



HAL
open science

Vers un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ?

Ariane Vidal Naquet

► **To cite this version:**

Ariane Vidal Naquet. Vers un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales? . UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE AU SERVICE DU DROIT DÉMOCRATIQUE ET DU DROIT CONSTITUTIONNEL, Jun 2015, Rabat, Maroc. hal-01794790

HAL Id: hal-01794790

<https://hal.science/hal-01794790v1>

Submitted on 17 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

"Vers un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ?"

Ariane Vidal-Naquet, Professeur de droit public,
Aix-Marseille Université, ILF GERJC – UMR 7318

Tel qu'il se présente aujourd'hui, le projet de Cour constitutionnelle internationale est très audacieux et profondément original. Pour la première fois, en effet, est clairement exprimée l'idée qu'une Cour, internationale de surcroît, pourra exercer un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales. EN effet, outre la possibilité, pour la future Cour, de juger les violations de la « normativité constitutionnelle internationale » et d'assumer ainsi l'exercice de ce qui s'apparente fort à un contrôle de constitutionnalité, il est également prévu qu'elle puisse examiner la conformité des textes constitutionnels aux règles contenues dans une convention internationale à laquelle l'Etat est partie¹.

L'idée même d'un contrôle de conventionnalité des constitutions nationales sonne comme un oxymore, tant il rapproche deux termes qui s'excluent ordinairement. Pourtant, cette exclusion n'a rien d'évident. De manière assez schématique, le contrôle de conventionnalité peut être appréhendé comme un contrôle de la conformité de certaines normes aux conventions internationales. On a pu ainsi s'interroger sur les normes concernées par ce contrôle. En France, par exemple, le contrôle de conventionnalité n'a longtemps porté que sur des normes infra-législatives, jusqu'aux revirements Jacques Vabre pour le juge judiciaire et Nicolo pour le juge administratif. On peut également hésiter sur le point de qui doit exercer ce contrôle de conventionnalité : les juridictions de droit commun et / ou le juge constitutionnel. En France, par exemple, le Conseil constitutionnel refuse d'exercer ce contrôle de conventionnalité des lois et confie cette mission aux juridictions ordinaires. On a pu encore discuter sur l'intensité de ce contrôle, qui serait un contrôle non pas de conformité mais de simple compatibilité². La portée de ce contrôle peut également varier : simple neutralisation ou annulation de la norme contraire au droit international.... Reste que, d'ordinaire, il désigne un contrôle de conventionnalité portant sur les actes infra-constitutionnels, qu'ils soient législatifs, réglementaires ou de droit privé. En revanche, la possibilité que ce contrôle de conventionnalité porte sur des normes constitutionnelles n'a jamais été envisagée. Et pourtant, si l'on s'en tient à la simple logique d'une confrontation de norme à norme, rien n'empêche, théoriquement, que ce contrôle de conventionnalité porte sur des normes constitutionnelles : la confrontation doit permettre de vérifier que ces dernières respectent effectivement les normes conventionnelles³.

Reste que ce contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales semble être une hérésie. En témoigne l'extrême prudence des juridictions internationales sur cette question. Certes, les juridictions internationales affichent assez clairement leur indifférence quant à l'origine constitutionnelle ou non des dispositions invoquées par tel ou tel Etat pour moduler la portée de ses obligations⁴. Mais ce n'est qu'à leur corps-défendant que les juridictions internationales sont confrontées à

1 Dans le projet établi par le Comité *ad hoc*, il est précisé qu'« Il s'agirait pour la Cour d'exercer un contrôle de conformité des textes édictés par un Etat aux principes et règles de droit international en matière de démocratie ; il s'agira d'un contrôle de conventionnalité dans les cas où les règles en question sont contenues dans une convention internationale à laquelle l'Etat est partie. Ce contrôle pourra consister également en la vérification de la régularité d'un texte relatif à la démocratie et aux libertés publiques par rapport à d'éventuelles« normes coutumières internationales en la matière, que ces normes soient constituées des principes généraux de droit reconnues par les différentes nations ou qu'elles se dégagent de certaines résolutions des Nations Unies »

2 Relevant que le contrôle de conventionnalité apparaît comme un contrôle restreint par nature, dans lequel le juge ne regarde pas « la compatibilité entre deux normes, disposition par disposition, comme il le fait de manière classique : il considère les deux normes dans leur ensemble, pour déceler une discordance évidente » et faisant de ce contrôle de conventionnalité un contrôle de simple compatibilité , d'un « degré inférieur », plus global et plus limité, voir N.Poulet-Gibot-Leclerc, *Droit administratif*, 3^e éd., 2007, p. 76 et 77

3 D'ailleurs, cette possibilité est évoquée en des termes très clairs par Kelsen : « si l'on part de l'idée de la supériorité du droit international aux différents ordres étatiques..., le traité international apparaît comme un ordre juridique supérieur aux Etats contractants » et « le droit international, si l'on en suppose la primauté, peut constituer un mètre de la régularité de toutes les normes étatiques, y compris la plus élevée d'entre elles, la Constitution »(Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, p.211-212) – cité par Kémal Gözler, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, p. 340

