de Rome au motif que celui-ci, en vertu de l'article 55 de la Constitution, a une autorité supérieure à celle de la loi interne, même postérieure (Paris, 7 juillet 1973, D. 1974. 159, note J. Rideau ; Gaz. Pal. 1973.2.661, concl. J. Cabannes).

Le Conseil a, ultérieurement, explicité sa position en jugeant « *qu'il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives* »

³ Décisions n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, ct 6 ; n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, ct 3 ; n° 80 116 DC du 17 juillet 1980, ct 7 ; n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, ct. 6 ; n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cts 79 et 85 ; n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, ct 5 ; n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, ct 21 ; n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, ct 60 ; n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, ct 37 ; n° 96-375 DC du 9 avril 1996, ct 9 ; n° 98-399 DC du 5 mai 1998, ct 11 ; n° 98-400 DC du 20 mai 1998, ct 4 ; n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, cts 15, 22 et 34 ; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, ct 16 ; n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cts 27 et 28.

(Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, ct 6). Comme le notait, dans son commentaire, le Secrétaire Général du Conseil, « *la formulation ainsi adoptée traduit sans aucun doute le souci du Conseil constitutionnel de voir respecter, conformément à la volonté du constituant, la suprématie du traité sur la loi. La référence « aux compétences respectives » des organes de l'Etat manifeste cependant le souci du juge constitutionnel de laisser aux juridictions chargées d'appliquer la règle de droit, le soin de définir elles-mêmes leur sphère de compétence* »⁴.

La nature juridique ayant, elle aussi, horreur du vide, les tribunaux allaient s'engager dans la voie ainsi ouverte, selon un rythme très différent pour les juridictions judiciaires et administratives.

1.3. Les juridictions judiciaires se sont immédiatement engouffrées dans la voie ainsi ouverte : quatre mois après la Décision I.V.G., la Cour de Cassation rendait en Chambre mixte un arrêt de principe confirmant l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris qui avait écarté l'application de l'article 265 du Code des douanes du fait de son incompatibilité avec le Traité de Rome, bien que cet article soit issu d'une loi postérieure au Traité (Cass, Ch. Mixte, 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabre, D., 1975, p. 497, concl. Touffait). Cet arrêt est une réponse directe à l'invitation du Conseil constitutionnel, comme le montrent les conclusions du Procureur Général Touffait. Après avoir rappelé le considérant précité de la Décision IVG selon lequel « *si les dispositions de l'article 55 de la Constitution confèrent aux traités une autorité supérieure à celle des lois, elles n'impliquent pas que le respect de ce principe doive être assuré par le Conseil constitutionnel* », le Procureur général ajoute : « *On peut donc conclure de cette prise de position du Conseil constitutionnel qu'il doit l'être par les juridictions auxquelles ce problème est posé, et il leur appartient, sous peine de déni de justice, d'y répondre* ».

⁴ R.F.D.A., 1987, p. 120, note B. Genevois sur la Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986.

Le Conseil d'Etat a, en revanche, mis quatorze ans pour s'engager dans la voie ouverte par la décision I.V.G. Comme l'a souligné le Président Labetoulle lors d'une conférence à la Cour de Cassation le 26 janvier 2005, ce délai tient à la révérence du juge administratif pour la loi. Autant la Cour de Cassation, en se faisant juge de la loi, a-t-elle retrouvé, deux siècles plus tard, les accents du Parlement de Paris, autant le Conseil d'Etat a-t-il dû renier tous ses gênes et presque sa raison d'être .

S'il s'est finalement décidé à franchir le pas (Ass, 20 octobre 1989, Nicolo, R.F.D.A. 1989 p. 813 concl. Frydman, note Genevois), c'est pour deux raisons. D'une part, le Conseil constitutionnel l'y a directement incité en se prononçant, comme juge électoral, sur la conformité de la loi du 11 juillet 1986 relative au mode de scrutin pour l'élection des députés à l'Assemblée Nationale avec le Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (Décision n° 88-1082/1117 du 21 octobre 1988, A.N., Val d'Oise 5^e circ., R.F.D.A. 1988 p. 908, note Genevois). D'autre part, le Conseil d'Etat ne pouvait rester plus longtemps en retrait du juge judiciaire, sauf à remettre en cause sa place dans l'ensemble de notre système juridictionnel. Les conclusions de M. Frydman sont à cet égard claires : *« On a vu que les juridictions judiciaires savent précisément s'affranchir aujourd'hui, sans le moindre complexe, du respect dû à l'autorité de la norme législative, pour faire prévaloir celle des traités. Et il y a évidemment quelque paradoxe à voir le Conseil d'Etat refuser d'entrer dans une telle logique par humilité face au législateur, alors que de simples tribunaux d'instance contrôlent chaque jour, par ce biais, la validité des lois qu'ils ont à appliquer »*.

