

Conférence des Cours constitutionnelles européennes XIIème Congrès

*Les relations entre les Cours constitutionnelles
et les autres juridictions nationales,
y compris l'interférence en cette matière, de
l'action des juridictions européennes*

Conclusions finales

Prof. Dr. Paul Martens
Juge à la Cour d'arbitrage de Belgique
Professeur à l'Université de Liège et
à l'Université libre de Bruxelles

Le sujet de cette XIIème Conférence était un sujet apparemment technique. On pouvait s'attendre à des débats sophistiqués sur les rapports de type procédural que nous entretenons avec les autres ordres juridictionnels : celui qui nous précède (nos juridictions internes) et celui qui nous surplombe (les cours européennes) ou, pour parler plus crûment, les juges d'en bas et les juges d'en haut, sans donner aucune nuance péjorative ou méliorative à cette désignation.

Pourtant, au cours de ces deux journées, nous avons été amenés à nous poser des questions existentielles. Nous nous sommes demandé : qui sommes nous ? Où allons nous ? Y a-t-il une vie après la Constitution ? Nos débats ont dépassé le thème relativement rébarbatif de l'intitulé de nos travaux. Nous y avons été contraints parce que, pour analyser nos relations avec d'autres ordres juridictionnels, nous avons dû nous situer par rapport à ces autres juges.

Or, si nos juridictions internes puisent leur légitimité dans l'histoire passée des démocraties et des républiques, les cours constitutionnelles n'ont que l'exaltation d'une histoire à écrire. En présence de ces juges historiques, ne sommes-nous pas des juges anecdotiques ? L'histoire nous a vus naître au XXème siècle alors que le monde jusque-là s'était passé de nous. Apparus lorsque les puissances d'Europe furent contraintes de méditer sur leur déclin, ne sommes-nous pas appelés à disparaître dès que cette Europe, devenue à son tour une puissance, aura installé ses institutions et ses juridictions ?

Voilà le point de départ des quelques réflexions qui suivent : elles n'engagent pas la Conférence, elles n'engagent pas la Cour d'arbitrage et elles n'engagent même pas leur auteur, n'exprimant que l'état provisoire de réflexions immédiates sur des sujets qui méritent de mûrir.

Il est proposé de réfléchir sur six questions qui paraissent pouvoir être dégagées des débats de ces deux journées.

1. SOMMES-NOUS (VRAIMENT) DES JUGES ?

La question ne se pose plus : notre qualité de juge conditionne notre présence à cette conférence. Mais il est utile de vérifier si nous méritons vraiment ce titre.

Il existe une variété considérable de juges constitutionnels : nous différons quant à notre fonctionnement, notre alimentation et notre saisine.

Certains fonctionnent *a priori* (contrôle préventif), d'autres *a posteriori* (contrôle répressif), certains sur recours, d'autres sur incident, d'autres encore sur question préjudicielle, certains n'exercent qu'un contrôle abstrait, d'autres un contrôle concret, quelquefois les deux.

Nous varions également quant à ce qui alimente nos travaux : certains ne consomment que des lois, d'autres y ajoutent des règlements, d'autres encore des jugements, des décisions individuelles et il en est qui se nourrissent de tous les phénomènes de la vie juridique, en ce compris les omissions et les silences.

Quant à la manière de nous saisir, certains ne répondent qu'aux questions des juges, d'autres ne reçoivent que les politiques, d'autres encore les citoyens qui justifient d'un intérêt, il en est qui reçoivent tout le monde (*actio popularis*) et certains se saisissent même d'office.

Mais au-delà de ces différences nous avons en partage les attributs essentiels de la fonction de juger : nous sommes tous indépendants des pouvoirs, nous traitons des questions de droit, nous rendons des décisions motivées et nous n'avons pas le pouvoir du dernier mot. Hormis quelques exemples où, exceptionnellement, certaines cours ont contrôlé des lois constitutionnelles, nous servons la Constitution plutôt que nous ne la censurons : nous arrêtons le pouvoir sans jamais l'usurper. Il suffit, selon le mot du doyen Vedel, que l'Etat paraisse en majesté, c'est-à-dire en tant que Constituant, pour briser nos arrêts et reconquérir la souveraineté qu'il tient du peuple.