4 Voir notamment CPJI, avis consultatif du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, série A/B, n° 44, p. 24 : un Etat ne peut pas « invoquer sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou les traités en vigueur » ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125, pt. 3 : « l'invocation d'atteintes aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un Etat membre ou aux principes de sa structure constitutionnelle ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat »

cette question des rapports entre normes constitutionnelles et normes conventionnelles, cherchant en permanence à éviter le conflit ou à en minorer la portée. Rares sont d'ailleurs les cas dans lesquels les juridictions internationales sont concrètement confrontées à un contrôle direct de conventionnalité de dispositions conventionnelles⁵. David Melloni en a fait la démonstration ce matin et je renvoie, sur ce point, à son intervention. Mais qu'en est-il du côté des juridictions nationales ? Là encore, la question ressemble à une hérésie, plus encore à un sacrilège. Pourtant, elle mérite d'être posée. Après tout, le contrôle de conventionnalité est essentiellement exercé par les juridictions internes. Il ne l'est que très rarement par les juridictions externes, dès lors que ces dernières ne se placent pas du point de vue de la légalité des actes de droit interne, mais plutôt sur le terrain de la responsabilité, malgré les hypothèses de convergences entre les deux. Plus encore, les juridictions internes ne seraient-elles pas mieux placées que les juridictions internationales pour exercer ce contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ? D'autant que la future Cour constitutionnelle risque d'être fort accaparée par sa mission d'expertise constitutionnelle et par le contrôle du respect de la normativité constitutionnelle internationale, de même qu'elle risque d'être bien impuissante, en pratique, pour vérifier si les dispositions constitutionnelles nationales respectent bel et bien tel ou tel traité ratifié par tel ou tel Etat. A cela s'ajoute qu'en confiant ce contrôle de conventionnalité au juge national, la future Cour constitutionnelle lui en transfère le poids et la responsabilité

Le sujet proposé sera ainsi appréhendé du point de vue du juge national, David Melloni ayant abordé le point de vue du juge international ce matin. Il sera abordé en deux temps : comment penser l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales par les juridictions internes ? Comment en organiser les modalités ? Il faut ici convenir que l'exercice proposé ressemble fort à de la science-fiction En littérature comme au cinéma, la science-fiction est une expérience de pensée qui rassemble plusieurs ingrédients : un phénomène de « *distanciation cognitive* », l'histoire supposant un écart par rapport au monde réel mais devant être tenue pour plausible ; une « activité de compréhension et de reconstruction » de la part du lecteur, qui lit le monde dans lequel il est plongé à partir de données contemporaines ou de leurs extrapolations ; l'utilisation d'un « bagage culturel commun », le vocabulaire comme les thèmes et les raisonnements devant faire partie d'une culture familière C'est donc à cette expérience que je me suis prêtée, avec le regard d'une constitutionnaliste française, dans un système moniste avec primauté du droit interne.

I La possibilité d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales

La possibilité d'un contrôle de conventionnalité des constitutions nationales par les juridictions internes est difficile à penser. Cette réticence semble trouver son fondement le plus évident dans le principe de suprématie de la Constitution. Au nom de cette suprématie, la norme constitutionnelle est supérieure à toutes les autres et elle ne peut être contrôlée, disposant, en quelque sorte, d'une « immunité contentieuse », pour reprendre une formule à la mode. Pourtant, cette suprématie de la Constitution ne fonde-t-elle pas, dans le même temps, la possibilité d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ?

A) Les obstacles à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des constitutions

Deux considérations semblent faire obstacle à l'existence d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales, l'un étant d'ordre plutôt logique, la suprématie de la Constitution, l'autre étant plutôt d'ordre pratique, à savoir l'absence d'habilitation constitutionnelle fondant un tel contrôle.

1) La suprématie de la Constitution s'avère le principal obstacle à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales.

Sur ce point, l'exemple de la France est symptomatique. Chaque fois que le juge national s'est trouvé confronté à l'éventuelle question de la conventionnalité d'une disposition constitutionnelle, il s'est réfugié derrière l'argument de la suprématie constitutionnelle pour décliner toute possibilité de contrôle. Plus encore, et cela n'est pas anodin, on relèvera qu'en réalité, la suprématie de la Constitution n'a été expressément consacrée qu'à partir du moment où s'est posée la question de la conventionnalité d'une disposition constitutionnelle. Autrement dit, cette suprématie de la Constitution a été, en quelque sorte, « révélée » par les juridictions nationales lorsque s'est matérialisé un conflit posant la question de la conventionnalité de la norme constitutionnelle. A cet égard, on relèvera que rares sont les Constitutions qui posent le principe de leur propre