Pour franchir le pas, le Conseil d'Etat a considéré, comme l'y avait incité la doctrine ⁵, que l'article 55 de la Constitution comporte une habilitation donnée implicitement aux juges pour contrôler la conformité des lois aux traités.

⁵ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, p. 664 ; B. Genevois, note précitée sous la Décision n° 88-1082/1117 du 21 octobre 1988, A.N., Val d'Oise 5^e circ.

Implicite dans l'arrêt Nicolò, qui se borne à viser l'article 55, ce fondement a été explicité ultérieurement par un arrêt Deprez et Baillard aux termes duquel : « *Pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article ;* » (5 janvier 2005, Mlle Déprez et M. Baillard, RFDA 2005 p. 56, note Bonnet ; RTDE 2006, p. 183, note Ondoua).

Depuis que le Conseil d'Etat a franchi le Rubicon, le contrôle de conventionnalité a connu un essor considérable. Si l'on s'en tient à la seule Convention européenne des droits de l'homme qui, par son contenu, rapproche le plus ce contrôle d'un contrôle de constitutionnalité, il est très intéressant de mesurer la progression du nombre d'affaires dans lesquelles est invoquée une stipulation de cette convention : alors qu'en 1989, année de l'arrêt Nicolò, une telle stipulation n'était invoquée que dans 38 affaires, ce chiffre dépasse les 2000 affaires en 2001, soit environ 40 % de l'ensemble des affaires jugées par le Conseil d'Etat.

Part des décisions rendues dans lesquelles est invoquée une stipulation de la CEDH par rapport au total des décisions rendues par le Conseil d'Etat ⁶.

Année	Nombre total de décisions rendues (figurant dans Ariane)	Nombre de décisions rendues dans lesquelles est invoquée une stipulation de la CEDH	%
2005	4540	1863	41 %

⁶ Ces chiffres sont issus de la base de données Ariane (base de données interne à la juridiction administrative). Ne sont donc pas comptabilisées les séries, les ordonnances du président de la section du contentieux au titre de la procédure de règlement des questions de compétence ou des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle, ainsi que les décisions de refus d'admission des pourvois en cassation.

2004	4761	1809	38 %
2003	5379	2065	38,4 %
2002	5448	2026	37,2 %
2001	5211	2211	42,4 %
2000	4099	1682	41 %

Si l'on retire le contentieux des étrangers, qui est un contentieux à la fois massif et purement individuel, on obtient les chiffres suivants :

Année	Nombre total de décisions rendues	Nombre de décisions rendues dans lesquelles est invoquée une stipulations de la CEDH	%
2005	3200	667	20,8 %
2004	3379	591	17,5 %
2003	3657	580	15,8 %
2002	3762	643	17 %
2001	3352	725	21,6 %
2000	2701	550	20,3 %

On peut donc estimer que dans environ 20 % des affaires, soit une affaire sur 5, le Conseil d'Etat est amené à se prononcer sur la conformité d'une norme, législative ou réglementaire, avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Considérable sur le plan quantitatif, ce contrôle de conventionnalité s'apparente très largement à un contrôle de constitutionnalité.

2. Malgré des différences apparentes, les deux contrôles sont, en effet, de même nature et ont, en pratique, la même portée et les mêmes effets.

2.1. Les différences paraissent, a priori, considérables compte tenu des conditions d'exercice des deux contrôles.

Le contrôle de constitutionnalité est, dans le système Français, un contrôle qui s'exerce par voie d'action, à l'initiative d'autorités politiques, avant la promulgation de la loi : c'est un contrôle a priori et abstrait.

Le contrôle de conventionnalité est un contrôle qui s'exerce par voie d'exception à l'initiative d'un justiciable qui conteste devant un juge l'application qui lui est faite d'une loi en soutenant que celle-ci est incompatible avec une convention internationale : c'est un contrôle a posteriori et concret ⁷.

Il en résulte des effets juridiques très différents.