Une question a été posée et sa réponse pouvait déterminer si nous sommes vraiment des juges : y en a-t-il parmi nous qui opèrent un tri subjectif des requêtes qui leur sont adressées ? Il est heureux de constater qu'aucune juridiction européenne n'a suivi sur ce point l'exemple de notre prestigieuse consœur américaine : certes nous avons des procédures de filtrage avec des délais raccourcis, des audiences réduites ou inexistantes, des sièges restreints et des motivations sommaires. Mais aucune d'entre nous ne subordonne la recevabilité des demandes à son bon plaisir. Nous avons appris que la Cour constitutionnelle allemande - probablement celle qui a la compétence la plus vaste et donc le contentieux le plus abondant - s'est demandé récemment si une politique de tri subjectif ne lui permettrait pas de se consacrer aux affaires portant sur des questions essentielles. Elle a répondu par la négative.

Si l'une d'entre nous franchissait ce pas, si elle s'autorisait à choisir discrétionnairement les cas qu'elle accepte de traiter, garderait-elle sa qualité de juge ? Pourrions-nous introduire une dimension régaliennne dans le service public de la justice constitutionnelle que nous assumons ? Avons-nous le droit d'introduire de l'arbitraire dans notre travail alors que l'essentiel de celui-ci consiste à le traquer chez les autres pouvoirs ?

Etant rassurés sur notre qualité de juges, nos rapports avec les autres juges se traitent donc d'égal à égal. Mais avant d'aborder ce chapitre, peut-être faut-il s'attarder sur une question, apparemment technique, mais qui a pris une ampleur inattendue au cours de nos débats.

2. COMMENT ACCÈDE-T-ON AU JUGE CONSTITUTIONNEL ?

Au-delà de la variété, déjà signalée, de nos modes de saisine, une caractéristique se dégage de l'ensemble des rapports : c'est le rôle mineur du ministère public dans le contentieux constitutionnel, sauf peut-être au Portugal où le Procureur général figure parmi les autorités qui peuvent déclencher le contrôle de constitutionnalité.

Ne peut-on y voir l'indice de ce que nous sommes des juges de l'intérêt général : celui-ci est un des paramètres essentiels de nos contrôles de proportionnalité et il n'est pas nécessaire que l'Etat se fasse représenter devant nous par un organe *ad hoc* pour nous indiquer ce qu'exige le bien public.

En revanche, on voit apparaître, spécialement dans les jeunes démocraties, un nouvel acteur collectif qui n'est pas un démembrement de l'Etat : le médiateur, l'ombudsman, le défenseur du peuple.

Cet effacement du procureur de l'intérêt général et cette apparition du procureur des intérêts individuels ou collectifs est la marque de ce que représente l'apparition des cours constitutionnelles dans l'histoire du monde occidental. Nous sommes là pour faire en sorte que les droits fondamentaux de l'individu, trop souvent écrasés par le totalitarisme du siècle passé, ne soient méconnus. Le doyen Rivero avait observé qu'au XIX^{ème} siècle, il s'agissait de protéger l'individu par la loi; au XX^{ème} siècle, on s'est aperçu qu'il fallait aussi le protéger contre la loi. Nous sommes là pour réaliser le difficile équilibre entre holisme et individualisme.

Cette défense de l'individu contre les puissances et les pouvoirs aurait permis de clôturer cette deuxième question par une envolée lyrique si l'intervention de Monsieur Wildhaber, Président de la cour européenne des droits de l'homme, n'avait jeté quelque perturbation dans nos consciences. Son intervention a suscité des débats dont l'importance justifie que leur soit consacré un chapitre particulier.

3. SOMMES-NOUS LES CENSEURS DE LA LOI OU LES GARDIENS DES DROITS INDIVIDUELS ?

Monsieur le Président Wildhaber nous a dit de la Cour européenne des droits de l'homme qu'elle doit aujourd'hui faire un choix : ou bien elle devient une véritable cour constitutionnelle rendant des arrêts de principe sur des questions substantielles, ou bien elle accepte de se laisser submerger par les requêtes individuelles et elle risque de ne pouvoir le faire dans un délai raisonnable. Cette question concerne toutes les juridictions constitutionnelles. Elle a été soulevée par le doyen Favoreu. Elle était au cœur d'un article célèbre de notre collègue Rubio Llorente.¹ Elle a été posée par le Juge André Alen dans son rapport introductif.