⁵ Sur ce point, voir notamment L. Garlicki, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », 2009, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/cedh_13fev2009/cedh_garlicki_130209.pdf; voir également G. Marti, « Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne », Contribution au VIIIème Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011, disponible à l'adresse suivante <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN2/martiTD2.pdf>

suprématie, si ce n'est dans les Etats fédérés qui ont besoin, en raison de la superposition des ordres juridiques, de la prévoir expressément. En revanche, dans les Etats unitaires, la suprématie de la Constitution est rarement posée dans les textes constitutionnels, tant elle semble s'imposer avec la force de l'évidence. En France, c'est le juge qui, confronté à une question de conventionnalité de la norme constitutionnelle, a consacré pour la première fois cette suprématie de la Constitution. A cela s'ajoute que c'est, en quelque sorte, par accident que le conflit s'est noué entre la norme constitutionnelle et la norme conventionnelle. En effet, si ce sont bien des questions de conventionnalité qui ont révélé la suprématie de la Constitution, la norme constitutionnelle n'était visée que « par ricochet ».

C'est l'hypothèse de l'arrêt Sarran-Levacher, dans laquelle le Conseil d'Etat était amené à statuer, somme toute classiquement, sur la conventionnalité des dispositions du décret relatives à la composition du corps électoral de Nouvelle Calédonie, si ce n'est que ces dispositions faisaient application de l'article 76 de la Constitution et de l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988, dont les dispositions avaient également valeur constitutionnelle en raison du renvoi qui y était opéré précisément par l'article 76. En conséquence, statuer sur la conventionnalité du décret revenait à statuer sur la conventionnalité de la Constitution. Selon la motivation de l'arrêt, « la suprématie conférée aux engagements internationaux (par l'art. 55 de la Constitution) ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »⁶. Cet arrêt marquerait, et la réaction fut unanime, la suprématie de la Constitution sur les engagements internationaux⁷. On peut alors logiquement en déduire que la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne fait obstacle à l'exercice d'un contrôle de la conventionnalité de la Constitution. Le raisonnement est le même pour le juge judiciaire, aux prises avec l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999, qui a valeur constitutionnelle en raison du fait qu'il reprend les termes de l'accord de Nouméa, qui a lui-même valeur constitutionnelle. Pour la Cour de cassation, la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires à divers traités doit être écarté⁸. Là encore, la suprématie de la Constitution fait obstacle à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles. Pour le Conseil constitutionnel, la question se pose en des termes un peu différents, dans la mesure où la question qui lui est posée n'est pas celle de la conventionnalité de dispositions constitutionnelles. Mais il profite d'une saisine sur le fondement de l'article 54C, posant la question de la compatibilité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe avec les dispositions constitutionnelles, pour affirmer la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne. Alors même qu'aucun moyen d'inconstitutionnalité n'est invoqué dans la saisine, le Conseil constitutionnel se prononce sur la dénomination du Traité pour asséner, presque par un *obiter dictum*, que cette appellation est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place « au sommet de l'ordre juridique interne »⁹.

De ces jurisprudences, convergentes, semble découler l'idée d'une incompatibilité radicale entre la suprématie de la Constitution et l'exercice d'un contrôle de conventionnalité : la suprématie implique une immunité contentieuse.

2) En outre, dans ces décisions, le juge affirme qu'il ne dispose d'aucun titre juridique qui l'habiliterait à effectuer un contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles.

C'est la référence, dans l'arrêt Sarran comme dans l'arrêt Fraisse, aussi bien dans les visas que dans la motivation, à l'article 55 de la Constitution, qui est interprété comme ne donnant au juge que la compétence de contrôler la conventionnalité des lois ordinaires et non celle des lois constitutionnelles. Du côté du Conseil constitutionnel, la question se pose, là encore, un peu différemment puisqu'il dispose d'un titre juridique qui l'habilite à comparer la norme constitutionnelle et la norme conventionnelle, à travers l'article 54 de la Constitution. Mais la comparaison se fait au bénéfice de la norme constitutionnelle, qui est la norme de référence. Les termes de l'article 54 sont clairs : il s'agit de savoir si l'engagement international comporte ou non des clauses contraires à la Constitution, qui constitue bien la norme de référence. L'objet du contrôle demeure l'engagement international, comme le souligne également la rédaction du dispositif des décisions. C'est ce dernier qui est examiné au regard de la Constitution et non l'inverse, même si, au final, la Constitution peut plier devant la norme conventionnelle en étant révisée. La dissymétrie est fort connue, entre l'exercice de ce contrôle qui révèle, théoriquement, la suprématie de la Constitution en tant que norme de référence, et le résultat du contrôle qui tend à traduire,

6 CE, Ass., 30 oct. 1998, M. Sarran, M. Levacher et autres, req. n°200286 200287

7 A titre d'exemple, voir C. Maugué, « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 7 (Dossier : La hiérarchie des normes) - décembre 1999 : « Par cette énonciation particulièrement nette, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a jugé que la hiérarchie des normes juridiques qui découle en France des articles 54 et 55 de la Constitution fait de la Constitution la norme suprême et des normes internationales des normes subordonnées ».