Les décisions du Conseil constitutionnel bénéficient des effets prévus par l'article 62 de la Constitution aux termes duquel : « *Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Si le Conseil constitutionnel déclare la loi qui lui est déférée contraire à la Constitution, celle-ci ne peut être promulguée : elle disparaît donc de l'ordre juridique avant même d'y être entrée. Si le Conseil constitutionnel déclare la loi conforme à la Constitution, mais sous certaines réserves d'interprétation, ces réserves s'imposent au juge administratif et judiciaire lorsqu'il fait application de cette loi ⁸.

Les décisions du juge judiciaire ou du juge administratif qui écartent dans un litige l'application d'une loi comme contraire à la Convention Européenne des droits de l'homme n'ont que l'autorité relative de la chose jugée : la loi reste en vigueur et l'autorité de la chose jugée ne peut être invoquée, sur le plan juridique, que si les trois conditions d'identité de parties, d'objet et de cause juridique sont réunies.

⁷ Ce contrôle peut également s'exercer par voie d'action dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

⁸ Pour le Conseil d'Etat, Ass. 20 décembre 1985, S.A. Etablissements Outters, recueil p. 382, D. 1986 p. 283, note Favoreu ; Ass. 11 mars 1994, S.A. la Cinq, recueil p. 117, conclusions Frydman. Pour la Cour de Cassation, Ass. Plén. 10 octobre 2001, Breisacher, R.F.D.C. 2002, p. 51, concl. De Gouttes.

Mais, au-delà de ces différences apparentes, les deux contrôles sont, en réalité, de même nature juridique et ont, en pratique, la même portée et les mêmes effets.

2.2. Sur le plan juridique, le contrôle de conventionnalité est exactement de même nature qu'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Comme l'a souligné le Professeur Denys de Bechillon, « *le mécanisme intellectuel par lequel on parvient à ce résultat ne diffère pas de celui dont use le Conseil constitutionnel : il s'agit bien de juger la loi, de statuer objectivement sur sa conformité à la règle supérieure, de dire sa licéité* »⁹.

Il suffit, pour s'en convaincre, de relire l'admirable opinion du Chief Justice Marshall dans l'arrêt *Marbury contre Madison* qui, deux siècles plus tard, n'a pas pris une ride :

« C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit. Ceux qui appliquent la règle à des cas particuliers doivent par nécessité expliquer et interpréter cette règle. Lorsque deux lois sont en conflit, le juge doit décider laquelle des deux s'applique.

Dans ces conditions, si une loi est en opposition avec la Constitution, si la loi et la Constitution s'appliquent toutes les deux à un cas particulier ; de telle sorte que le juge doit, soit décider de l'affaire conformément à la loi et écarter la Constitution, soit décider de l'affaire conformément à la Constitution et écarter la loi ; le juge doit décider laquelle de ces deux règles en conflit gouverne l'affaire. C'est là l'essence même du devoir judiciaire.

*Si donc les juges doivent tenir compte de la Constitution, et si la Constitution est supérieure à la loi ordinaire, c'est la Constitution, et non pas la loi ordinaire, qui régit l'affaire à laquelle toutes les deux s'appliquent »*¹⁰.

⁹ Denys de Bechillon « *De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)* », *RFDA* 1998, p. 225.

¹⁰ E. Zoller, « *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis* » (PUF), p. 71.

Le Commissaire du Gouvernement Frydman ne l'avait d'ailleurs pas caché au Conseil d'Etat dans ses conclusions sous l'arrêt Nicolò : *« Si le juge écarte l'application de la loi, c'est bien, en définitive, et quels que soient les méandres du raisonnement suivi, parce qu'il considère que celle-ci ne saurait trouver application du fait même de sa contrariété au traité. Il est donc à tout le moins difficile de ne pas voir dans une telle démarche un contrôle exercé sur la validité de la loi. Et c'est en vain qu'on objecterait que celle-ci n'aboutirait qu'à déclarer la loi inapplicable à une espèce, et non véritablement à la censurer. On sait, en effet, que c'est précisément par ce biais que s'opère le contrôle de validité des lois dans les pays où, comme aux Etats-Unis, cette fonction relève des tribunaux ordinaires ».*

Le Conseil d'Etat l'a, depuis, explicitement admis dans l'arrêt précité Deprez et Baillard du 5 janvier 2005 qui, pour la première fois, fait la théorie complète :

« Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ;

Considérant cependant, que pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article ».