Devons-nous centrer notre travail sur la censure de la loi ou sur la sauvegarde des droits ? Devons-nous épurer l'ordonnement juridique des scories d'inconstitutionnalité qui l'infectent ou devons-nous apporter une réponse aux demandes individuelles qui nous sont adressées ?

Selon Monsieur Wildhaber, il y a là une « dichotomie radicale » et un choix vital à faire pour nos juridictions et nous devrions opter pour la censure de la loi sous peine de périr d'asphyxie.

Mais n'y a-t-il pas un lien indissociable entre le respect de la Constitution et l'atteinte à des droits individuels qui n'est que le révélateur de sa violation ?

Pouvons-nous nous dire que ce sont les juridictions judiciaires ordinaires qui doivent traiter des questions individuelles alors que presque toute la jurisprudence de Strasbourg sur l'article 6 censure des méconnaissances des droits garantis par cet article, commises par ces juridictions ? Sans doute risquons-nous d'être étouffés par la micro-constitutionnalité, sans doute la prolifération des contestations égoïstes peut-elle nous égarer, selon le mot de Carbonnier, dans la « folklorisation dissolvante » de la justice, dans ce que les Italiens appellent la « microconflittualità » et les Allemands la « Bagatelljustiz ».

¹ Franciso Rubio LLORENTE, *Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe*, Annuaire international de justice constitutionnelle, XII-1996, p. 11.

Mais si nous voulons nous inspirer de ce qu'a dit M. le Président Wildhaber, encore faudrait-il lire son rapport jusqu'au bout. Quand il dit que la Cour de Strasbourg devrait se décharger des questions individuelles, il ajoute : « mais il faut alors que les états soient aidés, éventuellement par l'Europe, pour prendre des mesures structurelles afin d'exécuter les arrêts de la Cour européenne ». C'est une application stricte de cette méthode qui a été faite par la Cour européenne dans le récent arrêt BRUSCO.

C'est parce que l'Italie avait adopté une loi qui, précisément pour remédier à la multiplication des affaires portées devant la Cour européenne pour dépassement du délai raisonnable, permettait d'obtenir une réparation adéquate devant les tribunaux italiens que la Cour a pu refuser de recevoir la requête de M. BRUSCO. Le motif fondant cette décision n'était pas qu'on ne pouvait plus déranger les juges européens pour des questions individuelles mais qu'on devait s'adresser désormais aux tribunaux italiens : c'est le non-épuisement des recours internes qui permettait, non de soulever une sorte d'exception de futilité, mais d'appliquer le principe de subsidiarité.²

L'enseignement de cet arrêt n'est pas de permettre à des juges d'étendre le champ d'application de la maxime : « *de minimis non curat praetor* » mais de justifier qu'ils se déchargent d'affaires qui peuvent être utilement traitées ailleurs. Ce serait abdiquer notre statut de juge que de renvoyer le citoyen à sa solitude, dans les ténèbres du non-droit, si, sans même nous pencher sur le sérieux de sa requête, nous décidions de l'éconduire parce que la multiplicité des demandes nuit à la sérénité de notre métier.

Le doyen Favoreu aurait pourtant souhaité que nous délimitions clairement quelle doit être la sphère d'activité d'une cour constitutionnelle, que nous limitions cette activité au contrôle des lois et que, parmi celles-ci, nous n'examinions que celles qui posent des questions essentielles de constitutionnalité. Cette préoccupation rejoint celle de Monsieur le Président Wildhaber.

Mais est-il possible de tracer un profil unique de la juridiction constitutionnelle sans tenir compte de la spécificité de chacun des pays au sein duquel elle fonctionne ?

Nos rencontres révèlent que, derrière les traits qui nous sont communs, il existe des différences qu'il serait téméraire de vouloir gommer car nous n'avons ni le même âge, ni la même histoire. Toute classification est arbitraire mais il semble que l'on puisse ranger les cours constitutionnelles européennes en trois catégories.