8 Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, Pauline Fraisse, Bull. 2000, ass. plén., n° 4, p. 7, pourvoi n° 99-60.274

9 Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173, cons. 10 ; voir également la décision 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, Rec. 459, cons. 8. Reste que la formulation de ce considérant est un peu maladroite, puisque cette place de la Constitution semble découler « notamment de son article I-5, relatif aux relations entre l'Union et les Etats membres », donnant ainsi l'impression que cette suprématie de la Constitution est enracinée dans les dispositions du Traité.

au contraire, la soumission de la norme constitutionnelle aux normes internationales.

Plus largement, il faut constater qu'aucune Constitution n'envisage un contrôle de constitutionnalité de ses propres dispositions et ce, y compris dans les Constitutions très fortement internationalisées. Parmi les exemples les plus connus et les plus poussés d'internationalisation des Constitutions, aucun ne prévoit expressément un contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles¹⁰ : ni l'exemple de la Ville de Dantzig, autorisée à se doter d'une Constitution à condition qu'elle soit soumise à un avis conforme du Conseil de la SDN, ce qui ne traduit pas, à proprement parler un contrôle de conventionnalité de cette constitution, ni l'exemple de la Constitution de Bosnie Herzégovine, qui repose sur une fiction juridique identifiant la Constitution au traité et conduit ainsi à une fusion des deux textes, alors même que l'existence d'un contrôle de conventionnalité de la norme constitutionnelle présuppose une distance entre la Constitution et le traité¹¹. Reste que cette absence d'habilitation constitutionnelle n'est qu'un obstacle formel et temporaire, puisqu'il suffit alors d'inscrire dans la Constitution la possibilité d'un contrôle de conventionnalité des lois constitutionnelles.

Cette éventualité est-elle envisageable ? Peut-on penser un article de la Constitution qui donnerait au juge national une compétence pour contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux traités ? Faut-il y avoir une atteinte à la suprématie de la Constitution ? Ne peut-on pas penser, au contraire, que dès lors que ce contrôle de conventionnalité de la Constitution dispose d'un ancrage constitutionnel, il traduit, au contraire et par un singulier tour de passe-passe – somme toute assez coutumier -, la suprématie de la Constitution ?

B) La solution ? La constitutionnalisation du contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales

L'hypothèse serait donc la suivante : inscrire dans la Constitution le principe selon lequel le juge interne est compétent pour contrôler la conformité des dispositions constitutionnelles aux traités régulièrement ratifiés et approuvés. A priori, cette compétence serait plutôt du ressort du juge constitutionnel que de celle du juge de droit commun, dans la mesure où elle concerne les dispositions constitutionnelles. Cet ancrage constitutionnel du contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ne manifesterait-il pas la suprématie de la Constitution, pourtant alors soumise à un contrôle juridictionnel ?

1) Manifestation ou remise en cause de la suprématie de la Constitution ?

Cet ancrage constitutionnel du contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ne doit-il pas être conçu comme une manifestation de la suprématie de la Constitution, dès lors que c'est elle qui continue d'être la source du droit et qui consent à être liée ? Le raisonnement est suffisamment connu pour qu'on ne s'y arrête guère : le consentement à être lié est une manifestation de la souveraineté ; la disposition constitutionnelle qui y autorise traduit la suprématie de la Constitution. C'est le sens de la formule retenue par le Conseil constitutionnel : s'appuyant sur plusieurs dispositions constitutionnelles, dont celles relatives à la souveraineté telles qu'elles découlent notamment de l'article 3 de la Constitution relatif à la souveraineté, à la participation de l'Etat aux organisations internationales et tout particulièrement à l'Union européenne découlant de l'article 88-1 C, il en déduit que, « *tout en confirmant la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne, ces dispositions constitutionnelles permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres* », pour en conclure qu'elles ne portent donc pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale¹². C'est également le raisonnement retenu par le juge constitutionnel à propos du principe de primauté du droit de l'Union européenne : à partir du moment où c'est le constituant qui, à travers l'article 88-1 de la Constitution, a consenti à cette primauté, celle-ci n'est pas contraire à la Constitution et en manifeste, au contraire, la suprématie¹³.