Tout est dans le « cependant » : le Conseil d'Etat n'exerce pas de contrôle de la constitutionnalité de la loi sauf en ce qui concerne la conformité de celle-ci aux traités internationaux pour laquelle il estime bénéficier d'une habilitation

implicite du constituant en vertu de l'article 55. Tout au plus peut-on considérer que ce contrôle de constitutionnalité est indirect.

2.3. Sur le plan pratique, les deux types de contrôle ont une portée identique. En effet, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 et complétée par divers protocoles constitue, tant que la Charte communautaire des droits fondamentaux n'a pas de valeur juridique, le catalogue le plus complet des droits et libertés fondamentaux. Elle a été enrichie par une abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui permet de faire évoluer le contenu de ces droits en fonction de l'évolution de la société. Sauf peut-être en matière sociale, la Convention européenne des droits de l'homme englobe et même dépasse le catalogue des droits fondamentaux tel qu'il résulte, en France, de la Constitution de 1958 et de son Préambule, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auxquels il renvoie.

Comme l'a souligné le Professeur Denys de Béchillon, « *en ce qui concerne les droits fondamentaux, les normes de références du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité des lois au fond sont à peu près les mêmes... L'addition des exigences prescrites par les traités applicables au sein de l'ordre juridique français fournit une liste de droits supérieure ou égale à celle que donne notre bloc de constitutionnalité* »¹¹.

C'est ce qui explique le rôle croissant que joue la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation sont tenus de s'y conformer, sous peine de voir leurs décisions désavouées et la France condamnée pour violation de la Convention. Le Conseil constitutionnel,

¹¹ cf. article précité

s'il ne l'applique pas directement, s'en inspire étroitement ¹² dans la mesure où elle constitue aujourd'hui le principal élément fédérateur des différentes formes de contrôle de constitutionnalité qui s'exercent en France.

2.4. Les deux types de contrôle ont, enfin, les mêmes effets pratiques.

Pour le démontrer, je me bornerai à deux exemples.

Le premier est tiré de l'arrêt d'Assemblée du 21 décembre 1990 par lequel le Conseil d'Etat a jugé « *qu'eu égard aux conditions posées par le législateur, les dispositions issues des lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, prises dans leur ensemble, ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* ». (Ass. 21 décembre 1999, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, rec p. 369 ; RFDA 1990 p. 1065, concl. Stirn ; AJDA 1991 p. 91, note C.M., F.D. et Y.A.). Cette affaire est symbolique à plus d'un titre. Le moyen sur lequel le Conseil d'Etat s'est prononcé est celui là même sur lequel le Conseil constitutionnel avait refusé de se prononcer dans la décision I.V.G. du 15 janvier 1975. Pour y répondre, le Conseil d'Etat ne pouvait pas ne pas tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel. Comme le soulignait, dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement Stirn : « *Le Conseil constitutionnel s'est référé « au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie », rappelé par l'article 1^{er} de la loi soumise à son examen, et aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour reconnaître la constitutionnalité des nouvelles dispositions législatives. Les principes auxquels il a ainsi confronté ces dispositions sont les mêmes que ceux qui résultent de l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Et si le Conseil d'Etat avait déclaré la loi du 17 janvier 1975 incompatible avec la Convention européenne

¹² Pour un exemple, parmi beaucoup d'autres, voir l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de validations législatives depuis 1999.

des droits de l'homme, son arrêt aurait eu pour effet, sous réserve de l'appréciation de la Cour de Cassation en matière pénale, de rendre cette loi inapplicable et aurait donc eu le même effet pratique qu'une censure *ab initio* du Conseil constitutionnel.

Le second exemple est tiré d'un arrêt de la Cour de Cassation du 4 septembre 2001. Renversant une jurisprudence antérieure (Cass. Crim. 14 mai 1996, Bull. Crim. n° 204, p. 577), à laquelle le Conseil d'Etat s'était rallié (S. 2 juin 1999, Meyet, rec. p. 161), la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a jugé qu'en interdisant la publication, la diffusion et le commentaire de tout sondage pendant la semaine qui précède une élection, les articles 11 et 12 de la loi du 19 juillet 1977 « *instaurent une restriction à la liberté de recevoir et de communiquer des informations qui n'est pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes énumérés par l'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme ; qu'étant incompatibles avec ces dispositions conventionnelles, ils ne sauraient servir de fondement à une condamnation pénale.* »

Intervenant à quelques mois de l'élection présidentielle, cet arrêt, qui privait de toute sanction et donc de tout effet la loi du 19 juillet 1977, laissait toute liberté aux instituts de sondage de publier des sondages y compris le jour de l'élection, risquant ainsi de porter atteinte à la sincérité et à la dignité du scrutin.