La première catégorie est celle des cours qui fonctionnent dans des Etats installés dans la démocratie depuis des décennies, parfois depuis des siècles, qui n'ont connu que des écarts mineurs ou passagers mais qui peuvent compter sur leurs juges ordinaires ou administratifs pour que les requêtes individuelles soient prises en compte. Dans ces Etats, on peut comprendre qu'on ne souhaite avoir une juridiction constitutionnelle qu'à compétence restreinte et à saisine parcimonieuse. Dans ces pays une doctrine narquoise parle parfois des cours à compétence plénière comme étant des prélatrices ésotériques – un auteur a même parlé de « collègue de brahmanes » - parce que, dans ces pays, la pensée politique est plus proche de Jean-Jacques Rousseau que de Montesquieu : il s'agit moins d'arrêter le pouvoir que d'asseoir sa souveraineté. Mais il n'est pas sûr que cette conception résiduaire du contrôle de constitutionnalité soit exportable partout en Europe.

² Décision d'irrecevabilité du 6 septembre 2001, R.U.D.H. 2001, p. 81

Car il y a une deuxième catégorie, composée des cours siégeant dans des Etats qui, au milieu du XXème siècle, ont connu la dictature ou le totalitarisme et qui ont le sentiment de n'avoir pu en sortir que parce que précisément ils ont créé ces cours constitutionnelles à compétence large. Comment eussent-ils pu compter sur leurs juges, alors que la tyrannie s'est réalisée avec la complicité des juges et dans le respect des lois. Pourquoi priveraient-ils les citoyens de recours individuels alors que le droit et les juges avaient prêté leur concours à leur exclusion ? On a pu constater, au cours de nos débats, le discours convergent de l'Espagne, de l'Allemagne, du Portugal et, dans une certaine mesure, de l'Italie, c'est-à-dire des pays qui ont ressenti la nécessité de protéger la démocratie, dès qu'elle fut revenue, par une juridiction constitutionnelle ouverte à tous les citoyens et qui ne voudraient pas leur retirer ce garde-fou contre la tentation totalitaire.

Sans doute peut-on mettre en doute l'utilité de ces contrôles en recourant à la statistique : 2,5 ou 3 % de requêtes accueillies, c'est peut-être l'indice d'une faible productivité de l'institution et d'un recours abusif à ses services.

Mais doit-on juger de l'utilité d'un juge avec les critères dont on use pour apprécier la rentabilité d'une usine ?

Et ne devrait-on pas, pour qu'une telle statistique soit sociologiquement valable, tenir compte du nombre - inquantifiable - des décisions qui doivent leur constitutionnalité à l'existence d'un recours et à la menace d'une censure ? Ces chiffres permettent-ils de prendre en compte le rôle pédagogique des décisions des cours constitutionnelles qui, en inspirant celles des autres juges et des autres pouvoirs, ont prévenu les écarts qu'ils étaient tentés de commettre ?

Et enfin, doit-on retirer au citoyen la protection d'un juge au motif que les Etats européens s'acheminent aujourd'hui vers la démocratie, alors que rien ne nous prémunit contre une volte-face de l'histoire ?

La troisième catégorie, c'est celle de ces jeunes démocraties qui nous ont rejoints depuis 1989 et qui, ayant fait elles aussi l'expérience des libertés réduites et des pouvoirs confondus, redoutent que les libertés inscrites dans leurs constitutions ne restent platoniques si leurs citoyens ne peuvent en appeler à des juges pour en garantir l'exercice. La lecture de leurs décisions – auxquelles nous avons accès grâce au merveilleux travail accompli par la Commission de Venise – nous révèle que si l'ordre démocratique est en train de s'y construire, c'est en grande partie par l'action de juridictions constitutionnelles à large compétence et que la limitation de leur action serait ressentie comme une sorte de régression démocratique.

Quand les libertés reviennent, quand elles n'ont pas pour elles la maturation d'une pratique ou d'une tradition, elles ont besoin d'un terrain d'expérience : c'est la résolution juridictionnelle des conflits qui permet de dégager progressivement, empiriquement, jusqu'où les libertés peuvent s'exercer, à partir de quand il est légitime d'en limiter les excès. C'est ainsi que se sont fabriquées les lois : les anthropologues nous apprennent que les rois-juges ont toujours précédé les rois-législateurs et que c'est parce qu'elle a d'abord trempé dans le contentieux que la norme peut se couler, mûrie, dans la forme législative.

Si pertinentes soient-elles sur ce que devrait être une cour constitutionnelle, les conceptions qui voudraient limiter son rôle à un contrôle abstrait de normes essentielles doivent être nuancées en fonction des besoins actuels de chaque Etat. Il ne faut pas faire violence à

l'histoire. Il n'existe pas de modèle unique de cour idéale qui répondrait aux besoins spécifiques de chaque pays.