Peut-on, dès lors, aller plus loin et considérer que l'inscription, dans la Constitution, d'un article prévoyant un contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles ne ferait que manifester, au fond, la suprématie de la Constitution ? L'hypothèse est embarrassante. En témoigne le commentaire de la décision 2004-505 DC, qui évoque l'hypothèse d'une

10 Après la seconde guerre mondiale, la Ville de Dantzig a pu se doter d'une Constitution mais à condition que son élaboration et sa révision soient soumises à l'avis conforme du Conseil de la SDN - sur cette question, voir notamment K.-F. Djimba, *L'internationalisation des Constitutions des Etats en crise – Réflexion sur les rapports entre droit international et droit constitutionnel*, thèse, Nancy, 2011, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://docnum.univ-lorraine.fr/public/NANCY2/doc514/2011NAN20003.pdf>

11 En témoigne l'article 12-1 de l'annexe 4 des accords de Dayton : « La Constitution entre en vigueur au moment de la signature de l'accord-cadre général, en tant qu'acte constitutionnel amendant et remplaçant la constitution de la République de Bosnie-Herzégovine »

12 Décision 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, Rec. 459, cons. 8

13 Décision 2004-505 DC, préc., cons.13

« supra-constitutionnalité » en ces termes : « *La révision de la Constitution française ne pourrait à elle seule parvenir à conférer valeur supra-constitutionnelle à la « Constitution pour l'Europe » établie par le traité, car le constituant national ne peut hisser aucun droit au-dessus de celui qu'il proclame* »¹⁴. Cette affirmation, pour le moins expéditive, intrigue car le débat sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ne se positionnait pas véritablement en termes de « supra-constitutionnalité ». Elle témoigne de la difficulté à penser la soumission des normes constitutionnelles à d'autres normes, tout particulièrement conventionnelles. Elle témoigne, plus encore, de l'ambivalence de la notion de « suprématie ».

2) L'ambivalence de la « suprématie » de la Constitution

Si la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne est unanimement admise, cette suprématie est diversement entendue. Tantôt la suprématie désigne simplement une place, un rang. Dans cette approche statique, et largement empreinte de verticalité, la Constitution est la norme la plus élevée et ne peut en connaître au-dessus d'elle. Toute opération dans laquelle la Constitution ne serait pas la norme de référence, comme ce serait le cas dans l'exercice du contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales, remet en cause la suprématie entendue dans ce sens-là. Dans cette hypothèse, en effet, la Constitution semble devenir l'objet du contrôle confronté à la référence que serait la convention internationale. Tantôt la suprématie est entendue dans un sens plus dynamique, dans une perspective très normativiste : la Constitution est suprême parce qu'elle est la norme originaire, la norme première dont découlent toutes les autres normes. Sa suprématie est indispensable pour penser l'ensemble du système car, à partir du moment où toute norme est produite selon des règles déterminées par une norme supérieure, il faut penser cette norme première qu'est la Constitution¹⁵. De ce point de vue, on peut soutenir qu'à partir du moment où la Constitution règle la question de l'élaboration des traités et de leur insertion dans l'ordre juridique interne, elle est première¹⁶. Dans cette hypothèse, la suprématie de la Constitution en tant que norme originaire dont découlent les autres normes n'est pas remise en cause, ou pas plus que d'habitude, par un article qui prévoirait que les dispositions constitutionnelles doivent être conformes aux engagements internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés : le fondement de cette obligation est bien la norme constitutionnelle, manifestant ainsi sa supériorité. Dans un troisième sens, qui rejoint le précédent, la suprématie de la Constitution renvoie à sa centralité : tout ou presque est fongible dans le contrôle de constitutionnalité. Ainsi, on pourra soutenir que le contrôle de conventionnalité est un contrôle de constitutionnalité, dès lors qu'il revient à faire application des dispositions constitutionnelles qui en prévoient l'exercice. Tel était bien le raisonnement qui sous-tendait la jurisprudence dite des Semoules¹⁷ et tel est bien le pas qui est franchi dans l'arrêt Nicolò : le contrôle de l'application de l'article 55 est aussi un contrôle de constitutionnalité. De même, on a pu soutenir que le contrôle exercé par le juge sur la manière dont sont insérés les traités dans l'ordre juridique interne est un contrôle de constitutionnalité « externe », et donc une manifestation de la suprématie de la Constitution¹⁸. Enfin, la suprématie peut être entendue dans un sens plus organique : la Constitution est suprême parce qu'elle est l'expression du pouvoir suprême, du souverain. De ce point de vue, on soutiendra que, grâce à l'habilitation constitutionnelle, c'est bien le constituant qui a voulu, qui a consenti à ce que les normes constitutionnelles soient conformes à des traités. L'auto-limitation du pouvoir constituant est seulement une manifestation de sa souveraineté, de sorte que l'internationalisation de l'Etat n'est qu'une manifestation de la suprématie de la Constitution... Cette ambivalence de la notion de suprématie montre que le contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales n'est pas si impensable que cela : en suivant des raisonnements qui ont déjà été éprouvés, on soutiendra qu'à partir du moment où le constituant prévoit un fondement