Cette situation conduisit le Conseil constitutionnel, en tant que gardien de la régularité de l'élection présidentielle, à intervenir auprès des plus hautes autorités de l'Etat pour les inciter à combler ce vide juridique. Un projet de loi fut déposé le 16 janvier 2002 qui conduisit au vote, de manière consensuelle, de la loi du 19 février 2002 interdisant toute publication de sondage la veille et le jour du scrutin.

Cette affaire montre, de façon éclatante, que les effets d'une décision d'inconventionnalité sont très proches de ceux d'une décision

d'inconstitutionnalité. L'expérience des pays qui, comme les Etats-Unis, connaissent un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception est là pour confirmer les puissants effets d'un tel contrôle. Et ce contrôle de conventionnalité, on l'a vu, s'exerce dans un beaucoup plus grand nombre de cas que le contrôle de constitutionnalité.

Au terme d'une évolution historique quelque peu chaotique - une institution, le Conseil constitutionnel, qui échappe, comme beaucoup, à la volonté de ses créateurs - et erratique - une décision, la décision I.V.G., qui déclenche un processus remettant en cause le dogme de la souveraineté de la loi - la France dispose aujourd'hui d'un système de contrôle de constitutionnalité relativement complet puisqu'il comporte à la fois :

- un contrôle *a priori* et abstrait exercé par voie d'action devant le Conseil constitutionnel, à l'initiative d'autorités politiques ;
- un contrôle *a posteriori* et concret exercé par voie d'exception devant les juridictions administratives et judiciaires, à l'initiative des citoyens.

Le premier s'inscrit clairement, depuis la révision constitutionnelle de 1974, dans le cadre de la théorie des « checks and balances ». Le second a retrouvé l'inspiration de la « judicial review », telle que l'avait définie l'arrêt Marbury contre Madison. En somme, deux siècles après les pères fondateurs de la Constitution de 1787, la France a réinventé deux des fondements de la démocratie américaine.

Trois conséquences découlent de cette évolution.

Le juge administratif, comme le juge judiciaire, ont, en premier lieu, pris goût au fruit défendu. Personne ne les chassera du paradis juridique où, poussés par le Conseil constitutionnel, ils ont pénétré. On peut regretter cette situation au nom du dogme révolutionnaire de la souveraineté de la loi. On peut s'en féliciter

au nom des garanties nouvelles ainsi offertes aux citoyens. Mais qu'on la déplore ou qu'on l'approuve, cette situation est irréversible.

Le développement du contrôle de conventionnalité rend, en deuxième lieu, largement sans objet le débat sur l'extension aux citoyens du contrôle de constitutionnalité. Ce n'est pas un hasard si le projet de révision constitutionnelle créant une exception d'inconstitutionnalité renvoyée, à titre préjudiciel, devant le Conseil constitutionnel date de 1990, c'est-à-dire d'une époque où le contrôle de conventionnalité n'avait pas encore déployé tous ses effets. Même s'il resurgit périodiquement, ce débat a perdu aujourd'hui beaucoup de son acuité dans la mesure où le contrôle de conventionnalité permet de parvenir au même résultat sans modifier – ni compliquer – notre organisation juridictionnelle.

Enfin, si le développement du contrôle de constitutionnalité a été approuvé implicitement par le constituant dans le cadre de la révision constitutionnelle de 1974, tel n'est pas le cas du contrôle de conventionnalité. Ainsi la véritable décision fondatrice du contrôle de constitutionnalité en France, notre arrêt *Marbury contre Madison*, n'est pas, comme on l'a souvent dit, la Décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association mais la Décision du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse. Comme le déclarait, dès le 24 mai 1975, le Procureur Général Touffait : « *Cette décision – à mon avis – peut être considérée comme l'une des plus importantes, sinon la plus importante, rendue par le Conseil constitutionnel en raison de ses conséquences juridiques sur le plan du contrôle de la constitutionnalité* ».