Mais cette greffe de juridictions nouvelles sur les ordres juridiques existants, spécialement lorsque le renvoi préjudiciel contraint les unes à collaborer avec les autres, peut poser des questions délicates de hiérarchie, voire de susceptibilité. Il convient donc de nous interroger sur :

4. NOS RAPPORTS AVEC LES JURIDICTIONS ORDINAIRES

Qui détient désormais le pouvoir d'interpréter les lois ?

La question n'est pas problématique en ce qui concerne les normes jeunes qui font l'objet d'un contrôle préventif ou d'un contrôle qui ne peut se faire que dans les jours qui suivent leur promulgation. Notre compétence interprétative n'est alors que l'expression de ce statut de « co-législateur » que le Président du Sénat de Belgique nous a reconnu lors de notre séance inaugurale.

Mais quelle est l'étendue de notre compétence d'interprétation lorsqu'un juge *a quo* nous soumet une norme telle qu'elle est interprétée, soit qu'il se soit lui-même livré à un travail créatif d'interprétation, soit qu'il se plie à une interprétation de la cour suprême qui lui déplaît et qu'il nous soumet dans l'espoir de la faire condamner ?

Comment résoudre cette collision entre la compétence d'interpréter les lois, que les constitutions attribuent aux cours et tribunaux, et la compétence que les mêmes constitutions nous confèrent de vérifier si les lois sont conformes à la Constitution, ce qui nous amène inévitablement à choisir, voire à imposer l'interprétation qui rend la loi conforme à la Constitution, même si ce n'est pas celle qu'a choisie la cour suprême ?

Un premier élément de réponse peut nous être fourni par la théorie italienne du droit vivant : une interprétation judiciaire ne s'impose à nous que si elle est stabilisée par une jurisprudence de la cour suprême qui fait que la norme nous est soumise, non dans la nudité de son texte, mais avec le sens consolidé que lui a donné la pratique judiciaire. C'est un hommage rendu par la cour constitutionnelle à la cour de cassation.

Mais cet hommage n'est que provisoire s'il apparaît que l'interprétation consolidée est contraire à la Constitution. La cour constitutionnelle peut-elle, dans ce cas, suggérer une autre interprétation qui rend la norme conforme à la Constitution ? Dans ce cas, cette suggestion est en réalité une injonction puisque tout juge, fût-il qualifié de suprême, doit préférer d'interpréter les normes « *ut valeant quam ut pereunt* ». La question se complique lorsque la cour constitutionnelle use du procédé de l'interprétation conciliante, neutralisante, constructive ou additive, c'est-à-dire quand elle sauve la norme suspecte en la réécrivant ? C'est alors un problème d'autorité de chose jugée qui se pose et il est rare que nos constitutions nous aident à le résoudre.

Au-delà des questions de prestige ou de préséance, c'est la cohérence même du système juridique qui est en cause : dès lors que l'interprétation est le moyen nécessaire de discerner si une loi est conforme à la Constitution, le pouvoir d'adopter une interprétation et d'en rejeter une autre ne fait-il pas partie intégrante de la mission confiée aux cours constitutionnelles ?

Mais plutôt que de vouloir résoudre cette question de façon dogmatique, ne vaudrait-il pas mieux communiquer avec les juges qui nous posent des questions et qui subissent nos réponses ?

Il ressort des rapports que les cours constitutionnelles ont, en majorité, un dialogue inexistant avec les juges *a quo*.

Plusieurs estiment avoir envers elles un pouvoir de « questionnement ». Ne faudrait-il pas s'inspirer des huit cours qui reconnaissent au juge *a quo* la qualité de partie au procès ?

Nous souffrons d'un déficit de communication avec les autres ordres judiciaires. Or, la confection des lois et leur interprétation au XXI^{ème} siècle est, sans doute, encore un acte d'autorité, mais c'est surtout une activité de communication : l'éthique communicationnelle a remplacé l'éthique autoritaire. Nous avons quelquefois une certaine suffisance à l'égard des juges de terrain qui connaissent mieux que nous les problèmes humains de ceux qui les saisissent et nous avons intérêt à mieux dialoguer avec eux, voire à les intégrer à notre délibéré.