14 Commentaire de la décision 2004-505 DC, souligné par nous

15 Sur cette approche, voir L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, 17e éd. 2015, p. 62 et s.

16 Cette approche de la suprématie se retrouve par exemple dans le communiqué de presse du Conseil d'Etat sur l'arrêt Sarran : « En second lieu, elle a considéré que le juge national n'avait pas à contrôler la conformité d'une disposition de nature constitutionnelle à un traité, puisque les engagements internationaux n'ont pas, dans l'ordre interne, une autorité supérieure à celle de la Constitution. En effet, « la suprématie conférée [par l'article 55 de la Constitution] aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». Ce faisant, le Conseil d'Etat n'a pas contesté qu'en droit international, on ne puisse se prévaloir d'une norme interne, fût-elle constitutionnelle, pour faire échec à un engagement international, mais a affirmé que, dans l'ordre interne, la hiérarchie des normes découle de la Constitution, qui est le texte suprême duquel toutes les autorités de l'Etat, et notamment ses organes juridictionnels, tirent leur pouvoir » (souligné par nous).

17 CE, section, 1^{er} mars 1968, Syndicat des fabricants de semoules de France, n°62814

18 A ce sujet, voir notamment P. Poli, *Les juridictions ordinaires françaises et le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux*, thèse dact., Aix-Marseille, 2009. C'est le sens du commentaire de C. Maugué qui évoque la suprématie de la Constitution car c'est elle qui détaille comment on élabore les autres normes, ajoutant d'ailleurs que, « hasard du contentieux oblige, le Conseil d'Etat a eu l'occasion, depuis l'arrêt Sarran, de faire à au moins une reprise application de la suprématie de la Constitution sur les traités : dans l'arrêt SARL du Parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker du 18 décembre 1998, l'Assemblée du contentieux a contrôlé si la procédure de ratification ou d'approbation d'un engagement international suivie par le pouvoir exécutif était conforme aux dispositions de la Constitution ».

constitutionnel à ce contrôle qui devient alors un contrôle de constitutionnalité, la suprématie de la Constitution est préservée.

Une fois la possibilité d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales admise, comment penser les modalités de ce contrôle ?

II Les modalités d'un contrôle de conventionnalité interne des Constitutions nationales

Poursuivons dans la science-fiction... Le contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales pourrait être envisagé comme un contrôle de la cohérence des dispositions conventionnelles et constitutionnelles, qui trouverait un ancrage supplémentaire dans le principe de bonne foi. Difficile à envisager s'agissant du pouvoir constituant originaire, il s'exercerait essentiellement en direction du pouvoir constituant dérivé.

A) La nature du contrôle

Comment penser ce contrôle de conventionnalité afin de préserver, au mieux, la suprématie de la Constitution ?

1) Une obligation de cohérence entre les dispositions constitutionnelles et les dispositions conventionnelles

Ce contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales pourrait se traduire par l'insertion d'un article prévoyant que les dispositions constitutionnelles doivent être cohérentes avec les traités régulièrement ratifiés ou approuvés. Le choix de ce terme n'est pas neutre. Afin d'éviter toute idée de hiérarchie, il faut sans doute renoncer à la formule de « contrôle de conventionnalité », qui suppose de penser la supériorité de l'un des termes contrôlés, pour privilégier une logique de cohérence. Cette logique permet de se placer non plus sur le terrain de la verticalité mais sur celui de l'horizontalité. Elle repose sur un principe de non-contradiction entre le discours constitutionnel et le discours conventionnel.

Cette hypothèse peut sembler saugrenue, mais elle trouve un écho puissant dans le processus de « certification » ou d'« homologation » mis en œuvre en Afrique du Sud. L'exemple est connu, la cour constitutionnelle sud-africaine ayant été amenée à homologuer le texte constitutionnel final à l'aune d'une trentaine de principes constitutionnels adoptés lors des négociations politiques de 1992-1993¹⁹. Comme le souligne Xavier Philippe, le sens et la portée de ce contrôle ne doivent pas être mésestimés : si la cour a contrôlé la compatibilité de la loi constitutionnelle avec ces principes constitutionnels, elle n'a pas cherché à affirmer la supériorité de principes « supra-constitutionnels » mais plutôt à assurer la constance des engagements du constituant et sa fidélité aux engagements originaires²⁰. Dans cette même optique, il serait possible de penser un contrôle de la cohérence de la Constitution nationale et des traités, le juge national étant alors chargé de vérifier que le pouvoir constituant ne contredit pas les engagements internationaux, c'est-à-dire la parole donnée par le biais de traités.

Symétriquement, ce contrôle peut s'accompagner d'un contrôle de la cohérence des traités avec les dispositions constitutionnelles, que l'on connaît en France par exemple avec l'article 54 de la Constitution ou en Espagne avec l'article 95, qui précise que « la conclusion d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution exigera une révision constitutionnelle préalable ». Cette symétrie s'intègre parfaitement dans la logique de cohérence et d'horizontalité et elle permet de tempérer le spectre de la hiérarchisation. Les conventions internationales que l'on s'apprête à ratifier doivent être cohérentes avec les dispositions constitutionnelles qui, en retour, doivent être cohérentes avec les premières.