Peut-être pourrions-nous aussi étudier la solution qui consiste, dans les pays qui n'ont pas de cour constitutionnelle, à déférer à une cour spéciale composée de membres des différentes cours « suprêmes » - c'est le cas de la Grèce – les questions sur lesquelles leurs jurisprudences s'opposent. Il ne faut pas redouter, ce faisant, d'instituer les antagonismes et de favoriser les affrontements : nous savons, parce que nous le vivons tous au quotidien, que le délibéré loyal a des vertus qui permettent de surmonter des oppositions qui paraissent inconciliables.

S'il est vrai, on l'a souligné, que nous avons le devoir pédagogique de former les juges ordinaires et de leur inculquer le réflexe constitutionnel, nous avons aussi celui de communiquer avec eux.

Et c'est peut-être cette même éthique de la communication qui devrait inspirer ce qui fait l'objet des deux questions suivantes.

5. NOS RAPPORTS AVEC LA COUR EUROPENNE DES DROITS DE L'HOMME

Cette docilité que nous exigeons des juges qui nous interrogent, soit que nous demandions qu'ils acceptent nos interprétations, soit que nous exigeons qu'ils se soumettent aux interprétations neutralisantes, constructives, directives, manipulatrices que nous leur imposons, ne devons-nous pas nous l'imposer à nous-mêmes vis-à-vis des juges d'en haut ?

Les rapports qui ont été présentés par des juges supranationaux à cette conférence ont un début généralement assez flatteur. Ils soulignent qu'entre eux et nous, il n'y a pas de lien de subordination, qu'il n'y a pas de hiérarchie. Ils parlent de complémentarité, de partenariat, de coopération recherchée. Mais on peut craindre qu'il s'agisse de minorations euphémistiques car dès qu'on arrive au nœud du problème on trouve le mot de primauté. Est-ce que la primauté n'est pas une forme de hiérarchie ? Est-ce qu'elle n'implique pas une forme de subordination ? On y trouve également le terme de subsidiarité, mais la subsidiarité a deux sens. Elle désigne la marge d'appréciation qui est laissée aux Etats. Mais quand on traite de

l'exigence d'épuisement des recours internes, il est précisé que ces recours internes doivent appliquer fidèlement le droit européen : la subsidiarité fonctionnelle se double d'un devoir d'obéissance.

En ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, la plupart de nos cours admettent que c'est une de leurs sources d'inspiration primordiale mais elles refusent en majorité de se dire liées par la jurisprudence de la Cour européenne et par ses interprétations.

Cette position est-elle tenable ? Nous sommes amenés à éclairer ou à censurer des juges du fond qui sont contraints d'appliquer les normes de la Convention européenne. Pouvons-nous amputer notre raisonnement d'une partie intellectuelle qui se trouve nécessairement dans le leur ?

Est-ce que la solidarité qui doit exister entre toutes les cours constitutionnelles, est-ce que la construction d'une culture juridique européenne commune ne passe pas nécessairement par la volonté d'intégrer les normes de la Convention et la jurisprudence de Strasbourg parmi nos raisonnements ?

Des représentants de ces jeunes Etats accédant à la démocratie nous ont demandé d'intégrer la Convention européenne parmi nos normes de contrôle parce que nous donnerions ainsi une dimension pédagogique européenne à nos sentences. Il est réduit l'intérêt, pour un petit pays - prenons par exemple la Belgique – de rendre une décision fondée sur le respect de sa Constitution : elle ne satisfait que dix millions de personnes.

Mais si nous prenons tous l'habitude de chercher notre inspiration dans une norme aux dimensions européennes, qui concerne donc 42 Etats, c'est à huit cent millions de personnes que nous adressons un message de démocratie appliquée.

Une seule réserve, toutefois. Si nous résistons à nous inféoder servilement à Strasbourg, ce n'est ni par orgueil, ni par chauvinisme mais pour une autre raison. On ne la trouve pas dans les rapports, on ne la lit pas dans nos décisions, mais on l'entend parfois dans le secret de nos délibérés : il est vrai que, dans l'état actuel des choses, l'Europe ne cesse de nous hisser vers plus de démocratie. Et il est vrai que les traités sont généralement plus protecteurs des droits fondamentaux que nos constitutions. Mais sommes-nous sûrs que cet état historique que nous avons atteint aujourd'hui durera éternellement ? Il y a de cruels retours de manivelle dans l'histoire. Sommes-nous sûrs que les horreurs que nous avons connues il y a cinquante ans ne reviendront pas ? Et sommes-nous sûrs qu'elles ne reviendront pas précisément par la voie internationale ? Est-ce que nous, juges de la Constitution, nous devons nous bander les yeux dès qu'apparaît devant nous une norme de dimension internationale ? Devons nous nous rallier sans réserve aux thèses monistes et tolérer que la Constitution, que nous avons pour mission de faire respecter par nos Etats, puisse être violée parce que des Etats se sont mis à plusieurs pour le faire ?