2) Pacta sunt servanda

Ce contrôle de la cohérence pourrait trouver dans le texte constitutionnel d'autres ancrages qui le confortent. Il en va tout particulièrement ainsi du principe de l'exécution des engagements internationaux de bonne foi, principe fondateur du droit international. Ce principe a été présenté ce matin par Monique Chemiller-Gendreau et je n'y reviendrai pas. Mais il s'agit également d'un principe que l'on retrouve dans de nombreuses Constitutions. En France, l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946 affirme que la République française « fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Malgré quelques hésitations initiales, le Conseil constitutionnel a fini par reconnaître que ces règles renvoient au principe *pacta sunt servanda*, qui implique que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par

19 Sur ce point, voir notamment X. Philippe, « Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles) - janvier 2010

20 Comme le relève X. Philippe, ce contrôle est, jusqu'à présent unique : il n'a été exercé qu'une seule fois et l'Afrique du sud n'a pas prévu de contrôle des lois de révision constitutionnelle

elles de bonne foi », et par conférer à ce dernier valeur constitutionnelle²¹. Plus encore, en affirmant que les dispositions d'un traité en l'espèce le traité portant statut de la Cour pénale internationale, ne sont que la traduction de la règle *pacta sunt servanda* et qu'elles ne portent pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le juge constitutionnel explique que cette règle n'est que la manifestation de la souveraineté de l'Etat dont elle procède. De ce point de vue, on pourrait soutenir que l'exécution de bonne foi des traités implique de ne prendre aucune disposition, y compris constitutionnelle, qui y serait contraire. Le contrôle de conventionnalité des constitutions nationales ne serait qu'une déclinaison de ce principe.

B) L'exercice du contrôle

Comment, concrètement, pourrait s'exercer ce contrôle ?

1) Le champ du contrôle

De prime abord, il est difficile d'imaginer qu'un tel contrôle puisse porter sur l'exercice du pouvoir constituant originaire, celui-ci étant appréhendé comme un pouvoir qui se déroule en dehors du droit. Mais il existe des contre-exemples, à l'image de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 ou encore du processus constituant en Afrique du Sud entre 1993 et 1996. Dans cette logique, on pourrait imaginer une disposition « pré-constituante », précisant que la future Constitution devra être en cohérence avec les traités internationaux déjà ratifiés par l'Etat. C'est une hypothèse qui converge avec le principe de continuité de l'Etat, reconnu en droit international public : l'intervention du pouvoir constituant originaire n'a aucun effet sur la responsabilité internationale de l'Etat et le changement de Constitution est indifférent quant à la poursuite des engagements contractés par l'Etat²². Reste à savoir quel juge pourrait éventuellement s'assurer de cette cohérence. Là encore, c'est le processus sud-africain qui vient à l'esprit, bien qu'il se déroule dans ce qui a été qualifié de « processus constituant complexe »²³, la Cour constitutionnelle ayant été amenée à certifier la Constitution avant son entrée en vigueur et sur le fondement d'une Constitution intérimaire.

L'hypothèse d'un contrôle portant sur l'exercice du pouvoir de révision dérivé paraît facile : les révisions constitutionnelles ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte aux traités régulièrement ratifiés et approuvés. Il existe ici un exemple connu, celui de la Suisse, avec l'initiative populaire, « pour une politique d'asile raisonnable » de 1990, visant à réviser la Constitution fédérale pour y ajouter un article 69^{quarter} afin de limiter le droit d'asile à un accueil temporaire. Examinant la recevabilité de cette initiative populaire, l'Assemblée fédérale suisse l'a déclarée nulle pour violation des règles impératives du droit international. Plus encore, la disposition du projet qui prévoyait la perte de validité des traités contraires à ce nouvel article a été jugée contraire à la règle « *pacta sunt servanda* » et au principe de bonne foi en droit international²⁴. A l'occasion de la révision totale de la Constitution fédérale suisse en 1999, un article 139 alinéa 3, relatif à la révision partielle de la Constitution, précise désormais que sont irrecevables les projets violant « les règles impératives du droit international »²⁵. A cette occasion s'est posée la question de savoir si un tel contrôle ne devait pas être étendu aux initiatives populaires de révision constitutionnelle portant atteinte aux engagements internationaux de la Suisse, soit sous la forme d'un contrôle préliminaire non contraignant permettant de constater l'incompatibilité entre l'initiative populaire et les traités ratifiés, soit par l'inscription dans la Constitution d'une règle de conflit qui fixerait lequel, du droit constitutionnel et du droit international, l'emporte en cas d'incompatibilité²⁶. La possibilité d'un contrôle de conventionnalité des révisions

21 Voir décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 7 confirmée par la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, cons. 32

22 Ainsi, « lorsqu'un Etat s'engage à l'égard d'un autre Etat... cet engagement continuera à le lier quelles qu'aient pu être les modifications institutionnelles qui l'ont affecté (changements de gouvernements ou révolutions par exemple) » (Dominique Carreau, *Droit international*, Paris, Pédone, 3e édition, 1991, p.356).