C'est une sorte de principe de précaution démocratique que nous appliquons en nous inspirant de la Convention européenne, tout en redoutant de nous inscrire dans la docilité absolue au droit international parce que l'histoire nous apprend que c'est parfois par la voie internationale que la démocratie s'en va.

6. NOS RAPPORTS AVEC LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Nos rapports avec la Cour de justice des Communautés européennes, la délimitation de notre contrôle par rapport à celui qu'elle exerce, l'inclusion du droit européen parmi les normes dont nous assurons le contrôle : ce sont les questions les plus délicates abordées. Elles seront traitées séparément.

(a) Pouvons-nous interroger la cour de justice ?

A cette question, trois cours ont répondu par l'affirmative, trois par la négative. Une distinction est parfois faite selon que nous sommes saisis d'un recours ou que nous sommes nous-mêmes interrogés à titre préjudiciel. Dans ce second cas, il a été prétendu que nous devrions détacher l'aspect de droit communautaire du litige et le renvoyer au juge *a quo* pour qu'il puisse lui-même interroger la Cour de justice.

Au-delà des théories qui justifient l'une ou l'autre solution, il semble que, plus pragmatiquement, la question puisse se résoudre en considérant que la question préjudicielle, lorsqu'elle est utile à la solution du litige, est une des composantes du procès équitable et qu'elle ne peut être détachée de celui-ci.

On sait que la Commission européenne s'est déjà demandé si, quand une juridiction refuse systématiquement d'interroger la Cour de Justice, elle ne pourrait introduire un recours en manquement contre l'Etat auquel appartient cette juridiction. Certains ont envisagé de plaider, à Strasbourg, que le refus de poser une question préjudicielle peut être une atteinte au procès équitable et, par conséquent, une violation de l'article 6 de la Convention européenne. Et on lit dans le rapport autrichien que, selon une jurisprudence constante de la Cour autrichienne, le refus d'interroger la Cour de justice des Communautés européennes peut constituer une violation du droit à un juge.

Ainsi considérée, la question devrait alors être traitée, non par une approche théorique et formelle, mais en s'interrogeant sur ce que requiert la finalité et l'économie du procès. Il faudrait se représenter la perte de temps supplémentaire que subit le justiciable quand on lui impose de découper artificiellement sa demande selon les disciplines juridiques qui lui sont applicables.

(b) Pouvons-nous exercer nous-mêmes un contrôle de conventionnalité en incorporant le droit communautaire parmi les normes dont nous assurons le respect ?

Quand la norme conventionnelle vient corroborer ou compléter la norme constitutionnelle, quand elle est suffisamment claire pour être appliquée sans faire le détour préjudiciel par Luxembourg, n'avons-nous pas le devoir de garantir son application, tout juge interne étant par ailleurs un juge européen ?

Est-il pertinent de localiser l'aspect de droit interne du litige et de le dissocier de son aspect de droit international dès lors que la primauté du droit communautaire ne permet à aucun juge d'ignorer les exigences de celui-ci ?

La question est plus délicate quand, au lieu de se compléter, la norme constitutionnelle et la norme conventionnelle s'opposent. Pouvons-nous préférer la norme conventionnelle européenne sans mettre la main à une révision implicite, voire subreptice de notre Constitution, au mépris des procédures prévues par nos constitutions elles-mêmes pour la réviser ? C'est une question qui a été posée depuis longtemps par la doctrine et qui n'est pas résolue.

En outre, si une cour constitutionnelle se charge de faire respecter le droit supranational au détriment de sa Constitution, elle s'arroge le pouvoir du dernier mot parce que, en disant ce qu'impose le droit communautaire, elle dit au Constituant lui-même ce qui lui est désormais interdit. C'est une objection qui a été formulée à un autre colloque par le Professeur Favoreu et on peut se demander si ces questions peuvent être résolues sans une modification de nos lois organiques et de nos constitutions.

(c) Pouvons-nous, par le biais de notre contrôle de constitutionnalité, contrôler des normes du droit communautaire ?

Cette question est la plus difficile. On se bornera, pour suggérer de quelle manière elle pourrait être abordée, de rappeler l'arrêt Matthews dont nous a parlé M. Melchior Wathelet, Juge à la Cour de justice des Communautés européennes. Mme Matthews habitait Gibraltar et elle voulait participer aux élections du Parlement européen, mais, par un de ces curieux découpages du droit institutionnel, Gibraltar est dans la Communauté européenne mais n'est pas dans le Royaume-Uni. Par l'effet d'un acte européen du 20 septembre 1976, le droit de suffrage aux élections pour le Parlement européen ne s'appliquait pas à Gibraltar : Mme Matthews ne pouvait pas voter. Elle fit un recours à Strasbourg en invoquant la violation du Protocole n° 1. La question pouvait être résolue de manière très simple par la Cour européenne qui, jusque-là, avait une jurisprudence constante de non-immixtion dans les affaires de l'Union européenne. Elle avait d'autant plus de raisons de confirmer cette jurisprudence qu'on sait que, depuis des années, la Cour de justice des Communautés européennes a intégré la Convention européenne et ses droits fondamentaux dans les normes de son contrôle, ce qui pouvait justifier que la Cour de Strasbourg déclinât sa compétence. Mais ce n'est pas ce qu'elle fit.

Elle a constaté que Mme Matthews se voyait privée du droit fondamental de voter par un acte du droit primaire européen, donc inattaquable à Luxembourg, et, plutôt que de s'abriter derrière l'étanchéité des ordres juridiques, elle a donné raison à Mme Matthews parce que « admettre que le domaine d'activités du Parlement européen échappe à l'article 3 du Protocole n° 1 risquerait de rendre inopérant l'un des outils fondamentaux permettant de préserver un ' régime politique vraiment démocratique '. »³

Ce faisant, la Cour européenne a appliqué une règle fondamentale de la déontologie du juge. Elle ne s'est pas embarrassée de questions sophistiquées de recevabilité ou de compétence. Elle s'est demandé où Mme Matthews pourrait obtenir que lui soit juridictionnellement garanti le respect d'un droit fondamental. Elle a appliqué la règle « Solange », chère à la Cour constitutionnelle allemande.

³ Arrêt Matthews c/Royaume-Uni du 18 février 1999.

Cette affaire a valeur de parabole parce qu'elle illustre - et nous revenons à notre point de départ - qu'un juge, ce n'est pas seulement un professionnel capable de manier intellectuellement les règles de procédure et les concepts juridiques, c'est aussi celui qui fait en sorte que personne ne puisse se retrouver démuné face à l'arbitraire du pouvoir. Et il est remarquable que cette affaire nous ait été rappelée et célébrée non par un juge de Strasbourg mais par un juge de Luxembourg : non par le juge « empiétant » mais par le juge « empiété ».

*
* *

La leçon qui pourrait être retenue de ces deux journées, c'est que s'il nous incombe parfois de pousser notre contrôle dans des domaines qui paraissent lui échapper, ce n'est pas par orgueil et ce n'est pas nécessairement parce que nous prenons parti entre les thèses dualistes et monistes. C'est parce qu'aucune violation d'un droit fondamental ne peut rester sans juge. C'est parce que nous ne pouvons pas tolérer que des zones de régression démocratique puissent exister au sein de nos Etats. Et cette règle peut être appliquée à toutes les grandes questions posées par le thème de notre conférence.

Aussi longtemps que nos juridictions internes seront là pour garantir les droits fondamentaux de manière effective, nous pouvons nous retirer dans le contrôle élitiste des normes législatives. Mais aussi longtemps que ce contrôle n'existe pas, rien ne nous permet de rétrécir la compétence plénière que nous donnent nos constitutions.

Le jour où l'Europe sera devenue un Etat-Nation à ce pont organisé qu'elle aura des juridictions à compétence plénière et accessibles à tous, nous pourrions accepter de disparaître ou de devenir des juges déconcentrés de la grande juridiction européenne.

Mais aussi longtemps que ce stade n'est pas atteint il serait téméraire de vouloir abdiquer notre contrôle ou d'en réduire le territoire.