23 En ce sens, voir Xavier Philippe, *op. cit.*

24 Sur ce point, voir notamment M. Stefanini, « Le recours au referendum à l'heure de la globalisation », in *Internationalisation des Constitutions et constitutionnalisation du droit international : réflexions sur quelques interactions entre droit constitutionnel et droit international*, s.d. M. Stefanini, PUAM, 2015

25 La question de savoir ce que recouvre la formule « règles impératives du droit international » n'est pas tranchée. Il semble néanmoins qu'elle aille au-delà du seul jus cogens et qu'elle puisse englober certaines garanties CEDH ou du Pacte II de l'ONU. A ce sujet, voir le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015, « Conditions de validité des initiatives populaires. Examen du besoin de légiférer » disponible en ligne

26 Il avait été ainsi envisagé de constitutionnaliser à l'article 190 de la Constitution la règle suivante : « Si la Constitution ou une loi fédérale est en contradiction avec le droit international, le droit interne s'applique lorsque le

constitutionnelles a donc clairement été évoquée, même si ce dernier n'est pas entre les mains d'un juge. Au Danemark, elle est également évoquée mais de façon plus indirecte. En effet, la révision constitutionnelle n'est possible que sous la forme d'un référendum, lui-même réglementé par l'article 42§6, qui précise que ne peuvent être soumises au référendum « les propositions de lois portant sur l'observation d'engagements contractés par traité ». Plus récemment, la question a resurgi avec l'affaire des minarets suisses, la votation populaire du 29 novembre 2009 ayant inséré dans la Constitution un nouvel article 72, al. 3, interdisant la construction de minarets. Cette dernière a été jugée, sur le fondement de l'article 139, comme recevable, ne portant pas atteinte au *jus cogens*, alors même qu'on pouvait penser qu'elle portait atteinte à d'autres engagements internationaux ratifiés par la Suisse....

2) La portée du contrôle

Cette possibilité d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales s'inscrit parfaitement dans la logique du projet de Cour constitutionnelle internationale. L'objectif est d'éviter le travestissement et le détournement des institutions, en assurant une convergence et une concordance entre normes constitutionnelles et normes conventionnelles. Il s'agit de lutter contre une « internationalisation d'affichage », les Etats n'hésitant pas à ratifier des traités qu'ils ne respecteront pas en droit interne, et ce y compris au niveau constitutionnel. Par son contrôle, le juge national va s'assurer que les dispositions constitutionnelles ne permettent pas de transgresser des engagements conventionnels. La portée de ce contrôle dépend, en conséquence, du degré d'internationalisation de l'Etat et donc, pour l'essentiel, du consentement des Etats à être liés. On peut d'ailleurs penser qu'une tel contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales pourrait avoir un effet potentiellement dissuasif, décourageant les Etats de ratifier tel ou tel traité dès lors que cette ratification est susceptible de déboucher sur un contrôle effectif de la conventionnalité des dispositions constitutionnelles. On peut aussi penser qu'un tel contrôle incite les Etats à dénoncer les traités qui contreviennent à leurs dispositions constitutionnelles.

La portée de ce contrôle est également dépendante du contrôle de la « constitutionnalité internationale », également prévu dans ce projet de Cour constitutionnelle internationale. Il est, en effet, prévu que la future Cour examinera la conformité des textes constitutionnels avec la « normativité constitutionnelle internationale », c'est-à-dire les « normes coutumières internationales en la matière, que ces normes soient constituées des principes généraux de droit reconnues par les différentes nations ou qu'elles se dégagent de certaines résolutions des Nations Unies ». Les deux contrôles ne portent pas sur le même objet : les traités approuvés et ratifiés par l'Etat dans le premier cas, celui du contrôle de conventionnalité, les principes généraux du droit international ou du droit constitutionnel mondial dans le second cas, celui du contrôle de la constitutionnalité internationale. On peut imaginer que le corpus de dispositions à respecter diffère assez considérablement, étendu dans le premier cas et fonction du degré d'internationalisation de l'Etat, plus restreint dans le second. Le premier contrôle est entre les mains d'une Cour internationale, le second est un contrôle interne, entre les mains du juge national. Certes, la position de ce dernier peut sembler plus fragile mais il est, dans le même temps, mieux placé pour exercer ce contrôle de la conventionnalité des Constitutions nationales.

On conviendra qu'il ne s'agit là que d'une pure vue de l'esprit, d'un exercice de science-fiction, qui réunit tous les ingrédients du genre : un écart par rapport au réel, un effort de reconstruction et d'extrapolation, l'utilisation du référentiel juridique commun ... auquel s'ajoute l'expérience de l'émerveillement ou tout simplement de l'étrange